

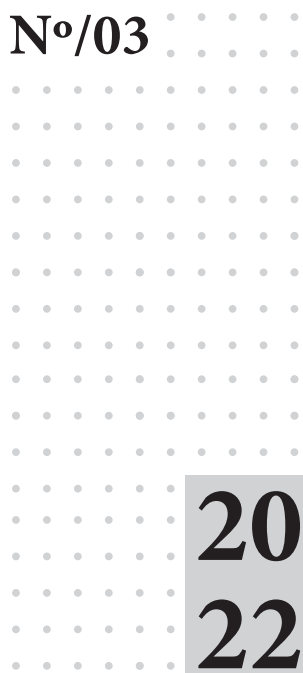
Nº/03



20
22

Revista
**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**

Nº/03



20
22

Revista
**SISTEMA
PENAL
CRÍTICO**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO 2022

Universidad de Salamanca

Área de Derecho penal

Domicilio Electrónico en España

<https://dpenal-usal.es/revista/>

Año: 2022

Edita:

Ratio Legis

Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3

Tel.: (34) 923 227 037

37007 Salamanca

www.ratiolegis.net



RATIO LEGIS

ISSN:

2697-0007

La REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO es publicada en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<https://dpenal-usal.es/revista/>

Algunos derechos reservados. Publicada bajo los términos de la licencia:

Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada.

CUERPO EDITORIAL: **REVISTA SISTEMA PENAL CRÍTICO**

I. DIRECTORA DE LA REVISTA

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

II. SECRETARIA DE REDACCIÓN

MIRIAM RUIZ ARIAS
Profesora Contratada Doctora de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

III. CONSEJO EDITORIAL

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

NIEVES SANZ MULAS
Catedrática de Derecho Penal (Universidad de Salamanca)

ANA ELISA LIBERATORE BECHARA
Catedrática de Derecho penal (Universidad de São Paulo)

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Jaén)

PAZ LLORIA GARCÍA
Catedrática de Derecho penal (Universitat de València)

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
Catedrática de Derecho penal (Universitat Jaume I)

JOAN BAUCCELLS LLADÓS
Profesor Titular de Derecho penal (Universidad Autónoma de Barcelona)

DINO CARLOS CARO CORIA
Profesor de Derecho penal (Universidad de Lima, Perú)

WENDY PENA GONZÁLEZ
Contratada predoctoral FPU (Universidad de Salamanca)

MIRIAM RUIZ ARIAS
Profesora Contratada Doctora de Derecho penal (Universidad de Salamanca)

IV. COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho penal (Universidad de Cádiz)

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal (Universidad de Deusto)

MIGUEL BUSTOS RUBIO

Profesor Titular de Derecho penal (Universidad Internacional de la Rioja)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Huelva)

HÉCTOR OLASÓLO ALONSO

Profesor Titular (Universidad del Rosario, Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya)

RICARDO POSADA

Profesor de Derecho Penal (Universidad de Los Andes, Colombia)

JOHN VERVAELE

Full time professor (Utrecht Law School). Presidente de la AIDP

V. LISTADO DE EVALUADORES

SILVINA BACIGALUPO SAGGESE

Catedrática de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

MANUEL CANCIO MELIÁ

Catedrático de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

ITZIAR CASANUEVA SANZ

Doctora Encargada (Universidad de Deusto)

MIRIAM CUGAT MAURI

Profesora Titular de Derecho Penal y Directora del Servicio de Estudios y Dictámenes Jurídicos de la Universidad Autónoma de Barcelona

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

Magistrado del Tribunal Constitucional

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Castilla- La Mancha)

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO

Catedrático de Derecho penal (Universidad de León)

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Catedrático de Derecho penal (Universidad Carlos III de Madrid)

JOANA FALXA

Profesora Titular (Universidad de Pau)

RODRIGO FUZIGER

Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, Universidade de São Paulo)

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Catedrático de Derecho penal (Universidad de Castilla- La Mancha)

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho penal (Universidad Rey Juan Carlos)

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
Profesora Contratada Doctora (Universidad de Deusto)

MAYDA GOITE
Profesora Titular (Universidad de La Habana)

JOSÉ LEÓN ALAPONT
Profesor Ayudante Doctor (Universidad de Valencia)

SILVIA MENDOZA CALDERÓN
Profesora Titular de Derecho penal (Universidad Pablo Olavide)

MANUEL OLLÉ SESÉ
Abogado y Profesor de Derecho Internacional Penal (Universidad Complutense de Madrid)

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Profesor de Derecho penal (Universidad Autónoma de Chiapas,
Instituto Nacional de Ciencias penales México)

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Profesora de Derecho penal (Universidades Externado y Católica de Colombia)

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO
Profesor ayudante doctor (Universidad Autónoma de Madrid)

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Catedrático de Derecho penal (Universidad de Oviedo)

MARÍA ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ
Investigadora Postdoctoral Margarita Salas (Universidad de Cádiz)

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Catedrática de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid)

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE
Catedrática de Derecho penal (Universitat de Lleida)

ÍNDICE

ESTUDIOS

- Reflexiones sobre la aplicación del cumplimiento anticorrupción en Brasil y la Teoría Económica Del Delito 11
PATRICIE BARRICELLI ZANON, GIANPAOLO POGGIO SMANIO,
MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
- Acerca de la relación entre inteligencia artificial y responsabilidad penal empresarial 27
BORJA LLONÍN BLASCO
- Aporofobia y derecho penal medioambiental : La protección de las víctimas de los crímenes medioambientales en Italia. Entre responsabilidad del Estado y responsabilidad individual y de personas jurídicas 49
GRAZIA MARIA VAGLIASINDI
- La decisión de imprescriptibilidad de la STS 607/2020, de 13 de noviembre y su necesario examen desde el derecho a la legalidad penal, ex art. 25 CE y 7 CEDH, con motivo de la naturaleza punitiva de la responsabilidad civil ex delicto 73
CRISTINA DEL ALCÁZAR VILADOMIU
- El sistema internacional de protección de los derechos humanos y la obligación de perseguir a los responsables de los crímenes contra los derechos humanos. 91
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

COMENTARIOS

- La Política Criminal en tiempos de excepcionalidad . ¿Hacia dónde queremos ir? 111
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL
- Comparación analítico-dogmática de los delitos de matrimonio forzado y de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados 129
MARCOS CHAVES CAROU
- Las cláusulas de exención y moderación judicial en el delito de fraude fiscal 145
NAGORE PÉREZ HIERROS

DEBATE

- Apuntes sobre las aportaciones penales de Parte General introducidas por la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia 165
CECILIA CUERVO NIETO

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO ANTICORRUPCIÓN EN BRASIL Y LA TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO

REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE IN BRAZIL AND THE ECONOMIC THEORY OF CRIME

Patricie Barricelli Zanon

*Profesora de Derecho Penal y Compliance en cursos de posgrado y pregrado
Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

Gianpaolo Poggio Smanio

*Profesor Titular y Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Presbiteriana Mackenzie*

Marco Aurélio Florêncio Filho

*Profesor del Programa de Posgrado en Derecho Político y Económico (Maestría y Doctorado)
Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar la aplicación del cumplimiento anticorrupción en el entorno empresarial brasileño desde la perspectiva de la teoría económica del delito desarrollada por Gary Becker, con el fin de identificar posibles contribuciones a su eficacia en la prevención de la corrupción. Nótese que la teoría de Gary Becker parte de la premisa de que los agentes criminales están dotados de una profunda racionalidad, por lo que la decisión respecto a la comisión de un delito se basa en la ponderación de costos y beneficios. El trabajo será conducido por el método hipotético-deductivo y desarrollado a partir de una investigación basada en producciones bibliográficas y legislación nacional e internacional pertinentes al tema. Inicialmente, el artículo presentará las condiciones para el desarrollo del cumplimiento anticorrupción en Brasil, contextualizando su relevancia. A continuación, se analizarán las enseñanzas de la Teoría Económica del Delito de Becker, sin la ambición de agotarla, pero buscando traer algunas contribuciones para la efectividad de la prevención de la corrupción en Brasil, y, finalmente, se analizarán los incentivos que existen hoy en día para la adopción de programas de cumplimiento en el entorno empresarial, con base en la teoría de Becker. Finalmente, el trabajo concluye que si bien existen incentivos legales y extralegales que apoyan la adopción de programas de cumplimiento en Brasil, hay algunas reflexiones que se pueden hacer en el campo legal para reforzar los estímulos para su implementación.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the application of anti-corruption compliance in the Brazilian business environment from the perspective of the economic theory of crime developed by Gary Becker, in order to identify possible contributions to its effectiveness in preventing corruption. Note that Gary Becker's theory is based on the premise that criminal agents are endowed with profound rationality, so that the decision regarding the commission of a crime is based on the weighing of costs and benefits. The work will be conducted by the hypothetical-deductive method and developed from an investigation based on bibliographical productions and national and international legislation relevant to the subject. Initially, the article will present the conditions for the development of anti-corruption compliance in Brazil, contextualizing its relevance. Next, the teachings of Becker's Economic Theory of Crime will be analyzed, without the ambition to exhaust it, but seeking to bring some contributions to the effectiveness of corruption prevention in Brazil, and, finally, the incentives that exist today will be analyzed. Today for the adoption of compliance programs in the business environment, to Becker's theory. Finally, the work concludes that although there are legal and extralegal incentives that support the adoption of compliance programs in Brazil, there are some reflections that can be made in the legal field in order to reinforce the stimuli for their implementation.

PALABRAS CLAVE:

Cumplimiento; corrupción, teoría económica del crimen; sanciones; incentivos

KEYWORDS:

Compliance; corruption, economic theory of crime; sanctions; incentives

SUMARIO:

1.Introducción. 2.Desarrollo del Cumplimiento Anticorrupción en Brasil. 3.Reflexiones sobre el cumplimiento anticorrupción a la luz de las enseñanzas de Gary Becker. 4.Análisis de incentivos para implementar programas de cumplimiento. 5.Conclusión. 6.Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno que afecta a varios países¹ e impacta directamente en su desarrollo socioeconómico, provocando graves efectos no solo en su economía, sino en el mercado en su conjunto, así como en la realización de los derechos sociales, la inversión en políticas públicas y la propia democracia.

En primer lugar, la corrupción es el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social en el mundo, ya que cada año se gasta un billón de dólares estadounidenses en sobornos, mientras que la corrupción malversa alrededor de 2,6 billones de dólares estadounidenses, una suma equivalente a más del 5 % del PIB mundial.²

Aunque se afirme que pequeñas dosis de corrupción pueden impulsar el crecimiento económico, es cierto que en el largo plazo sus efectos sobre la economía pueden ser muy graves pues tienden a perpetuarse en el tiempo y a expandirse en el espacio. De forma concreta, la corrupción reduce la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aumenta el gasto público, destinándolo a proyectos innecesarios o improductivos, reduce la inversión extranjera en el largo plazo, provoca la huida de los capitales hacia otros territorios, impide la libre competencia en los mercados nacionales y mundial³

Según Susan Rose-Ackerman⁴, la corrupción tiene como consecuencias la ineficiencia de las licitaciones y privatizaciones gubernamentales, las demoras, el exceso de burocracia, el uso de pagos corruptos, las desigualdades, el daño a la legitimidad política y el lento crecimiento del país.

También, la corrupción erosiona los pilares de la democracia y por ende compromete el pleno desarrollo de los derechos humanos. Este fenómeno afecta gravemente la distribución del poder político y se basa en la colusión entre particulares y funcionarios públicos, por ejemplo en el ámbito de la financiación de campañas electorales. Esta cuestión del poder económico rompe la relación de representatividad que debe guiar la elección de representantes por parte de los votantes en la medida en que interpone entre ellos intereses personales de terceros que no necesariamente están alineados con los intereses de otros.⁵

Además, la corrupción es capaz de distorsionar la elección de prioridades por parte de los actores políticos, así como influir en la operacionalización de políticas públicas que pueden verse comprometidas por la práctica de desviaciones en la asignación de recursos públicos.

En relación a los derechos fundamentales:

(...) la corrupción vulnera el derecho a la igualdad proclamado hace más de medio siglo en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto, el pago de un soborno para la obtención de un servicio público excluye del disfrute del mismo a los que no tienen recursos para efectuar dicho pago, imposibilitando así que aquella igualdad formal sea real y efectiva. La corrupción puede tener, además, graves consecuencias sobre otros derechos básicos de las personas.⁶

¹ “Desde tiempos remotos se tiene constancia de que la corrupción, entendida como el uso desviado del poder público para obtener un beneficio privado, ha sido práctica habitual en todas las sociedades. Sin embargo, y pese a su origen tan antiguo, ha sido en las últimas décadas cuando ha adquirido unas magnitudes desorbitadas, afectando tanto a países pobres como a ricos, a gobiernos autoritarios como a democracias consolidadas, a altos cargos de organizaciones internacionales, a dirigentes de empresas multinacionales, etc. Esta expansión trae su causa en algunos de los elementos caracterizadores de la era de la globalización, los cuales han contribuido a la internacionalización del crimen, en general, y de la corrupción, en particular”. (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Universidad de Salamanca, 2012, p. 13-14).

² UNODC. *Corrupção e desenvolvimento*, Brasil, 2015. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf> Acceso en: 05 jan. 20220.

³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Universidad de Salamanca, 2012, p. 19.

⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org), *Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UNB, 2002. p. 74

⁵ BAPTISTA, Renata Ribeiro. Direitos humanos, corrupção e democracia. ANPR. 2020. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25374-direitos-humanos-corruptao-e-democracia>.

⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Universidad de Salamanca, 2012, p. 18.

En Brasil, en particular, esto ha sido una gran preocupación dados los escándalos recientes como los relacionados con los esquemas descubiertos por Operação Lava Jato⁷ y los índices más recientes que miden la percepción y capacidad para combatir la corrupción.

Según la ONG Transparencia Internacional⁸, el mal desempeño de Brasil en el IPC 2021 lo colocó nuevamente por debajo del promedio mundial de 43 puntos siendo el puntaje alcanzado en el último año el mismo registrado en 2020 y representando el tercer peor resultado de la serie histórica⁹.

Así, se observa que el país se encuentra estancado sin haber realizado avances significativos para enfrentar el problema en el período. Incluso existe el riesgo de que el desmantelamiento institucional y la inacción del gobierno en la lucha contra la corrupción lleven al país a peores calificaciones en los próximos años.

En cuanto al Índice de Capacidad Anticorrupción, Brasil ha sufrido una de las caídas más pronunciadas de América Latina. El declive está relacionado con la disminución de su capacidad jurídica, la independencia de las instituciones y la democracia.¹⁰

Sin embargo, vale la pena señalar que este fenómeno está criminalizado en Brasil, por lo que, hace décadas se forjó en el país una estructura jurídico-institucional para combatir la corrupción, inspirada en movimientos e instrumentos internacionales que tratan el tema.

Así, actualmente, observamos que, si bien ha habido un gran avance, y el país cuenta con leyes, normas, reglamentos y entidades dedicadas al control de la corrupción, parte de estas instituciones han sido cuestionadas recientemente y exigen revisión para que puedan convertirse en más eficaz la política de control de la corrupción en Brasil.

En este contexto de búsqueda de la efectividad del control de la corrupción en Brasil, también cabe señalar que este fenómeno forma parte del llamado delito económico, en la medida en que muchos casos de corrupción se desarrollan en el ámbito de las relaciones económicas. A modo de ejemplo, existe la participación de numerosas empresas privadas que se involucran en esquemas de pago de sobornos a organismos públicos con el objetivo de obtener ventajas económicas indebidas.

En facto, en nivel global, las empresas multinacionales se aprovechan de las asimetrías jurídicas existentes entre los diversos Estados de la aldea global para conducir prácticas corruptas en el comercio transnacional.¹¹

En una encuesta global reciente fueron consultados 2.550 ejecutivos de 55 países y se mostró que para 96% de los profesionales brasileños entrevistados las prácticas de soborno o corrupción ocurren ampliamente en los negocios. Comparativamente, en 2014, en el apogeo de la Operación Lava-Jato, este número era de 70%.¹²

⁷ La Operación Lava Jato, una de las mayores iniciativas contra la corrupción y el lavado de dinero en la historia reciente de Brasil, comenzó en marzo de 2014. En ese momento, cuatro organizaciones criminales que contarían con la participación de agentes públicos, empresarios y cambistas fueron investigadas ante el Tribunal Federal en Curitiba (MPF. *Caso Lava Jato*. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>.

⁸ Según Pérez Cepeda y Benito Sánchez La principal ONG dedicada a la lucha contra la corrupción es Transparency International (TI), fundada en 1993, y: “Sin duda, la aportación más relevante de TI es su Índice de Percepción de la Corrupción (IPC). Se trata de una publicación anual que se realiza desde el año 1995, en la cual se clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe como existente entre sus funcionarios públicos y políticos. El Índice es el resultado de una serie de encuestas llevadas a cabo por instituciones independientes a expertos y a empresas del país en cuestión. Se basa en percepciones, lo cual quiere decir que el país con la puntuación más baja es el que se percibe como más corrupto, aunque eso no signifi que realmente que sea el país más corrupto del planeta (hay Estados que no aparecen en la lista porque respecto de ellos TI no obtiene datos). (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasilenos. Universidad de Salamanca, 2012, p. 22.)

⁹ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *IPC 2021*. 2022. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

¹⁰ WINTER, Brian. AALBERS, Geert. *Índice de Capacidade de Combate à Corrupção 2021*. 2022. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: https://americasquarterly.org/wp-content/uploads/2021/06/CCC_Relato%CC%81rio_Portugue%CC%82s_2021.pdf.

¹¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasilenos. Universidad de Salamanca, 2012, p. 19.

¹² Global Fraud Survey. *Ernest Young* 2018. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/banking-and-capital-markets/bcm-pdf/ey-global-fids-fraud-survey-2018.pdf.

Con base en este hallazgo, al pensar en la efectividad del control de la corrupción en Brasil, también es fundamental considerar el papel de los programas de cumplimiento en el entorno empresarial, ya que pueden contribuir a prevenir la ocurrencia de este tipo de ilícitos.

Tales programas ganaron protagonismo en Brasil a partir de 2013, con la entrada en vigor de la Ley nº 12846/2013, conocida como Ley Anticorrupción y tras el desarrollo de la Operación Lava-Jato¹³. Desde entonces, algunas empresas en Brasil han buscado implementar programas de cumplimiento para mitigar los riesgos.

Así, considerando la relevancia de estos programas para la prevención de la corrupción, es importante analizar los incentivos legales existentes para que las empresas se dediquen a implementar programas efectivos, aunque estos puedan representar una alta inversión.

En este sentido, este artículo pretende analizar la aplicación del cumplimiento anticorrupción en el entorno empresarial brasileño desde la perspectiva de la teoría económica del delito desarrollada por Gary Becker, con el fin de identificar posibles contribuciones para su eficacia.

Nótese que la teoría de Gary Becker parte de la premisa de que los agentes criminales están dotados de una profunda racionalidad, por lo que la decisión respecto a la comisión de un delito se basa en la ponderación de costos y beneficios.

La relevancia de la investigación radica, por tanto, en que el uso de programas de cumplimiento por parte de las empresas podría, además de contribuir a la prevención efectiva de la corrupción, reducir los costos del Estado con la prevención e investigación de la corrupción en un sentido amplio, como en el que las empresas podrían colaborar en este sentido, entregando resultados a las autoridades, cuando sea necesario, siendo, por tanto, beneficioso a escala macro, ya que permitiría ahorrar fondos públicos y redirigir las inversiones a otras áreas de necesidad.¹⁴

Por lo tanto, el trabajo será conducido por el método hipotético-deductivo y desarrollado a partir de una investigación basada en producciones bibliográficas y legislación nacional e internacional pertinentes al tema.

Inicialmente, el artículo presentará las condiciones para el desarrollo del cumplimiento anticorrupción en Brasil, contextualizando su relevancia. A continuación, se analizarán las enseñanzas de la Teoría Económica del Delito, sin la ambición de agotarla, pero buscando traer algunas contribuciones para la efectividad de la prevención de la corrupción en Brasil, y, finalmente, los incentivos que existen hoy para la adopción de los programas en el entorno empresarial, según la teoría de Becker.

2. DESARROLLO DEL CUMPLIMIENTO ANTICORRUPCIÓN EN BRASIL

El gran marco normativo para el cumplimiento anticorrupción en Brasil es la Ley Nº 12846/2013, la llamada Ley Anticorrupción.

Sin embargo, esto no marca el origen del cumplimiento en Brasil. Esta, de hecho, está asociada a la lucha contra el blanqueo de capitales.¹⁵

¹³ Investigaciones recientes muestran que el principal impacto de la Operação Lava Jato fue cultural. En este sentido, el 60% de los encuestados afirmó que las recientes operaciones anticorrupción han llevado a las empresas a aumentar las inversiones en cumplimiento. En el 73% de las empresas reportaron que ya cuentan con un programa de Cumplimiento formal, y aunque ya fue implementado, el 69% de ellas aún ven debilidades internas, con la necesidad de avances en el programa y mayor dispersión de las acciones anticorrupción en los demás procesos de la organización. Una proporción de menos del 31 % de los emprendedores considera que sus programas son maduros y se implementan culturalmente en toda la organización. (AMCHAM. Lava Jato e lei anticorrupção impulsionaram o compliance em 60% das empresas, aponta pesquisa. 2016. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.amcham.com.br/noticias/competitividade/lava-jato-e-lei-anticorruptcao-acelerou-compliance-em-60-das-empresas-aponta-pesquisa-amcham-3525.html>. Cabe señalar que, en su momento, surgieron interrogantes en relación con este movimiento: ¿el aumento de este número de interesados en la implementación del cumplimiento sería un reflejo momentáneo de un operativo policial y regulatorio? ¿Existieron de hecho mecanismos de incentivo para la adopción de programas efectivos en detrimento de los programas de fachada? (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, 2018, p. 1143.)

¹⁴ Di CARLI, Carla Veríssimo. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. Porto Alegre: Saraiva, 2017. p. 214; p. 268.

¹⁵ La corrupción genera un volumen importante de recursos que necesitan ser “lavados” para circular en el sistema financiero sin que la marca ilícita sea visible, mientras que el lavado de activos puede ser facilitado por la acción de servidores corruptos, que permiten a los agentes de lavado escapar de los controles y sanciones (KRYAKOS-SAAD, Nadim; ESPOSITO Gianluca;

Sucede que, como reflejo de una nueva estrategia internacional adoptada para combatir el crimen organizado (especialmente el narcotráfico) que implicó el compromiso y la cooperación de ciertos sectores de la economía (como el sector financiero), con el objetivo de socavar la fuente de ingresos de estas organizaciones, en 1998 se promulgó en Brasil la Ley nº 9613/98 conocida como Ley de Blanqueo de Capitales.

Esta ley, además de tipificar como delito el blanqueo de capitales y crear una estructura institucional para el control de este tipo de delitos, también establece ciertas obligaciones para implementar políticas, procedimientos y controles internos a ser cumplidos por ciertas personas obligadas. Tales deberes, que tienen carácter preventivo, constituyen los denominados deberes de cumplimiento.

Al mismo tiempo, también se produjo el advenimiento de algunas normas en el ámbito financiero que también determinan la adopción de controles internos, corroborando el surgimiento de la idea de cumplimiento.

Cabe señalar que, aunque restringida a las personas sujetas a la Ley de Blanqueo de Capitales, la implementación de los deberes de cumplimiento también se extendió a ciertas empresas que estaban sujetas a la aplicación de la FCPA - Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero, la Ley Anticorrupción de los Estados Unidos promulgada en 1977 que también estableció deberes de cumplimiento.

Durante mucho tiempo, este fue el escenario que prevaleció en relación con el cumplimiento en Brasil.

Todavía, en 2013, en respuesta a varios movimientos populares que estallaron en todo el país y que tenían diferentes agendas, entre las que destacaba el descontento con la corrupción, se promulgó la ley 12.846/2013.

La referida ley, de hecho, vino a cumplir con un compromiso internacional asumido por Brasil cuando se convirtió en signatario de la Convención Anticohecho de la OCDE de 1997,¹⁶ que se refería a la adopción de un sistema de rendición de cuentas de las personas jurídicas por actos de corrupción.

Cepeda y Sánchez bien explican ese contexto de preocupación internacional con el fenómeno de la corrupción que llevó a muchos Estados a si comprometieren con la promulgación de diplomas legislativos que estableciesen normas de prevención y responsabilidad, incluso de las personas jurídicas que practicasen actos corruptos:

En una era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción es clara. El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional. No es de extrañar, por ello, que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno desde el plano global (función pública global, competencia global, mercado global) y/o regional, y a asegurar una mejor persecución y sanción de los hechos mediante una colaboración internacional que se presenta ya como irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad.¹⁷

Así, a partir de entonces, en Brasil, pasaron a ser administrativamente responsables las personas jurídicas que realicen actos contra la administración pública enumerados en la ley.

Nótese que esto es muy importante en términos de prevención y combate a la corrupción pues las personas jurídicas desempeñan papeles importantes en la vida económica y social, rodean nuestro quehacer diario y tienen capacidad jurídica de obrar, lo que significa que pueden celebrar válidamente negocios jurídicos, algunos de ellos con las Administraciones públicas. Así, considerando que ellas pueden recurrir al soborno para comprar voluntades de los funcionarios públicos con capacidad de decisión, la mayoría de los instrumentos contra la corrupción exigen a los Estados la adopción de medidas tendentes a reconocer responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de corrupción en los que pudieran verse.¹⁸

SCHWARZ, Nadine. La relación incestuosa entre la corrupción y el lavado de dinero. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse vol. 83, nº 1/2 p. 161-172, 2012 . p. 163).

¹⁶ La Convención para Combatir la Corrupción de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), es un instrumento que tiene por objeto combatir los actos de corrupción en el ámbito del comercio internacional, así como adoptar acciones que aseguren la cooperación entre los países signatarios (CGU. Convenção da OCDE. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde>.

¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Universidad de Salamanca, 2012, p. 18.

¹⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa. (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasileños. Universidad de Salamanca, 2012, p. 37.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el legislador brasileño optó por no atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por la práctica de actos corruptos, por lo que, en principio, el carácter de esta ley sería administrativo. Sin embargo, existen entendimientos doctrinarios de que aún así, esto tendría un carácter delictivo.¹⁹

En todo caso, parece que la ley en mención encuentra gran relevancia en cuanto al aspecto preventivo de la corrupción en el ámbito empresarial, pues en su artículo 7, dispone que serán considerados para la imposición de la sanción por la práctica de actos contra la administración, entre otros factores: la existencia de mecanismos y procedimientos internos para la integridad, la fiscalización e incentivos para denunciar irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta dentro de la persona jurídica.

Además, el Decreto n° 11.129/2022, que reemplazó al anterior decreto que reglamentaba la referida ley, dispone en su artículo 23 que la multa administrativa podrá ser reducida en cinco por ciento en caso de que la persona jurídica cuente y aplique un programa de integridad, de acuerdo a los parámetros establecidos en su artículo 57. Así, ese artículo en realidad trata de los pilares del programa de cumplimiento que se evalúan en cuanto a su existencia y efectividad para determinar la posibilidad de una eventual reducción de una sanción.

Es importante señalar que, a diferencia de otros países, si bien la existencia de un programa de cumplimiento efectivo es capaz de contribuir a la reducción de la pena de multa en Brasil, no existe en el país la posibilidad de eximir a las personas jurídicas de la imposición de sanciones.

A partir de entonces, la CGU – Contraloría General de la Unión emitió varios folletos con directrices sobre la implementación de programas de cumplimiento y algunas empresas brasileñas comenzaron a incluir la implementación de estos en sus agendas.

Además, en los años siguientes, algunas legislaciones dirigidas al sector público o relativas a la contratación con administraciones públicas empezaron a condicionar los contratos u otras situaciones a la existencia de mecanismos de cumplimiento²⁰.

Para corroborar, muchas de las empresas involucradas en la Operación Lava-Jato sufrieron la insuficiencia de los programas que tenían al momento de la práctica ilícita y, en el marco de acuerdos firmados con autoridades tanto brasileñas como norteamericanas, tuvieron que reajustar sus programas, que fue ampliamente difundido.

Se observa que, a partir de 2013, por tanto, se difundió la idea y práctica del cumplimiento no como mero cumplimiento legal, sino como la adopción de un verdadero sistema de gestión basado en políticas, procedimientos y controles internos que materializan un compromiso asumido por una organización con cumplir con las leyes, normas y buenas prácticas, tal como lo enseña Saavedra, al definir el Cumplimiento como:

un estado dinámico de cumplimiento de una orientación normativa de comportamiento con relevancia jurídica en virtud de contrato o ley, que se caracteriza por el compromiso con la creación de un sistema complejo de políticas, controles internos y procedimientos, que demuestran que la empresa está buscando “asegurar”, que se mantenga en estado de Cumplimiento.²¹

3. REFLEXIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO ANTICORRUPCIÓN A LA LUZ DE LAS ENSEÑANZAS DE GARY BECKER

No cabe duda que la llegada de la Ley n° 12846/2013 realmente representó un gran avance en relación a la prevención de la corrupción en Brasil pues difundió un sistema de mitigación de riesgos antes restringido a algunos sectores del mercado.

Sin embargo, con base en algunas enseñanzas de la Teoría Económica del Delito de Gary Becker es importante reflexionar sobre la forma en que el cumplimiento anticorrupción fue establecido en la legislación brasileña y su suficiencia para alentar a las empresas a invertir en la implementación de programas de cumplimiento robustos.

¹⁹ Pierpaolo Bottini sostiene que, por sus elementos, la ley 12846/2013 tiene un carácter penal, o muy próximo al penal, que lleva la norma en cuestión, trae consigo la necesidad de la observancia y el respeto de los límites inherentes a las normas represivas. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. El derecho anticorrupción como derecho penal encubierto. *Conjur*, 2014. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-covered>.

²⁰ Entre estas leyes, se destacan: la ley 11303/2016 – Estatuto de las Empresas Públicas; algunas leyes estatales y municipales como la ley n° 7753/2017 de Río de Janeiro; y ley n° 14133/2021 – nueva ley de licitaciones

²¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal: Revisão Teórica e Esboço de uma Delimitação Conceitual. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016, p. 247.

Esta teoría fue propuesta por Gary Becker, profesor de la Universidad de Chicago y consiste en el uso de ciertos modelos económicos para explicar el crimen.

Una de las ideas centrales de su teoría se explica en su artículo *Crime and Punishment: an economic approach*²², publicado en 1968, y se refiere a la adopción de un juicio de ponderación racional que harían los individuos en relación con los costos y beneficios de la práctica delictiva.

Becker habla de algo que podríamos traducir como maximización de la utilidad, es decir, un individuo comete un delito si tiene la expectativa de que la utilidad del delito para él superará la utilidad que podría obtener dedicando su tiempo a otras actividades. De modo que algunas personas, según este razonamiento, se convierten en delincuentes no porque sus motivos difieran de los demás, sino porque la diferencia está en los costos y los beneficios.²³

Esta idea central puede interpretarse como un proceso en el que el individuo, al tomar la decisión de cometer un delito, confrontaría las ganancias potenciales derivadas del delito, el valor de la pena, las probabilidades de arresto y prisión, así como la oportunidad costo de cometer delitos.²⁴

Lo que propone Becker, por tanto, es que el agente prioriza su interés individual realizando un cálculo de costos y beneficios para decidir sobre la práctica del delito, y los factores analizados, como la pena, la posibilidad de prisión e incluso los estímulos a la educación y el trabajo pueden contribuir en cierto modo a la decisión de cometer el delito o disuadirlo.

Con base en estas ideas, Becker sugiere políticas públicas y privadas para combatir el crimen basadas en decisiones ‘óptimas’ que se interpretan como aquellas que reducen la pérdida social en relación con la práctica de los delitos, y esta pérdida sería la suma de daños, costos con aprehensión, condena, aplicación de las sanciones impuestas. Estas soluciones están relacionadas con factores que llevarían a la conclusión de un individuo de que el crimen no paga. En este sentido, Becker sugiere que las multas tienen ventajas sobre otras sanciones como: preservar los recursos, indemnizar a la sociedad, así como castigar a los delincuentes. Becker incluso señala que, como era de esperar, las multas son las sanciones más comunes y su importancia ha sido reconocida en los últimos tiempos.²⁵

Además, Becker también señala la relevancia de destinar recursos públicos destinados a la seguridad ciudadana y la prevención.

Con base en estas enseñanzas de Becker, podemos decir que: 1) la práctica del delito es el resultado de una decisión individual que parte de una confrontación entre costo y beneficio. 2) La práctica de delitos implica pérdidas sociales 3) El uso de penas altas y adecuadas puede desalentar la práctica de delitos y minimizar las pérdidas sociales. 4) la multa es una forma preferible de sanción ya que minimiza los quistes de prisión, puede indemnizar a la víctima.

Vale la pena señalar que la Teoría de Becker no está exenta de críticas que se refieren, por ejemplo, a que Becker se enfoca únicamente en el aspecto racional de la decisión del agente al momento de cometer el delito y prescinde de los aspectos culturales que pueden influir en la ocurrencia de los delitos.

En este sentido, en lo que respecta específicamente al delito de corrupción, existen críticas en el sentido de que la teoría de Becker permitiría suponer que su rigurosa sanción inhibiría la práctica de este tipo de delitos, además de revertir el escenario de tolerancia identificado en la sociedad brasileña con respecto a tal crimen. Sin embargo, los investigadores llaman la atención sobre el hecho de que, en el caso de la corrupción, la “racionalidad criminal” parece estar más influenciada por cuestiones culturales que por el análisis intuitivo de costo-beneficio en relación con el acto nocivo, ya que en Brasil los actos de corrupción aún se siguen cometiendo prácticas consideradas “socialmente aceptables”, que en el límite modifican los códigos éticos y hacen que los individuos al corromperse no sientan que están denigrando su propia imagen.²⁶

²² BECKER, Gary. *Crime and Punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*. Vol 76, n.2 1968. The University of Chicago Press.

²³ BECKER, Gary. *Crime and Punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*. Vol 76, n.2 1968. The University of Chicago Press, p. 9.

²⁴ CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. Dados. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n.2, 2004, p. 233-269, p. 247.

²⁵ BECKER, Gary. *Crime and Punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*. Vol 76, n.2 1968. The University of Chicago Press, p. 44.

²⁶ RANGEL, Ronaldo. TONON, Daniel Henrique Paiva. A teoria econômica e a teoria da complexidade: as bases para um ensaio sobre a natureza da corrupção no Brasil. *Journal of Social Studies*, v. 19.n. 38, 2017, p. 1-20, p. 17.

Aún así, una investigación empírica realizada a través de formularios respondidos por ex presos revela que, entre los hombres, la mayor motivación para cometer el delito habría sido la búsqueda de estatus social, mientras que en el caso de las mujeres el principal motivo sería la necesidad de mantener a la familia.

Según esta investigación, el perfil de las personas arriba reseñadas pondría en jaque el principal supuesto de la Teoría Económica del Delito, esto es, que el sujeto que comete delitos económicos puede ser considerado como un “empresario” dotado de una fría racionalidad, capaz de analizar los diferentes factores que intervienen en la toma de decisiones sobre la adopción o no de la vía de la ilegalidad con el fin de maximizar los beneficios. Considerando que muchas de las personas analizadas cometieron delitos porque los medios para cometerlos estaban fácilmente disponibles, así como porque ese camino era, si no el único, al menos el más fácil para obtener un buen ingreso, la investigación concluye que mucho más que la cuestión económica, que representa la aparición de delitos que involucran ganancias económicas, factores familiares, sociales e incluso aspectos psicológicos están en la esencia del fenómeno delictivo. En otras palabras, para tratar de comprender qué lleva a las personas a la delincuencia, es necesario combinar los presupuestos tanto de la Teoría Económica del Delito, de las Oportunidades como de la Neomaxista.²⁷

Sin embargo, cabe señalar que, en muchos casos, por ejemplo, en el ámbito de los delitos económicos cometidos por altos ejecutivos, si bien existen aspectos culturales, psicológicos, familiares y sociales que pueden influir en la práctica del delito, el cálculo costo-beneficio también es verosímil.

Así, la propuesta de este trabajo no ignora la posibilidad de combinar teorías en el tratamiento y prevención de un delito tan complejo como la corrupción, sino que se centra en la Teoría Económica de Gary Becker.

Pues bien, teniendo en cuenta las principales premisas de la Teoría Económica del Delito de Becker, se pretende hacer una transposición al campo del cumplimiento anticorrupción, buscando analizar algunos aspectos que podrían impactar la efectividad de la prevención de la corrupción en Brasil.

Inicialmente, si se traspone la teoría al escenario del cumplimiento, es posible partir de la premisa de que dentro de una empresa la decisión de los individuos de practicar una conducta considerada corrupta estará guiada por el análisis de costos y beneficios que se deriven de dicha conducta.

En este sentido, se observa que el hecho de que la empresa haya implementado un programa robusto de cumplimiento implica necesariamente que, además de factores como la posibilidad de ser descubierto, la sanción legal que puede sufrir, el individuo también debe considerar en su cómputo la vulneración de los deberes de cumplimiento y sus consecuencias directas tales como pérdida de posición, daño reputacional que puede perpetuarse en el tiempo.

En este punto, existe una ventaja innegable en relación con la implementación del programa de cumplimiento.

Se observa también que para las personas físicas, además de la posible pena de prisión, también existe una disposición para la imposición de una multa, como sugiere Becker.

A pesar de la preferencia por la pena multa, en este contexto la pena de prisión puede representar una sanción positiva en términos de prevención general y especial, a pesar del costo social de su mantenimiento, como advierte Becker.

Sin embargo, el presente trabajo pretende ir más allá, y transponer la racionalidad económica que se aplica a los particulares a la hora de decidir sobre la práctica del delito, a aquellos sujetos responsables de decidir sobre su prevención.

De esta forma, se asume que los responsables de la gestión de una empresa, también se someten a un juicio de valor de sesgo económico en relación con la implementación de programas de cumplimiento tendientes a prevenir la corrupción. Es decir, un análisis racional de los costos y beneficios de tal implementación. Y en este contexto, es importante analizar los incentivos positivos en relación al cumplimiento, ya que estos están directamente vinculados a la efectividad de la prevención deseada.

Según Coimbra y Manzi, los costos de inversión derivan de los costos de mantenimiento, relacionados con la preparación de la empresa para soportar la implementación y mantenimiento del programa y que involucran: contratación de especialistas, organización del área específica, inversión en capacitación constante, inversiones en personal permanente en tecnología, entre otros. En segundo lugar, los autores señalan los costos de cumplimiento, que involucran sanciones, multas, impuestos, costos de remediación, pérdida de ingresos, interrupción

²⁷ SANTOS, Cezar Augusto Pereira dos. MARIN, Solange Regina. A teoria econômica do crime: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia de Diana vida de ex presidiários em Santa Maria-RS. In. *III Seminário de Jovens Pesquisadores em Economia e Desenvolvimento*. 2015, Santa Maria – RS. Anais p. 1-22, p. 19.

del negocio, pérdida de productividad, impacto de capital, daño a la reputación, honorarios de abogados, honorarios de tribunales y valor por hora de la alta gerencia. Finalmente, destacan los costos de gobierno, referidos al mantenimiento y gastos del directorio, comités, costos legales y jurídicos, contratación de auditoría y relación con inversionistas²⁸.

Cabe señalar que esta reflexión es de suma importancia, ya que la implementación de los programas de cumplimiento es, sin duda, bastante costosa y demanda altas inversiones. Siguiendo el razonamiento propuesto por Becker, si estos costes son mayores que los incentivos para su implantación, muchas empresas no lo harán, o no lo harán correctamente.

4. ANÁLISIS DE INCENTIVOS PARA IMPLEMENTAR PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

En relación con el delito de blanqueo de capitales con base en el mismo supuesto de este trabajo y utilizando la Teoría de Becker, una investigación reciente realizó una comparación de incentivos y costo-efectividad de implementar programas de cumplimiento específicamente en relación al delito de lavado de dinero. Por lo tanto, se compararon los valores de las sanciones administrativas aplicadas por el COAF con los costos necesarios para la adopción de un programa antilavado efectivo.

Siguiendo la mentalidad de que las sanciones por incumplimiento del deber de cumplimiento existen para generar un incentivo a mantener una conducta probatoria, cuanto más severa es la sanción, más severa es la disuasión. Asimismo, cuanto mayor sea la sanción, más hará la empresa, o, en este caso, invertirá para evitar ser imputada a la misma. Las circunstancias de las multas punitivas del COAF varían según el sector comercial observado y pueden alcanzar un mínimo de R\$ 500,00 o un máximo de R\$ 451.440,00, según la actividad ejercida. Por ello, diferentes actividades comerciales supervisadas tienen diferentes riesgos, lo que hace que el presente trabajo tenga en su conclusión diferentes respuestas a la duda de si es rentable instituir un programa de cumplimiento. Sin embargo la investigación concluye que en todo caso, es rentable para el individuo seguir cumpliendo. Lo que varía es qué tan rentable es invertir en un programa de integridad. Suponiendo que la empresa consiga invertir lo mínimo posible para obtener un programa suficientemente eficaz, evitando multas punitivas, siempre es recomendable hacerlo.²⁹

Cabe señalar que, como visto, el sector de lavado de activos es el sector pionero en el cumplimiento en Brasil ya que desde 1998 cuenta con normas imperativas relacionadas con los deberes de cumplimiento previstos en la Ley de Blanqueo de Capitales, así como en normas específicas de los sectores o del COAF mismo que actúa como órgano de control de algunos de los sujetos obligados.

Así, se puede extraer de la investigación que la obligatoriedad es un gran incentivo para la adopción de los programas, pero que, dependiendo de la sanción impuesta y los tipos de sectores y tamaño de la empresa, se recomienda realizar la mínima inversión.

Sin embargo, esta es una realidad particular ligada al delito de blanqueo de capitales, y en relación a la prevención de actos de corrupción en los términos de la ley 12846/13, artículo 5, la situación es un poco diferente.

En términos legales, el único incentivo previsto por la ley para la implementación de programas de cumplimiento es una posible reducción de la sanción eventualmente impuesta por la práctica de un acto contra la administración pública.

Cabe señalar que esto se debe a que la propia Ley N° 12846/2013 no ordenó la implementación de programas de cumplimiento, dejando la decisión a la elección de las empresas, determinando únicamente su consideración al momento de imponer sanciones pecuniarias a las personas jurídicas.

Por lo tanto, vale la pena preguntarse si esta mera posibilidad sería suficiente para alentar a una empresa a asumir los altos costos de adoptar un programa de cumplimiento.

En ese sentido, Di Carli analiza esta situación y inicialmente destaca que la influencia del cumplimiento recae únicamente sobre la sanción administrativa por lo que no tiene efecto sobre la imposición de sanciones civiles impuestas a través de un proceso judicial, lo que sería contradictorio y contraproducente.³⁰

²⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar. MANZI, Vanessa Alessi (coord). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.

²⁹ GOMES, Danilo. Análise econômica da instituição de programas de compliance a partir de multas punitivas do COAF. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*. n. 229, 2019.

³⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. Porto Alegre: Saraiva, 2017. p. 214; 249-267.

Sin embargo, y más relevante para el enfoque de este trabajo, es el hecho de que Di Carli realiza un análisis económico basado en el modelo teórico del propio Becker, además de otros economistas, como Polinsky y Shavell³¹, y Alencar y Gico Jr³², con el objetivo de arbitrar la probabilidad de que una empresa sea sancionada por la Ley Anticorrupción, considerando la influencia del cumplimiento en la dosimetría de la multa. Este análisis se basa en ejemplos hipotéticos, basados en la situación de cinco empresas ficticias.

A partir de este análisis comparativo, entre las dos primeras empresas, una con un programa efectivo, y otra que no tiene ningún mecanismo de cumplimiento, siendo ambas consideradas medianas con una facturación promedio de 2080 millones de reales, aunque con diferentes grados de relación con la administración pública, se constató que la multa del primero sería sólo un 5% inferior a la del segundo³³.

Considerando este y los demás análisis hipotéticos realizados, la autora encuentra que la rendición de cuentas estaría más relacionada con el grado de involucramiento con el Gobierno y el valor del beneficio obtenido, por lo que el impacto del cumplimiento no sería tan grande como uno podría imaginar. De esta forma, entiende que, como estímulo a la promoción de un ambiente corporativo ético, el cumplimiento debe ser considerado no solo en la aplicación de acciones administrativas, sino también en las sanciones civiles y judiciales. Además, la autora también destaca el hecho de que, en la forma en que la ley prevé su cumplimiento, si el acto de corrupción es un hecho aislado dentro de la empresa y efectivamente se han adoptado mecanismos para prevenir el ilícito, así como acciones correctivas posteriores su ocurrencia, no existe autorización legal para que la empresa deje de ser demandada y totalmente exenta del pago de sanciones³⁴.

Además, es importante recordar que la reducción de la sanción administrativa actualizada tras la entrada en vigor del nuevo decreto que reglamenta la ley anticorrupción es del 5% y por tanto no hay que hablar de la posibilidad de exención de responsabilidad por la existencia de un programa de cumplimiento como en otros países, aun que sea necesaria una verificación de que el programa está certificado por una autoridad pública.

También vale recordar que, a diferencia de otros países, incluso de América Latina (Argentina, Chile, Peru), Brasil no ha adoptado la responsabilidad penal de la persona jurídica en casos de delitos como la corrupción y, por lo tanto, la adopción de un programa efectivo de cumplimiento en Brasil solo puede reducir la sanción administrativa.

En el caso de Chile, por ejemplo, la ley 20393 establece en su artículo 3 que las personas jurídicas serán responsables de los delitos que en ellas cometan directa e indirectamente en su interés siempre que resulten del incumplimiento de los deberes de dirección y vigilancia. Dichos deberes están relacionados con la implementación de programas de cumplimiento que tengan como objetivo prevenir la ocurrencia de delitos de esta naturaleza.

Así, analizando el sesgo del delito económico basado exclusivamente en incentivos legales, cabe señalar que en muchas situaciones las empresas dejarían de implementar mecanismos efectivos de cumplimiento si evaluaran el beneficio real que tendrían en vista de la alta inversión para adoptar dicho sistema.

Todavía, es importante agregar algunos factores extralegales a esta ecuación que de alguna manera podrían equilibrar la ecuación o incluso inclinarla hacia la decisión de adoptar programas de cumplimiento robustos.

En este ámbito, es importante destacar la influencia que tiene el cumplimiento en relación con la imagen y reputación de las personas físicas y jurídicas, alcanzando la confianza del público tanto nacional como internacional, y pudiendo mitigar el daño reputacional no solo de la empresa, sino en también del país³⁵.

Además, debido a algunas leyes, las empresas que pretendan contratar con las autoridades públicas deben necesariamente presentar mecanismos de cumplimiento, así como en el sector privado ya existen empresas que hacen estos requisitos en cuanto a la contratación de proveedores, por ejemplo. Por lo tanto, el tema de la competitividad también funciona como un incentivo extralegal para el cumplimiento.

³¹ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *The economic theory of public enforcement of law*. *Journal of Economic Literature*, v. 38, n. 1, p. 45-76, Mar. 2000.

³² ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan-jun. 2011.

³³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. Porto Alegre: Saraiva, 2017. p. 214; 256-265.

³⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. Porto Alegre: Saraiva, 2017. p. 214; 266-267.

³⁵ RIBEIRO, Maria Carla Pereira. DINIZ, Patricia Diitrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, n. 25, Jan-mar. 2015, p. 94.

Ribeiro y Diniz enfatizan este punto al afirmar que el cumplimiento genera una ventaja competitiva ya que los consumidores actualmente tienden a ser muy críticos y comienzan a adquirir no solo productos y servicios, sino también comportamientos sustentables.³⁶

Finalmente, también cabe señalar iniciativas que premian a las empresas, como la certificación por el cumplimiento de la norma ISO 37001 y el reconocimiento público a partir del otorgamiento del sello empresa pro-ética, una alianza entre los sectores público y privado que evalúa el perfil y las medidas adoptadas para prevenir, detectar y remediar actos de corrupción.

5. CONCLUSIÓN

Hecha la transposición de la Teoría de Becker al ámbito del cumplimiento, se constató que el cumplimiento puede funcionar como uno de los factores determinantes para la disuasión de un individuo en relación a la práctica de actos de corrupción, ya que la violación de los deberes de cumplimiento suma algunos aspectos negativos: la represión penal, como la aplicación de medidas sancionadoras en el ámbito empresarial, como el despido, e incluso la mala reputación relacionada con conductas poco éticas que pueden acompañar al individuo en sus próximos intentos de contratación.

En relación, específicamente, a los incentivos dirigidos a la administración de las empresas para la implementación de programas de cumplimiento, se encontró que la obligatoriedad en el caso del delito de blanqueo de capitales en los términos de la Ley nº 9.613/98 y las normas derivadas, funciona como un gran incentivo, aunque se recomienda una inversión diferente según el tamaño de la empresa y el sector.

Por otro lado, no caso de actos cometidos contra la administración pública, la ausencia de obligatoriedad combinada con la mera posibilidad de reducir la sanción administrativa (que puede no representar ni siquiera un monto significativo), y la imposibilidad de exención total o que la empresa no será procesada si el hecho ha sido aislado y la empresa ha adoptado efectivamente mecanismos eficientes, parecen demostrar que en términos jurídicos, quizás exista una insuficiencia de incentivos para que la decisión se tome frente a del análisis costo-beneficio implementación del programa.

Sin embargo, también se presentaron incentivos extralegales que parecen sumarse a esta ecuación a favor de los programas de cumplimiento, como el riesgo de daño a la imagen y reputación, la competitividad y la existencia de iniciativas gratificantes.

A la vista de las reflexiones realizadas a partir de las enseñanzas de Becker, se concluye que, si bien se puede mejorar la legislación anticorrupción para quizás haciendo obligatoria la adopción de tales programas, aunque con diferentes parámetros de mecanismos de prevención a ser implementados según el tamaño de la empresa, como ya se admite en el caso de la ley anticorrupción brasileña.

Destacase también la adopción de la responsabilidad penal de la persona jurídica (que también contribuiría a la prevención de los delitos en la forma de prevención general) asociada a la observancia de los deberes de cumplimiento para que la adopción de estos programas pueda influir en la imputación de tal responsabilidad.

El hecho de que una empresa pueda considerar el impacto positivo que puede tener un programa de cumplimiento, no solo en el ámbito administrativo, sino también en materia de responsabilidad penal, sería otro factor de estímulo para que las empresas se enfoquen en la implementación de estos mecanismos que son esenciales para combatir el crimen económico.

A tal fin, el legislador podría incluso considerar asociar el impacto de los programas de cumplimiento en el ámbito penal a la necesidad de certificación otorgada por una autoridad pública.

Finalmente, al mirar el escenario en su conjunto, parece que existen reflexiones importantes para ser discutidas en campo legal acerca de los incentivos legales que sí pueden introducir y conducir a la implementación de mecanismos serios por parte de las empresas y que en un futuro próximo garantizarán un nivel suficiente de madurez de cumplimiento en Brasil, contribuyendo a la eficacia de la prevención de la corrupción.

³⁶ RIBEIRO, Maria Carla Pereira. DINIZ, Patricia Diitrich Ferreira. Compliance e alei anticorrupção nas empresas. *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, nº 25, Jan-mar. 2015, p. 94.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, nº 1, p. 075-098, jan-jun. 2011.
- AMCHAM. Lava Jato e lei anticorrupção impulsionaram o compliance em 60% das empresas, aponta pesquisa. 2016. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.amcham.com.br/noticias/competitividade/lava-jato-e-lei-anticorruptao-acelerou-compliance-em-60-das-empresas-aponta-pesquisa-amcham-3525.html>.
- BAPTISTA, Renata Ribeiro. Direitos humanos, corrupção e democracia. ANPR. 2020. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25374-direitos-humanos-corruptao-e-democracia>.
- BECKER, Gary. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. Vol 76, n.2 1968. The University of Chicago Press.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A lei anticorrupção como lei penal encoberta. *Conjur*, 2014. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>.
- CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n.2, 2004, p. 233-269.
- CGU. Convenção da OCDE. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde>.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar. MANZI, Vanessa Alessi (coord). Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.
- Di CARLI, Carla Veríssimo. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. Porto Alegre: Saraiva, 2017.
- Global Fraud Survey. Ernest Young. 2018. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/banking-and-capital-markets/bcm-pdf/ey-global-fids-fraud-survey-2018.pdf.
- GOMES, Danilo. Análise econômica da instituição de programas de compliance a partir de multas punitivas do COAF. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*. n. 229, 2019.
- KRYAKOS-SAAD, Nadim; ESPOSITO Gianluca; SCHWARZ, Nadine. The incestuous relationship between corruption and money laundering. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse vol. 83, nº 1/2 p. 161-172, 2012.
- MPF. Caso Lava Jato. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SANCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa (coord.). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Centro de Estudios Brasilenos. Universidad de Salamanca, 2012, p. 13-14.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. *Journal of Economic Literature*, v. 38, v. 1, p. 45-76, Mar. 2000.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance Concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, 2018.
- RANGEL, Ronaldo. TONON, Daniel Henrique Paiva. A teoria econômica e a teoria da complexidade: as bases para um ensaio sobre a natureza da corrupção no Brasil. *Journal of Social Studies*, v. 19.n. 38, 2017, p. 1-20, p. 17.
- RIBEIRO, Maria Carla Pereira. DINIZ, Patricia Diitrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, nº 25, Jan-mar. 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kemberly Ann (Org), *Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UNB, 2002.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal: Revisão Teórica e Esboço de uma Delimitação Conceitual. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016.

SANTOS, Cezar Augusto Pereira dos. MARIN, Solange Regina. A teoria econômica do crime: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia a vida de ex presidiários em Santa Maria-RS. In. III Seminário de Jovens Pesquisadores em Economia e Desenvolvimento. 2015, Santa Maria – RS. Anais p. 1-22, p. 19.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. IPC 2021. 2022. Disponible en: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso en: 05 jan 2022.

UNODC. Corrupção e desenvolvimento, Brasil, 2015. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf

WINTER, Brian. AALBERS, Geert. Índice de Capacidade de Combate à Corrupção 2021. 2022. [fecha de consulta: 05/01/2022]. Recuperado de: https://americasquarterly.org/wp-content/uploads/2021/06/CCC_Relato%CC%81rio_Portugue%CC%82s_2021.pdf

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL**

**ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND CORPORATE CRIMINAL LIABILITY**

Borja Llonín Blasco

*Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa
Universidad de Deusto*

RESUMEN:

La inteligencia artificial y la robótica plantean muchas oportunidades de desarrollo para la sociedad pero, a su vez, también puede generar determinados riesgos que han de ser abordados por el Derecho. La Unión Europea está haciendo un gran esfuerzo para regular la inteligencia artificial de forma preventiva, garantizando la salvaguarda de los derechos fundamentales y de los valores de la Unión. Este esfuerzo tiene su reflejo en el Derecho penal, encargado de regular los ataques más graves a los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos por el legislador. Más concretamente, en este artículo se expone la relación entre los programas de compliance y las medidas preventivas de los riesgos derivados de la inteligencia artificial.

ABSTRACT:

Artificial intelligence and robotics offer many opportunities for the development of society but, at the same time, they can also generate certain risks that need to be addressed by the law. The European Union is making a great effort to regulate artificial intelligence in a preventive way, ensuring that fundamental rights and EU values are safeguarded. This effort is reflected in criminal law, which is responsible for regulating the most serious attacks on fundamental rights that are intended to be protected by the legislator. More specifically, this article sets out the relationship between compliance programmes and measures to prevent risks arising from artificial intelligence.

PALABRAS CLAVES:

Inteligencia artificial, responsabilidad penal de las personas jurídicas, riesgos.

KEYWORDS:

Artificial intelligence, criminal liability of legal entities, risks.

SUMARIO:

1.Introducción. 2.Aproximación a la regulación del robot inteligente. 3.El tratamiento del robot inteligente en el Derecho penal. 4.La incidencia del robot inteligente en la responsabilidad penal de las personas físicas. 5.La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿ejemplo para el robot inteligente?. 6.El compliance para abordar los riesgos derivados de la inteligencia artificial. 7.Reflexiones finales. 8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es analizar cómo puede abordar el Derecho penal una tecnología con una gran presencia en la actualidad, pero aún con mucho margen de desarrollo, como es la inteligencia artificial. Más concretamente, el estudio se va a centrar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de compliance y su posible extrapolación al campo de la inteligencia artificial. A efectos de aclaración, para una mayor facilidad lectora, se van a utilizar indistintamente los conceptos de sistema de inteligencia artificial y robot inteligente para hacer referencia a dispositivos o sistemas que estén dotados de inteligencia artificial, de conformidad con las singularidades que se van a exponer a lo largo de las próximas líneas, estén o no dotados de un soporte físico.

Para abordar este tema, se van a exponer las características y facultades del robot inteligente. Asimismo, se va a indicar cuál es el tratamiento que se da a los sistemas de inteligencia artificial por los principales proyectos normativos que hay, en la actualidad, a nivel supranacional. En función de estos elementos, se desarrolla la posibilidad de que el robot inteligente pueda estar dotado de un estatus especial en el ordenamiento jurídico.

Partiendo de este escenario, el estudio se centra en el encaje del robot inteligente en el Derecho penal. Para ello, se expone la evolución de algunos conceptos de la teoría del delito, así como la afectación de la misma por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta exposición se realiza con el objetivo de analizar cómo afecta en estos elementos de la teoría del delito la actuación llevada a cabo, de manera parcial o total, por un robot inteligente. Por último, se recogen las medidas de prevención exigibles para las personas físicas y jurídicas que tienen incidencia en el comportamiento del robot inteligente y se analiza la relación entre las mismas y los programas de compliance, atendiendo al enfoque preventivo y proactivo de las normas – o proyectos de normas – que existen actualmente tanto en el campo de los sistemas de inteligencia artificial como en el Derecho penal.

2. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL ROBOT INTELIGENTE

Para desarrollar el objeto del presente estudio, en primer lugar, es importante conocer el tratamiento que se le da a la inteligencia artificial por parte del legislador y el enfoque normativo con el que se trata de abordar el desarrollo de la inteligencia artificial por parte de los principales proyectos normativos existentes en la actualidad. Esta presencia en el proceso legislativo de diferentes instituciones nacionales e internacionales está plenamente justificada por las posibilidades de esta tecnología y por los riesgos que llevan aparejados las mismas.

Sin pretender profundizar en los aspectos técnicos de la inteligencia artificial – por no disponer de las capacidades necesarias ni del espacio suficiente en el presente estudio – en las próximas líneas se van a exponer algunas de las singularidades más relevantes del robot inteligente que han sido tenidas en cuenta en los distintos proyectos normativos, para poder determinar cuál es el punto de partida sobre el que realizar el análisis. Si se atiende a la primera norma supranacional que, a fecha del presente estudio, está siguiendo el proceso legislativo europeo, como es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial¹, se define el sistema de inteligencia artificial como *“el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.”* Entre las técnicas y estrategias que figuran en el referido anexo, se destacan las estrategias de aprendizaje automático, aprendizaje profundo, la representación del conocimiento o la programación inductiva, entre otras.

De esta definición se pueden extraer algunos elementos interesantes para el tratamiento penal de la cuestión. En primer lugar, la fijación de objetivos del sistema de inteligencia artificial está claramente atribuida al ser humano. Ello conlleva que la autonomía del robot inteligente está acotada a unos determinados objetivos prefijados por el ser humano. En segundo lugar, esta limitada autonomía puede dar lugar, a través de las técnicas de aprendizaje y programación expuestas en el anexo I, a determinadas acciones que pueden tener incidencia en el entorno que les rodea.

Esta definición sigue la tendencia expuesta en otros proyectos europeos. En 2017, se publicó el Informe del

¹ UNIÓN EUROPEA. 2021. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. COM (2021) 206 final. 2021/0106(COD). *De aquí en adelante, Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial.*

Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica², en el que se pide a la Comisión Europea que proponga una definición para el robot inteligente, que tenga en cuenta las capacidades de este. Exceptuando las singularidades referentes al soporte físico del robot, dentro de estas características se incluyen:

- La capacidad de adquirir autonomía mediante sensores, el intercambio de datos con su entorno y el análisis de dichos datos.
- La capacidad de autoaprendizaje a través de la experiencia y la interacción.
- La capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.

Partiendo de la definición y singularidades expuestas, la capacidad de ir adquiriendo autonomía conforme va interactuando con el entorno, así como la posibilidad de generar efectos de forma directa en el mismo, conlleva una serie de riesgos que deben ser gestionados por el ordenamiento jurídico en aras a dar una seguridad jurídica a los operadores que desarrollan o utilizan sistemas de inteligencia artificial³. En este sentido, la posibilidad de que esta tecnología pueda operar con su entorno con una autonomía creciente, sobre la base de una programación o un entrenamiento diseñado por un ser humano, generando efectos jurídicos, conlleva una serie de retos a nivel ético, social y jurídico que han de ser abordados.

En cuanto a los retos éticos y sociales, se podrían plantear innumerables cuestiones relacionadas con la inteligencia artificial, teniendo en cuenta el impacto que puede generar en la sociedad y el mercado, derivado de las singularidades del robot inteligente y de las opciones que ofrece. No obstante, únicamente se van a exponer determinadas cuestiones, desde un plano general, que tienen relación con el desarrollo del presente estudio y que va a ser desarrollado posteriormente. Una de las cuestiones principales que va a exponer – y que tiene su claro efecto en el presente estudio – es la de la relación entre el humano y la máquina o, dicho de una forma más concreta, del papel que se le va a otorgar a la máquina y dónde se va a fijar la barrera de sus competencias y facultades. Tanto la robótica como la inteligencia artificial conllevan un cambio notable en nuestra sociedad. Teniendo en cuenta sus singularidades y la posible impredecibilidad de sus acciones, se abre, entre otras opciones, la posibilidad de generar un daño físico, lo que cambia lo visto hasta ahora en cuanto a la relación entre humanos y máquinas⁴.

Además de la posible ocasión de un daño físico, dependiendo del diseño del sistema de inteligencia artificial y su entrenamiento, el algoritmo puede operar influenciado por determinados sesgos presentes en la sociedad, si no se toman las medidas precisas para asegurar la calidad de los datos⁵. Esta cuestión es una de las materializaciones de que las relaciones jurídicas que, en su caso, puedan ser creadas por dispositivos de inteligencia artificial, tienen que realizarse de acuerdo con unas determinadas máximas. Como se ha comentado, la preocupación del legislador es notable, por lo que se han realizado una serie de trabajos, de forma preventiva, para que el desarrollo de la inteligencia artificial se realice sobre una cierta base sólida. Estas máximas pueden englobarse dentro de un desarrollo sostenible de la robótica inteligente, sobre la máxima del respeto a los derechos fundamentales y valores de la Unión Europea⁶.

Dentro de los principios sobre los que sustentar un desarrollo sostenible de la robótica inteligente, cabe destacar cuatro⁷:

- Respeto de la autonomía humana: los sistemas inteligentes deben ser diseñados para potenciar las aptitudes de las personas, pero sin dirigirlos de forma injustificada, engañando o manipulando. El ser humano debe ser capaz de mantener una autonomía plena y efectiva sobre sí mismo.
- Prevención del daño: la operatividad de los sistemas inteligentes debe realizarse desde la robustez téc-

² UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), de 27 de enero de 2017.

³ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Considerando 2.

⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés. 2019. *Derecho de los robots*. 2ª edición. Madrid: Wolters Kluwer, p. 18.

⁵ UNIÓN EUROPEA. 2019. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)). Considerando U.

⁶ UNIÓN EUROPEA. 2019. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, de 8 de abril de 2019. COM (2019) 168 final. Punto 2.2.

⁷ UNIÓN EUROPEA. 2019. Informe del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea. 2019. Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable. Bruselas, pp. 15-16.

nica y siendo capaces de garantizar que no se utilice para un uso malintencionado. Esta previsión es necesaria para evitar que se provoquen daños o perjuicios de otro tipo a los seres humanos.

- Equidad: no se debe aceptar la generación o agravación de sesgos injustos a través de los sistemas inteligentes, de tal forma que se pueda generar una estigmatización o discriminación. Asimismo, debe promoverse una equidad también en lo que respecta a la igualdad de oportunidades, así como de acceso a los sistemas inteligentes.
- Explicabilidad: Respecto de este principio, de cara a generar confianza en los sistemas inteligentes, es esencial la transparencia, de tal forma que se puedan conocer las capacidades y finalidad de los sistemas, así como poder explicar las decisiones que se adopten

En esta línea, la afectación a los derechos fundamentales es un reto social y ético, pero, principalmente, es un reto jurídico. De hecho, este desafío para los derechos fundamentales es una de las razones que fundamenta la publicación de la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Por ello, el legislador europeo establece una serie de medidas que tratan de garantizar un nivel de protección elevado para los derechos fundamentales, por medio de un sistema basado en la gestión de riesgos. Sobre la base de esta gestión de riesgos, establece una serie de obligaciones a los intervinientes en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, de tal forma que se protejan determinados derechos fundamentales; como la dignidad humana, el respeto de la vida privada, familiar y la protección de los datos personales, la igualdad y la no discriminación, entre otros⁸.

La mayor significación jurídica derivada de estos retos jurídicos, éticos y sociales se refleja en el papel que desarrolle el robot inteligente en la sociedad. Dependiendo de las facultades que se le conceda, sus acciones tendrán una serie de efectos jurídicos u otros. A este respecto, teniendo en cuenta el momento actual y la – menor – incidencia de la inteligencia artificial en la sociedad, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial únicamente impone obligaciones a los usuarios y a los proveedores de sistemas de inteligencia artificial, siendo éstos personas físicas o jurídicas. Por todo ello, para valorar la incidencia del robot inteligente en el Derecho penal, en primer lugar, se debe valorar cuál es la posición del robot inteligente en el ordenamiento jurídico.

3. EL TRATAMIENTO DEL ROBOT INTELIGENTE EN EL DERECHO PENAL.

Para realizar una inmersión en el tratamiento del robot por el Derecho penal y, en último término, en la cuestión central de este estudio, como es la afectación del mismo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debe realizar una exposición inicial de las capacidades técnicas y jurídicas del robot inteligente, para poder fijar cuál es el punto de partida y realizar el análisis jurídico sobre dicha figura. En este sentido, en el apartado introductorio se han expuesto algunas singularidades técnicas como son la capacidad de adquirir autonomía, el autoaprendizaje o la adaptabilidad al entorno que, en cierto modo, deriva en un descontrol por parte del usuario del robot o del sistema de inteligencia artificial. Esta capacidad de adquirir autonomía unida a la capacidad de producir efectos en el entorno que rodea al robot o al sistema, conlleva que se realicen una serie de valoraciones sobre su consideración jurídica.

Una consideración muy relevante fue la realizada por el Parlamento Europeo en el año 2017 en el informe referenciado anteriormente sobre las normas de derecho civil en materia de robótica⁹. En este informe, además de recoger una serie de características comunes para el robot inteligente, se plantea la posibilidad – en virtud de las características previamente expuestas – de dotar al robot inteligente de una personalidad jurídica específica. Esta atribución se realizaría para aquellos robots más complejos que sean capaces de tomar decisiones de forma autónoma y operar de forma independiente.

Esta teoría ha sido acogida por algunos autores que, sobre la base de la teoría de la ficción de Savigny, que señala al hombre como único sujeto de derecho, siendo las personas jurídicas una ficción reconocida por el Estado, por razones de conveniencia, es completamente trasladable a la robótica en términos similares. En esta línea, si los robots inteligentes evolucionan de tal forma que tengan influencia sobre la creación de relaciones jurídicas, nada impide que, desde el punto de vista de la ficción, pueda establecerse una personalidad jurídica específica del robot. De este modo, confluirían tres personalidades jurídicas; la humana, dotada de voluntad propia; la persona jurídica, dotada de una voluntad fruto de la unión de voluntades aisladas y la de los sistemas

⁸ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 3.5.

⁹ UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), de 27 de enero de 2017.

ciber-físicos, dotada de una voluntad que surge de procesos algorítmicos¹⁰. A este respecto, cabe señalar, conforme a lo que se expone en las próximas líneas, que el propio concepto de voluntad es un concepto cuya intensidad requerida en el Derecho penal ha ido evolucionando conforme al desarrollo de la sociedad y de la realidad criminológica.

La teoría del delito y la situación criminológica se ha ido adaptando a las modificaciones, en ocasiones paulatinas y, en otras ocasiones, repentinas, que se han ido produciendo en la sociedad. Una de las principales evoluciones ha afectado al delito doloso de acción, el cual fue configurado *ab initio* como el delito modelo, que se ha visto en parte distorsionado tal y como se expone en las próximas líneas. En este sentido, se da una disociación entre la acción y la responsabilidad, siendo en muchas ocasiones un subordinado el ejecutor de la acción que da pie al delito, sin autonomía en la decisión. Asimismo, determinados elementos del tipo pueden atribuirse a diferentes sujetos, como la ejecución material, la capacidad de decisión o la posesión de la información¹¹.

Esta superación del delito doloso de acción como delito modelo, da lugar a que se configure el delito como un ataque a la vigencia de la norma, poniendo en cuestión el Derecho. Por ello, de la mano de esta evolución del concepto de delito dominante en la sociedad, se ha dado una afectación de la teoría de la imputación objetiva. Esta teoría se desarrolló sobre el concepto del delito doloso de acción. El nuevo concepto de delito – más extenso, tal y como se expone a continuación – precisa de unos criterios sólidos para poder afirmar la presencia de una conducta penalmente injusta. A partir de la década de los 70 cada vez hay una presencia mayor de una concepción más amplia del injusto penal, integrando la óptica específica de la omisión equivalente a la acción, con un crecimiento de la imprudencia, no concebida ya como una mera forma de castigo puntual. Esta vocación integral del injusto penal conlleva que la nueva teoría de la imputación objetiva deba abarcar no sólo el delito doloso de acción, sino el injusto doloso e imprudente, por acción y omisión, así como los diferentes supuestos de participación y las tentativas¹².

Además de esta evolución de la categorización delictiva, a la teoría del delito y la imputación objetiva de cuño alemán también le ha afectado de forma notable la globalización y la influencia de conceptos y enfoques propios de la tradición jurídica angloamericana. Esta influencia, materializada en parte por medio de los casos de Derecho Penal de la empresa, generan una serie de distorsiones en la teoría del delito y en los elementos que la conforman, debido a la naturaleza de las organizaciones y la dificultad para aplicar los dogmas propios de la concepción clásica a situaciones novedosas y diferentes a las anteriores¹³.

Una de las causas que genera distorsión en la doctrina clásica de la teoría del delito (además de las ya expuestas anteriormente) es la excesiva presencia de elementos normativos extrapenales, tanto por remisión del Derecho Penal a legislación mercantil o administrativa como por el difícil deslinde, en ocasiones, entre el Derecho administrativo y el Derecho penal. Esta causa está de manifiesto claramente en este mismo estudio en el que, para abordar un aspecto penal concreto del desarrollo de la inteligencia artificial, se acude a una propuesta normativa de naturaleza administrativa, como es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial para extrapolarla al campo del Derecho penal¹⁴ y relacionarla, tal y como se desarrollará con posterioridad.

Estos avances o, mejor dicho, modificaciones de la teoría del delito y adaptaciones a la sociedad, son perfectamente trasladables al escenario actual. No obstante, hay un matiz que es verdaderamente importante en la comparación entre los dos escenarios. En el caso de las personas jurídicas, éstas adquirieron una importancia muy notoria antes de que se introdujera en el ordenamiento jurídico la posibilidad de que las mismas pudieran tener una responsabilidad penal. En el caso de los sistemas de inteligencia artificial, se está realizando un esfuerzo notable en materia de regulación preventiva, para que la inteligencia artificial se ajuste a la regulación normativa, y no al contrario. A este respecto, en la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial se expone

¹⁰ ERCILLA GARCÍA, Javier. 2018. *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 16-17.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2013 “Introducción: lo teórico y lo experimental en la teoría del delito”. En Silva Sánchez, Jesús-María y Miró Llinares, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, p. 37.

¹² ROBLES PLANAS, Ricardo. “Estudio preliminar: la «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes”. En FRISCH, Wolfgang. 2015. *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Moia: Atelier Libros Jurídicos, pp. 31-32.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. 2013. *La teoría del delito...*, op. cit., pp. 34-37.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. 2020 *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 50.

la intención del legislador de desarrollar un ecosistema de confianza, por medio de un marco jurídico, que se encamine hacia una inteligencia artificial fiable, poniendo los valores y derechos fundamentales de la Unión Europea en el centro de la normativa, de tal forma que las normas relativas a esta tecnología se ajusten a la protección del bienestar de los ciudadanos de la Unión Europea¹⁵.

En esta situación, en caso de que el legislador europeo no cambie drásticamente su enfoque, se antoja difícil pronosticar que los sistemas de inteligencia artificial puedan alcanzar un rol que genere una necesidad de dotarle de un estatus especial o de una personalidad jurídica propia. Por ello, el tratamiento que el Derecho penal puede dar a estos sistemas o robots inteligentes debe encaminarse más hacia el instrumento que hacia la persona. Sin embargo, debe resaltarse que, aunque no se considere, por el momento, precisa la dotación de un estatus especial, las posibilidades que otorgan los sistemas de inteligencia artificial hacen necesario un enfoque por su posible incidencia en la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas.

4. LA INCIDENCIA DEL ROBOT INTELIGENTE EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

Si bien en la conclusión del punto anterior se ha indicado que, teniendo en cuenta el contexto actual, el Derecho penal tiene que encuadrar al robot inteligente en una posición cercana al instrumento, este tiene una incidencia en la responsabilidad penal de las personas físicas – y, como posteriormente se analizará, de las personas jurídicas – que no tiene cualquier instrumento. A este respecto, por las características de la tecnología y, de forma más concreta, por la capacidad de aprendizaje que le permite adaptar su *output* al contexto, a la experiencia y al entorno que les rodea, se pueden generar situaciones novedosas para la teoría del delito. Se pueden plantear diferentes escenarios en los que un sistema de inteligencia artificial tiene incidencia en un resultado delictivo, siendo en algunos supuestos más transgresor respecto de la teoría del delito que en otros.

Por un lado, estaría la utilización – por parte de una persona física – de un robot inteligente para delinquir. En este caso, si se dispone de la capacidad para programar el robot para que lleve a cabo una determinada actuación delictiva y este actúa en consecuencia, manteniéndose la acción conforme a lo programado, la problemática es inexistente, ya que podría configurarse la responsabilidad de la persona física, así como una atribución de la conducta por medio de la autoría directa¹⁶.

Por otro lado, se plantean escenarios en los que el resultado delictivo ejecutado por el robot no es el deseado por el programador o el usuario del mismo. Es en este contexto en el que se dan algunas cuestiones para el Derecho penal que alejan al robot de la consideración de ser un mero instrumento. La dificultad a la hora de encajar estos supuestos en la teoría general del delito propia de las personas físicas se puede situar en varios elementos, ya que se introduce un elemento con una determinada autonomía y capacidad de aprendizaje, que genera nuevos elementos a valorar, por ejemplo, en la obligación de control del usuario.

En este supuesto, en el que no hay una determinación directa de la persona física ni un control absoluto sobre el dispositivo inteligente, se van a exponer, de forma superficial, algunas de las afecciones en los elementos de la teoría del delito. Se va a iniciar esta exposición de determinados aspectos generales que pueden resultar afectados con la tipicidad, tanto objetiva como subjetiva, de estas actuaciones en las que tiene incidencia el robot. Comenzando por la parte objetiva de la tipicidad, se debe hacer referencia a uno de los elementos determinantes del estudio de la inteligencia artificial y su repercusión en el ordenamiento jurídico: el riesgo.

Para la imputación objetiva de un delito de resultado, son precisos varios elementos: la creación de un peligro para el bien jurídico, que este peligro no esté cubierto por un riesgo permitido y que el peligro se haya realizado en el resultado concreto¹⁷. Partiendo de esta base, se pueden relacionar algunas salvedades que excluirían la imputación objetiva de la conducta a la persona física. Se da una exclusión de la imputación objetiva del resultado en los casos en los que la conducta supone un riesgo que no es cuantitativamente suficiente *ex ante*, teniendo en cuenta la perspectiva de una persona prudente en el momento de la acción, con los conocimientos especiales que, en su caso, pudiera tener el autor¹⁸. A este caso específico, en el cual se evita la imputación ob-

¹⁵ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 1.1.

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2017. “La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* [en línea], N° 1, p. 14. [fecha de consulta: 01/10/2022] Recuperado de: <https://www.ejc-reeps.com/Gonzalo%20Quintero%20La%20robotica%20ante%20el%20Derecho%20penal%20REEPS.pdf>

¹⁷ ROXIN, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, pp. 363-364.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. 2015. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, p. 255.

jetiva del resultado se le puede adicionar, por la similitud del planteamiento, los casos de riesgo permitido socialmente. El Derecho penal no entra en el campo de los riesgos socialmente adecuados que van unidos a determinadas conductas, estimadas por la sociedad y consideradas como normales y generalmente no peligrosas. En similares términos se encuentra el riesgo permitido, con la conducción automovilística siguiendo todas las normas viarias como principal ejemplo. En estos casos, es indudable el riesgo que supone, pero el legislador lo permite, salvo en algunos supuestos, por intereses preponderantes del bien común¹⁹.

Este planteamiento, tanto en lo que respecta al conocimiento *ex ante* del riesgo, como en la asunción de un determinado nivel de riesgo permitido, tiene una clara traslación al campo de la inteligencia artificial. En cuanto al conocimiento *ex ante* del riesgo, ante una eventual comisión delictiva derivada del descontrol del dispositivo robótico, se daría una situación en la que el problema sería eminentemente de carácter probatorio, para poder determinar, cada cuál desde su posición en el procedimiento, si la persona física podía conocer o no el posible resultado y, en su caso, si se le podía haber exigido la adopción de unas determinadas medidas de control. Asimismo, en cuanto a la asunción de un determinado nivel de riesgo permitido, el legislador europeo expone la disyuntiva entre las ventajas que puede proporcionar la inteligencia artificial y los riesgos que puede conllevar la utilización de estos sistemas, estableciendo una serie de niveles de riesgo, teniendo en cuenta la posible afectación de los derechos fundamentales del ciudadano de la Unión Europea.

Asimismo, se debe hacer referencia a las desviaciones del curso causal, ya que tienen un reflejo nítido en el campo de la robótica inteligente. Estas desviaciones pueden producirse por factores naturales, por la intervención de terceros e, incluso, por la intervención de la propia víctima. En todos estos casos, se plantean supuestos en los que el autor aumenta de forma considerable el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero, por diversas circunstancias, aunque se interrumpe el nexo causal, termina produciéndose igualmente el resultado dañoso. En estos casos, la valoración penal se debe ceñir a los riesgos asociados a la conducta llevada a cabo por el autor. Las normas penales sólo pueden prohibir la creación de un riesgo en tanto en cuanto puede preverse unido a la acción²⁰.

Cambiando el foco hacia la tipicidad subjetiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Código Penal, el autor tiene que haber obrado con dolo o imprudencia para poder ser considerado responsable del delito cometido. Para que concurra esta tipicidad subjetiva en la conducta de la persona física, se tiene que dar una conjunción de un elemento cognitivo y un elemento volitivo que, dependiendo de la intensidad, podrá dar lugar a un dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual o, en su caso, a una imprudencia.

En el caso de situaciones como las que se están trabajando en este apartado, en las cuales el resultado delictivo no es perseguido directamente por el autor, se debe descartar el dolo directo de primer grado y centrarse en el resto de modalidades de tipicidad subjetiva. Comenzando por la modalidad – descartado el dolo directo de primer grado – que tiene un mayor componente volitivo, se debe hacer alusión al dolo directo de segundo grado. Para que pueda darse esta categorización, el autor, sin perseguir la realización del tipo, sabe y advierte como seguro, o casi seguro, que su actuación va a dar lugar al delito²¹. En esta clase de dolo, al contrario que en el anterior, predomina el factor cognitivo. No obstante, el tratamiento es similar, ya que trata como cierto el advenimiento del resultado delictivo, por lo que la única diferencia es que, en estos casos, se da una simple esperanza de que no se va a dar el resultado por un golpe de suerte²², circunstancia que no ha de modificar el tratamiento en lo que a tipicidad subjetiva respecta.

Si se continúa descendiendo en la escala, se encontraría el dolo eventual. La fijación de la barrera entre el dolo eventual y la imprudencia es una de las cuestiones más discutidas por la ciencia penal, no resultando ser únicamente un debate doctrinal, sino que el resultado de este debate o de esta distinción, puede conllevar que una conducta sea considerada típica o no. Ambas modalidades comparten la misma estructura en cuanto que en ninguno de los dos casos se desea el resultado – lo cual puede ser extrapolable a los supuestos que nos ocupan – pero en ambos supuestos se reconoce la posibilidad de que dicho resultado se produzca²³.

Dado que no es el objeto del presente estudio y, como se ha indicado previamente, esta barrera entre el dolo e imprudencia ha sido la protagonista de un extenso debate doctrinal, se va a exponer de forma muy superficial la tesis de Roxin que, además de dejar constancia de la dificultad de reproducir por medio de palabras, de forma

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho...*, op. cit., pp. 366-372.

²⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, p. 325.

²¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 271.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. 2002. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, p. 320.

²³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 272.

adecuada, un fenómeno muy sutil y sobre el cual influyen tendencias irracionales y sólo parcialmente conscientes, como es el enmarcar bajo la voluntad del autor un determinado resultado, señala que hay dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realización del tipo y, pese a ello, continúa para alcanzar el fin perseguido, dejando – como se ha dicho previamente – al devenir de los acontecimientos, la concreción o no de que se realice el tipo. En el otro sentido, actuaría imprudentemente quien, advirtiendo la posibilidad de producción del resultado, no lo toma en serio y tampoco se resigna a ello, sino que confía en que no se realice el tipo. En este sentido, hay que relacionar la confianza en la no concreción del tipo en la capacidad de dominar la situación y no tomar en serio el resultado delictivo, motivo por el que no se actúa dolosamente. Esta confianza no es equiparable a la esperanza de que haya un golpe de suerte y no se produzca y, por ello, esta esperanza no excluye el dolo²⁴. Teniendo en cuenta esta breve exposición del dolo eventual y de la imprudencia, parece evidente que, en caso de resultados no deseados como los que son objeto del presente apartado, es en este marco en el que se tiene que encajar la tipicidad subjetiva de la acción en la que tiene incidencia el robot inteligente.

Asimismo, se tiene que resaltar que el análisis de la concurrencia de los elementos de la teoría del delito en la persona física no resulta tan sencillo por varios motivos. Uno de estos motivos es porque lo normal sería que no haya una sola persona física, sino que haya multitud de participantes, de diversa naturaleza, que tengan influencia sobre la acción del robot (diseñador, programador, comercializador, usuario, etc.). Esto encamina nuevamente el problema que se está tratando a una cuestión probatoria que, en muchos casos, la carga que se imponga a las partes del procedimiento puede resultar diabólica. A este respecto, durante el periodo de redacción del presente estudio, la Comisión Europea ha publicado una Propuesta de Directiva para adaptar las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial²⁵. A los efectos de lo que se está tratando en este punto, cabe destacar de la propuesta que se produce una intervención legislativa para contrarrestar una posible desprotección de la víctima. La Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial determina que, sobre la base de las características de la inteligencia artificial, como son la complejidad, la autonomía o la opacidad (el efecto “caja negra”)²⁶, puede ser excesivamente costoso acreditar que un dato de entrada concreto del que es responsable la persona potencialmente responsable ha dado lugar a una información de salida específica de un sistema de IA que, a su vez, ha provocado el daño en cuestión²⁷. En consecuencia, para compensar esta desprotección de la potencial víctima, se propone una presunción de causalidad entre el daño y la culpa del proveedor, operador o usuario del sistema de inteligencia artificial, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos²⁸.

Otro de los motivos que conlleva que no resulte sencilla la conjunción de los elementos de la teoría del delito es la posibilidad de establecer una conexión subjetiva entre hecho y autor, obrando de este modo de forma culpable. Acogiendo la concepción normativa de la culpabilidad de Frank, se han de dar tres elementos, como son la normalidad mental del sujeto; una relación psíquica, o al menos una posibilidad de que se dé la misma, entre el autor y el hecho y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto²⁹. La cuestión de la culpabilidad es particularmente interesante cuando se valora respecto de la posibilidad de que el robot inteligente cumpla estos elementos, así como los efectos que ello conllevaría. No obstante, nuevamente por motivos de espacio, no puede ser incluida en el presente trabajo, por lo que será objeto de análisis en próximos trabajos de investigación.

Para el caso de la culpabilidad de las personas físicas relacionadas con el comportamiento del dispositivo inteligente, más allá de la problemática probatoria que pueda darse, el quid de la cuestión reside en la relación entre el autor y el hecho y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto. Por un lado, en cuando a la conexión entre el autor y el hecho, podría determinarse que, a mayor autonomía del dispositivo inteligente, la conexión puede tener una menor intensidad. Por otro lado, en cuanto a las circunstancias en las que actúa el sujeto, dependiendo del dominio del hecho del autor persona física y del nexo de unión entre éste y el robot inteligente, se podrían valorar algunas cuestiones en cuanto a la normalidad de las circunstancias del sujeto. En este sentido, si se considera “sujeto” al robot inteligente, se podría dar una anormalidad de las circunstancias por medio de una alteración del funcionamiento por una brecha de seguridad del dispositivo inteligente. En ese caso, ¿se excluiría la culpabilidad de la persona física?

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho...*, op. cit., p. 427.

²⁵ UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

²⁶ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Exposición de Motivos 1.

²⁷ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Considerando 3.

²⁸ Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial. Artículo 4.

²⁹ FRANK, Reinhard. 2004. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo: B de F., pp. 41-42.

Estas cuestiones reflejan, de nuevo, la tensión entre los elementos clásicos de la teoría del delito y los cambios que se producen en la sociedad. Actualmente, en la teoría del delito se da una creciente relevancia de elementos de infracción del deber, lo cual implica una menor importancia de las conexiones físicas con el objeto de la acción. En consecuencia, la dogmática de la teoría del delito trata de reconstruir sus instituciones para abarcar nuevos casos que sean merecedores de pena³⁰, para mantener vigente la función preventiva, general y especial, del Derecho penal. Estos cambios se produjeron de forma notable cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, configurando un sistema de responsabilidad de un ente diferente a una persona física, por los riesgos que entrañaba la presencia de personas jurídicas en la sociedad. Actualmente, a otra escala, la inteligencia artificial también presenta unos riesgos que han de ser abordados para mantener la vigencia de los fines del Derecho penal. Por ello, en los próximos apartados se van a relacionar ambos focos de riesgo para valorar si es conveniente darles una solución única.

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ¿EJEMPLO PARA EL ROBOT INTELIGENTE?

En los puntos anteriores se han expuesto, de forma somera, algunos de los retos que plantea el robot inteligente al Derecho penal. Para ello, se ha sustentado la explicación sobre dos pilares fundamentales: las características del robot inteligente y la teoría del delito de las personas físicas. Sin embargo, si hay una figura en el Derecho penal que merece ser la protagonista en el presente estudio, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta figura es importante por varios motivos. Desde el punto de vista teórico y doctrinal, para analizar cómo a un ente diferente del ser humano le ha sido atribuida la capacidad jurídica para soportar una sanción penal. Desde el punto de vista práctico, también tiene su importancia, porque son sujetos sometidos a una propuesta de regulación con obligaciones para con la inteligencia artificial y que, en la mayoría de casos, serán las personas jurídicas los proveedores o usuarios de estos sistemas.

Comenzando por el punto de vista teórico y doctrinal, en las próximas líneas se van a exponer algunas de las razones que han encaminado al legislador a recoger la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos merecedores de pena, de tal forma que, a posteriori, se pueda valorar si esta fórmula es extrapolable a otros entes o si esta misma fórmula es extensible a otros supuestos diferentes a los que actualmente pueden generar una responsabilidad penal por vía del artículo 31 bis del Código Penal. Para comenzar este análisis, se han de exponer algunos antecedentes que han conllevado que el principio *societas delinquere non potest* haya perdido eficacia en el ordenamiento jurídico nacional.

Si se acude a la norma que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español³¹, la Exposición de Motivos respecto a los argumentos por los que se da ese paso es realmente sucinta. En el Expositivo VII, relativo a esta figura, más allá de explicaciones sobre la técnica legislativa empleada, únicamente se hace alusión a los “*numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)*”.

A pesar de la brevedad de la exposición, de la misma se extraen dos elementos interesantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, se encuentra la intervención de las personas jurídicas en el panorama criminológico. A este respecto, expone una serie de tipos delictivos en los que tienen una mayor implicación las personas jurídicas en cuanto al riesgo de comisión. En este mismo sentido, se debe hacer alusión a los riesgos que las personas jurídicas suponían – y suponen – para la lesión de determinados bienes jurídicos merecedores de protección y, por ende, de intervención del Estado para el cumplimiento de los fines preventivos de la norma y de la adaptación del Derecho a la sociedad. Estos fines preventivos se mantienen por medio de la estimulación a aquellos que generan dichos riesgos para que colaboren con la acción preventiva del Estado, por medio de la implantación de sistemas de cumplimiento que les determine a cumplir con la legalidad vigente³². En otras palabras, se le pone al empresario la gorra de policía.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría...*, op. cit., pp. 34-37.

³¹ ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73 págs.)

³² GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 22.

Esta decisión se adopta porque, como consecuencia de los altos niveles de complejidad de la sociedad moderna, el Estado se ha visto incapaz de regular todos los aspectos sociales actuales y controlar todos los riesgos, por ello, se precisa la autorregulación empresarial para la gestión de estos riesgos. Esta decisión tiene unos efectos notorios en la relación entre el Estado y las personas jurídicas, que pasan a asumir un rol de colaboradores con las autoridades tanto de modo preventivo como reactivo a la comisión del delito³³. La autorregulación no es una figura ni exclusiva, ni en la que el Derecho penal sea pionero, sino todo lo contrario. El control de riesgos penales en las empresas, por medio del *compliance*, es un río en el que desembocan varios afluentes de distinta procedencia (tal y como se verá *infra*), siendo el Derecho penal el último invitado a la fiesta de la autorregulación corporativa³⁴.

En segundo lugar, se encuentra el acogimiento de las recomendaciones internacionales y la influencia de otras legislaciones en el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, además de la influencia de otros ámbitos objetivos, se encuentra la influencia de otros ámbitos territoriales. En el caso de España, el tratamiento que otorga a las personas jurídicas se orienta en el mismo sentido que en Estados Unidos o Francia. No obstante, es generalizado entre los países avanzados que se dé un tratamiento especial a la persona jurídica en cuanto a su responsabilidad por la comisión de determinados hechos, debido a la industrialización y a la colectivización de la vida económica y social³⁵.

Esta decisión basada en las capacidades del Estado para – no – asumir una serie de riesgos contrasta con la necesidad de adaptar las figuras clásicas del Derecho penal a un escenario en el que hay un nuevo protagonista. Dentro de estas figuras que hay que adaptar, hay algunas que generan más fricción que otras. Más concretamente, aquellas que tienen un componente más subjetivo han sido objeto de mayores críticas y han servido de argumento para los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en más ocasiones. No obstante, dado que no se puede exponer – ni siquiera relacionar – los debates que ha suscitado la introducción de un nuevo agente sobre el que puede recaer una responsabilidad penal, únicamente se va a hacer alusión a algunas figuras de la teoría del delito que se han visto adaptadas y que son relevantes para el objeto del presente estudio.

La primera figura a la que se va a hacer referencia es la tipicidad, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. Comenzando por la tipicidad objetiva, se ha de hacer referencia a uno de los elementos que le afecta, como es la creciente presencia de elementos normativos extrapenales en el Derecho penal, de tal forma que se hacen remisiones desde el ordenamiento jurídico penal a otros campos, como el mercantil o el administrativo³⁶. Estas remisiones serán objeto de valoración en las próximas líneas, si bien es un reflejo más – en este caso – de cómo la regulación penal ha ido más retrasada que otras áreas en el caso de la autorregulación.

Dentro de la tipicidad objetiva, se tiene que hacer referencia al elemento de la relación de causalidad. La irrupción progresiva de situaciones propias del Derecho Penal económico conlleva que se produzcan problemas para establecer esta relación, teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones entre múltiples factores causales y las consecuencias lesivas asociadas a dichos factores³⁷. Debido a la extensión y complejidad de las organizaciones, algunas de éstas se convierten en “cajas negras³⁸” que hacen muy compleja la regulación de los riesgos que entraña por parte del Estado.

Esta complejidad afecta igualmente al riesgo permitido, figura que se ve alterada dado que, actualmente, la situación marginal no es el riesgo, sino la ausencia de éste³⁹, a lo cual hay que añadir todos los factores precedentes. Todo ello influye en la propia tipicidad objetiva de las conductas que pueden dar lugar a una

³³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. 2016. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 92-93.

³⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. 2013. *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 22-26.

³⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís. “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance programs)”. En Gómez Colomer, Juan Luís y Madrid Boquín, Christa M. 2019. *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 28.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. *Derecho Penal... op. cit.*, p. 50.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría..., op. cit.*, p. 42.

³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado..., op. cit.*, pp. 92-93.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría..., op. cit.*, p. 44.

responsabilidad penal de la persona jurídica. Tratando de resumir la discusión doctrinal latente a lo largo de los últimos años en unas pocas líneas, se hace una remisión a la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, que recoge dos modelos para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- La atribución por transferencia o vicarial, según la cual se entiende que una persona se manifiesta a través de la actuación de una persona física que tiene facultades para comprometerla, siempre que se evidencie un hecho de conexión. Es la vía expuesta en el artículo 31 bis 1. a)
- La responsabilidad directa o autónoma, por medio de la cual, se crea un sistema de imputación propio de la persona jurídica, de tal modo que es ésta la que comete el delito. Según la propia Fiscalía, el mayor escollo se encuentra en fundamentar la culpabilidad, la cual se da por el defecto de organización al omitir las medidas de precaución que le son exigibles.

Con estas valoraciones por parte de la Fiscalía General del Estado queda de manifiesto discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exposición de doble vía de imputación de éstas por los delitos que se cometan en el seno de su actividad. Estas vías de imputación se canalizan a través de los respectivos hechos de conexión entre la conducta delictiva y la empresa como responsable penal. Estos hechos de conexión responden a los “modelos” que se citan en la Circular de la Fiscalía General del Estado, siendo clave para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el análisis de si se dan estos hechos de conexión. Por un lado, estarían las personas físicas con las facultades suficientes para desencadenar dicha transferencia de responsabilidad criminal y, por otro lado, estarían las personas físicas que no tienen estas facultades, pero que han podido llevar a cabo dicha conducta delictiva por la falta de control existente en la persona jurídica en cuestión⁴⁰.

En segundo lugar, se ha de hacer referencia a la tipicidad subjetiva. Para encajar el dolo y la imprudencia en la conducta de las personas jurídicas ha habido diferentes teorías con diferentes enfoques, en líneas generales, en el mismo sentido que en el caso de la imputación objetiva. La discusión entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad ha tenido su reflejo en el análisis de la tipicidad subjetiva. Aquellos autores que sostienen la heterorresponsabilidad, defienden que la imputación subjetiva de la conducta debe sostenerse sobre una conducta dolosa o imprudente de la persona física en el marco de la actividad de la persona jurídica. En esta línea, se realizaría una traslación de la responsabilidad a la persona jurídica con base en distintas teorías: la teoría de la identificación; según la cual el dolo o la imprudencia de las personas físicas debe entenderse igualmente como dolo o imprudencia de la persona jurídica, la teoría de la imprudencia inconsciente, ya que la persona jurídica carece de consciencia o, por último, la teoría según la cual a mayor presencia de connotación subjetiva en la persona física, mayor es el defecto de organización de la persona jurídica⁴¹.

La jurisprudencia es unánime en señalar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es autónoma, es decir, no condiciona la responsabilidad penal de las personas físicas ni viceversa⁴². Además de la postura jurisprudencial, el propio Código Penal establece, en su artículo 31 ter, que la responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible aun cuando no haya podido individualizarse a la persona física responsable, por lo que las posturas expuestas precedentemente son incorrectas, teniendo en cuenta el sentido otorgado por el legislador a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ello, partiendo del necesario acogimiento a las opciones que otorga el artículo 5 del Código Penal, con la necesaria presencia del elemento subjetivo y reiterando que no se puede realizar, tampoco en el plano subjetivo, una traslación de la conducta de la persona física a la persona jurídica, se debe valorar qué elementos son precisos para conformar la tipicidad subjetiva de la persona jurídica. Comenzando por el dolo, su categorización depende de las diferentes combinaciones que se realicen de sus dos elementos principales: el conocimiento y la voluntad.

Si se partiera del concepto clásico de dolo, el encaje de la conducta de una persona jurídica sería complicado. No obstante, teniendo en cuenta la evolución de este concepto, no se producen tantas fricciones a la hora de determinar la tipicidad subjetiva de la conducta de la persona jurídica. En efecto, en la actualidad, en primer

⁴⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Modelo legal de doble vía: los hechos de conexión* en Marín De Espinosa Ceballos, Elena; Moreno-Torres Herrera, María Rosa; Esquinas Valverde, Patricia y Morales Hernández, Miguel Ángel. 2021. *El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amecorum en honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 88-92.

⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., p. 148.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 121/2017, de 23 de febrero (Rec. 1916/2016)

lugar, ha de haber un conocimiento del determinado riesgo⁴³. Para valorar este elemento del conocimiento, cabe distinguir entre el conocimiento de la persona física (relevante para la eventual responsabilidad de la misma) y el conocimiento de la persona jurídica o conocimiento organizativo. Existen bases sólidas, en el estudio de las organizaciones, que sostienen la existencia de un conocimiento organizativo distinto del conocimiento individual, el cual es un elemento necesario para el conocimiento organizativo del riesgo⁴⁴. Si bien es cierto que el conocimiento reside en los individuos, también se puede confirmar que el contenido se nutre del movimiento del conocimiento corporativo y el intercambio de conocimiento con los otros individuos. De hecho, el dolo típico del autor del delito puede tener su origen en el propio conocimiento organizativo, en el sentido de haber obtenido del mismo los recursos necesarios para conocer acerca del riesgo creado o incrementado. Según cual sea la estructura de dicho conocimiento organizativo, se podrán valorar los deberes que tenía el señalado autor del delito (en caso de ser identificado) u otros elementos que son relevantes para la realización del juicio de imputación *ex post delicto*⁴⁵. Esta extrapolación del conocimiento de una persona física a otro ente – en este caso, una organización – es de necesario análisis para la traslación al objeto de la presente tesis, con el fin de poder valorar una eventual conducta típica del robot inteligente.

Asimismo, en segundo lugar, se tiene que hacer referencia a la falta de respeto a los parámetros de cuidado preventivos que exige el legislador, como elemento clave para determinar la tipicidad de la conducta ya que, en caso de concretarse el riesgo por el mantenimiento del riesgo no permitido daría lugar a la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁶. En este caso, el elemento de la voluntad se configura como la aceptación del resultado al mantener la posibilidad de aumento del riesgo, no respetando los parámetros legalmente exigibles, de forma similar a la imprudencia de las personas físicas.

Por último, se ha de referir la adaptación de la culpabilidad que, como se expondrá con posterioridad, está íntimamente relacionada con la capacidad de acción de las propias personas jurídicas. Para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, la doctrina dominante defiende, en la línea de lo dispuesto anteriormente en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que se debe dar un defecto de la organización. Según esta teoría, destacando a Tiedemann como su precursor⁴⁷, para determinar la culpabilidad de la persona jurídica se debe comprobar que la persona jurídica no ha adoptado alguna de las medidas de control exigibles para garantizar el desarrollo legal de la empresa. Ello conlleva que, en la teoría jurídica del delito de la persona jurídica, la actitud reprochable del autor (el defecto de organización) permite imputar a la persona jurídica el hecho ilícito (de conexión o referencia).

Esta teoría cuenta con el soporte normativo que la legitima. En el caso del Código Penal vigente, tras la reforma – relevante a efectos de la materia que nos ocupa – de 2015, se mantiene la doble vía de imputación. La primera vía estaría conformada por los delitos cometidos por aquellos integrantes que tienen las facultades para representar a la persona jurídica, así como para ostentar facultades de control en la misma. La segunda vía, la que más detalladamente ampara esta teoría, implica la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando las personas que no tienen las facultades expuestas en el caso de la primera vía, han podido realizar los hechos delictivos por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Si bien en el caso de las personas físicas, la libertad del individuo juega un papel fundamental en su culpabilidad, en el caso de las personas jurídicas su culpabilidad también se justifica por la libertad de auto-organización como reconocimiento social o intersubjetivo⁴⁸. Por lo tanto, cuando no se asume la obligación de organización adecuada para evitar riesgos de comisión delictiva, se aprecia la actitud interior de incumplimiento⁴⁹ propia de la culpabilidad.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., p. 149.

⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., pp. 149-150.

⁴⁵ VARELA, Lorena; MANSDÖRFER, Marco. 2021. *Principios de Derecho Penal Económico*. Barcelona: Bosch, p. 179.

⁴⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. 2017. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 243.

⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Tomado de Zugaldía Espinar, José Miguel. 2012. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21 y ss.

⁴⁸ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, p. 108, tomado de González Sierra, Pablo. 2014. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 378.

⁴⁹ GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. 2014. *La imputación...*, op. cit., p. 378.

Ante el planteamiento lógico de que esta teoría de la culpabilidad y fundamento de la responsabilidad podría amparar una responsabilidad por el hecho ajeno, Tiedemann opta por dos figuras para justificar su postura⁵⁰. En primer lugar, alude a la omisión que está presente en el reproche facilitando la imputación del actuar de la persona física a la empresa, partiendo de una postura socio-normativa sobre la imputación. En segundo lugar, sustenta su teoría de la imputación a la persona jurídica sobre la figura de la *actio libera in causa*. Con base en esta figura, la ausencia de culpabilidad con el hecho propiamente lesivo – llevado a cabo por una persona física – no es relevante ya que tiene su causa en una culpabilidad antecedente de la persona jurídica. En consecuencia, la omisión de medidas de control de manera previa a la comisión delictiva constituye el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

En este punto, se debe dar paso a la cuestión relativa a los aspectos prácticos que han hecho conveniente la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más allá de la configuración de unas construcciones dogmáticas propias para, a posteriori, poder valorar la posición de la inteligencia artificial en este escenario. Por un lado, se debe hacer referencia a la relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. En el Derecho administrativo sancionador, hacía décadas que podían responder por las infracciones cometidas⁵¹.

Partiendo de esta base, el Derecho penal puede valerse de algunos de los principios del Derecho administrativo sancionador⁵². A este respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre⁵³ (muy anterior a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), de la que cabe destacar lo siguiente:

- La Constitución Española fija el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal.
 - El principio de culpabilidad es aplicable igualmente en materia de infracciones administrativas. Las sanciones derivadas del incumplimiento normativo administrativo son manifestaciones del ius puniendi del Estado, no pudiendo fijarse un régimen de responsabilidad objetivo o en el que no se dé una actuación culposa.
 - Partiendo de que ha avalado el principio de responsabilidad personal por los hechos propios, como principio de la personalidad de la pena o sanción, hay que realizar unas precisiones para el caso de las personas jurídicas:
- Las personas jurídicas tienen capacidad infractora, pero el elemento subjetivo de la culpa tiene que aplicarse de forma diferente que en el caso de las personas físicas. En el caso de aquéllas, cuya naturaleza es la propia de una ficción, falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero tienen capacidad para infringir las normas a las que se encuentran sometidas.
 - Al tener capacidad para infringir las normas que les son aplicables, les puede ser reprochado su incumplimiento para que la norma pueda proteger de forma eficaz el bien jurídico objeto de la norma en cuestión.

De lo expuesto, se puede deducir que, partiendo de una misma base, como es la capacidad infractora y la consecuente capacidad de culpabilidad, el Derecho penal se reserva para los casos en los que la infracción es más grave o atenta contra determinados bienes jurídicos fuera del campo del Derecho administrativo.

Por otro lado, se encuentra la responsabilidad civil. Al respecto de esta figura, se establece una obligación de compensación de los daños que puedan ser achacables a una negligencia producida por la persona jurídica en cuestión. No obstante, la finalidad es meramente resarcitoria, no sirviendo para materializar de forma efectiva una prevención general positiva, tal y como se produce por medio de la responsabilidad penal.

En este contexto, el *compliance*, que no es nada distinto al cumplimiento normativo, sino un gran río en el que se desembocan varios afluentes. Anteriormente era la prevención del blanqueo de capitales, el gobierno corporativo o los códigos éticos y de conducta⁵⁴. Desde el año 2010, en este río ha desembocado la prevención de

⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus. *NJW* 1988, p. 1172, tomado de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado...*, op. cit., p. 161.

⁵¹ ESPAÑA. 1992. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 285, de 27/11/1992. Artículo 130.

⁵² GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. *Introducción...* op. cit., p. 22.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 246/1991, de 19 de diciembre (Rec. de amparo 1274/1998).

⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas ... op. cit.”. En Kuhlen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo.

riesgos penales. Estas desembocaduras han respondido a diversas áreas de riesgo que se han ido generando a lo largo de las últimas décadas. En diversos ámbitos como el cumplimiento de la normativa fiscal, de protección de datos, de prevención de riesgos laborales, entre otros, se ha producido una inversión del sistema hacia metodologías más preventivas y proactivas. En este punto, cabe determinar que uno de los focos actuales de riesgo es la responsabilidad derivada de la robótica inteligente.

Sirviendo lo anterior de precedente, actualmente el proyecto normativo de referencia es la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, cuyo incumplimiento conllevaría la infracción administrativa. En el caso de la responsabilidad civil en los casos que la conducta no sea merecedora de reproche penal, está en el tránsito legislativo la Propuesta de Directiva para adaptar las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial⁵⁵.

A pesar del estado no definitivo de ambas propuestas de regulación a nivel supranacional, se puede afirmar de forma indubitada que tanto la normativa civil como la administrativa, reguladora de la inteligencia artificial, se encamina hacia la necesidad de establecimiento de unos sistemas de prevención y de seguridad necesarios para prevenir la concreción de los riesgos que conlleva el uso de estos sistemas de inteligencia artificial. Por ello, en este escenario, cabe exponer los motivos por los que el Derecho penal debe ser nuevamente el último invitado a la fiesta de la autorregulación para abordar los riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial.

6. EL COMPLIANCE PARA ABORDAR LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

En el punto anterior se han expuesto determinados elementos a valorar para poder determinar, en su caso, si una persona jurídica puede responder penalmente por la comisión de un determinado ilícito penal en el desarrollo de su actividad. Dentro de estos elementos, se han mencionado, entre otros; la ausencia del debido control como fundamento para atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal, el conocimiento corporativo para valorar el dolo de la persona jurídica, determinados parámetros de cuidado preventivos, la libertad de auto-organización de la persona jurídica o la capacidad de culpabilidad derivada de la capacidad de infracción de la norma. Todos estos elementos sirven para tener criterios que puedan valer para analizar si el comportamiento de la persona jurídica frente a los riesgos que su conducta puede generar ha sido adecuado. En consecuencia, dependiendo del comportamiento frente al riesgo, la respuesta penal se dirige en un sentido u otro.

Tal y como se ha señalado anteriormente a lo largo del presente estudio, la inteligencia artificial es un foco de oportunidades de desarrollo que llevan aparejadas unos determinados riesgos. Por ello, se plantean una serie de medidas exigibles a las personas físicas y jurídicas que tienen incidencia en el desarrollo, comercialización y uso de los dispositivos inteligentes, si bien, por la naturaleza de algunas de estas medidas, se pueden atribuir mayoritariamente a las personas jurídicas. En este sentido, se van a exponer una serie de exigencias del legislador que han de servir para valorar su posible traslación al campo penal, atendiendo a las corrientes legislativas actuales.

Para exponer algunas de estas medidas proyectadas, se va a tomar como referencia la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, por ser un proyecto transversal, por ser una normativa de derecho administrativo sancionador – teniendo en cuenta la relación entre ambas áreas precedentemente expuesta – y por tener un enfoque orientado hacia el riesgo. En primer lugar, teniendo en cuenta esta orientación hacia el riesgo, el legislador europeo prohíbe una serie de sistemas de inteligencia artificial que podrían suponer unos niveles de riesgo inadmisibles al atentar contra valores de la Unión Europea y de sus estados miembros, como son el respeto a la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad, y los derechos del niño⁵⁶. Entre estas prácticas prohibidas se pueden señalar aquellos sistemas que alteran el comportamiento de una persona trascendiendo su conciencia o aprovechándose de las vulnerabilidades de un grupo de personas que puedan tener una discapacidad o por razón de edad pueda verse alterado su comportamiento, los sistemas utilizados para la clasificación y evaluación social, entre otros⁵⁷.

Compliance..., op. cit., 22-26.

⁵⁵ UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

⁵⁶ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Considerando 15.

⁵⁷ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Artículo 5.1.

Por tanto, el legislador europeo fija una serie de líneas rojas que no han de ser traspasadas bajo ningún concepto. En segundo lugar, un peldaño por debajo se encontrarían los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Estos sistemas son los más relevantes para el objeto de estudio del presente apartado, por el tratamiento que se le dan. Entre estos sistemas de inteligencia artificial, se pueden reseñar aquellos que sirven para la identificación biométrica y categorización de personas físicas, los que sirven para gestionar infraestructuras críticas, aquellos que pueden ser utilizados para gestionar el acceso a la educación o formación profesional, aquellos que pueden ser utilizados para recursos humanos, control de fronteras, administración de justicia, etc⁵⁸.

Para estos sistemas, la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial recoge una serie de medidas necesarias para abordar los riesgos que entrañan (artículos 9 a 15). La primera medida que se expone es realmente relevante ya que engloba las demás y porque tiene una clara correspondencia en el campo penal respecto a las personas jurídicas. Es obligatorio establecer un sistema de gestión de riesgos, que sea debidamente implantado, documentado y actualizado para introducir en el mercado un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo. Además, estos sistemas deben ser actualizados de forma continua, siguiendo un itinerario:

- Identificación y análisis de los riesgos conocidos y previsibles vinculado a cada sistema de inteligencia artificial de alto riesgo.
- Estimación y evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de inteligencia artificial se utilice conforme a un uso previsible o indebido, pero razonablemente previsible.
- Una vez haya sido comercializado, evaluación de otros riesgos que sean conocidos a partir de los datos recogidos durante el uso del mismo.

Asimismo, deben adoptarse medidas de gestión de riesgos conforme al estado de la técnica, si es preciso, valiéndose de normas armonizadas. Hay un determinado riesgo residual asumible, siempre y cuando se informe debidamente al usuario. Para seleccionar las medidas adecuadas, éstas se tienen que encaminar hacia la eliminación o reducción del riesgo, así como a la mitigación y control de los riesgos que no puedan ser eliminados.

De forma complementaria a este sistema de gestión de riesgos, para el cumplimiento de unas medidas preventivas adecuadas, se precisan otras medidas. Entre ellas, a la hora de entrenar los modelos utilizados para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, se han de tomar medidas para que se asegure una determinada calidad de los datos utilizados con, entre otros fines, tratar que no se realiza un tratamiento de datos discriminatorio ni sesgado.

Además, se imponen una serie de exigencias de documentación que sirven para prevenir y, a su vez, para acreditar el cumplimiento de las medidas precedentes. En este sentido, se establece la obligación de preparación de la documentación técnica de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo de modo previo a la introducción en el mercado, que deberá estar actualizada. Igualmente, se exige que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo puedan registrar automáticamente su funcionamiento, de cara a garantizar una trazabilidad y un control de la información tratada por el sistema de inteligencia artificial, así como unos niveles de comunicación y transparencia para con el usuario.

Por último, se ha de resaltar, de cara a valorar el enfoque dado por el legislador europeo a los sistemas de inteligencia artificial, que se imponen obligaciones de vigilancia humana y de ciberseguridad. En cuanto a la vigilancia humana, se requiere que el sistema esté dotado de una herramienta de interfaz humano-máquina, de tal forma que en caso de ser necesario, habilite a la persona para prevenir o reducir los riesgos que puedan surgir. Respecto a la ciberseguridad, se establecen una serie de requisitos para mitigar los riesgos que provengan de ataques ilícitos de terceros.

Como se puede observar, en la referida propuesta normativa se adoptan una serie de medidas preventivas frente a riesgos propios y ajenos, con el fin de mitigar los mismos por medio de la proactividad y de la autorregulación de las organizaciones que tienen una incidencia en el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial. En consecuencia, en las próximas líneas se van a exponer algunos de los requisitos para que un programa de compliance penal sea eficaz y valorar, en su caso, si han de incluirse medidas para la prevención de riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial para mitigar el riesgo de ataque a un bien jurídico que sea merecedor de protección por medio de una norma penal, previa modificación de la parte especial del Derecho penal, incluyendo los delitos susceptibles de ser cometidos, directa o indirectamente, por un sistema de inteligencia artificial.

Para la exposición de las medidas que se precisan en el programa de compliance penal, se van a tomar como

⁵⁸ Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Anexo III.

referencia el propio Código Penal, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y el estándar UNE 19601. El Código Penal establece en su artículo 31 bis 2., la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica si “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” junto a una serie de requisitos adicionales. Asimismo, establece los requisitos⁵⁹, de forma superficial, para que los programas de compliance puedan ser considerados eficaces. En este sentido, el legislador exige, expuesto de forma resumida, que estos modelos identifiquen las actividades que pueden conllevar los riesgos penales, estén dotados de recursos financieros, dispongan de un canal de comunicación interno para denunciar posibles incumplimientos o riesgos y tengan mecanismos para mantener los programas de compliance actualizados de forma constante, entre otras exigencias.

De esta exposición legislativa se ha realizado un desarrollo doctrinal y jurisprudencial. En las próximas líneas, se van a exponer algunos elementos indicados por la Fiscalía General del Estado y por la UNE 19601, por el sentido que le dan al programa de compliance, alejado del concepto de únicamente servir de vía para la exención de responsabilidades penales, sino que debe adoptarse una cultura corporativa de cumplimiento normativo que pueda servir para otros campos de la organización. De hecho, en la propia Circular de la Fiscalía General del Estado se hace mención a que el legislador penal ha asumido tareas propias del ámbito administrativo, incluyendo en la legislación penal elementos societarios que deberían haber realizado una remisión a la normativa mercantil, a la que se hubiera podido acudir a la hora de valorar la adecuación del sistema para prevenir riesgos⁶⁰.

Los programas de compliance no han de tener por objeto evitar la sanción penal sino promover la cultura ética empresarial. El modelo ha de servir para cumplir la legalidad en general y, por ende, con la legalidad penal⁶¹. De hecho, hay otros ámbitos administrativos, como la competencia, cuya autoridad ha publicado guías para evaluar los sistemas de compliance en relación con la competencia desde el plano administrativo⁶². Esta correlación entre sistemas de cumplimiento de diferentes áreas del Derecho ha sido abordada por la normalización internacional. El Grupo ISO de coordinación técnica ideó la estructura de alto nivel (HLS), para que los sistemas de gestión tuvieran una estructura común y unas definiciones y contenidos equiparables, de tal forma que las superestructuras de compliance puedan coordinar diferentes áreas de compliance⁶³.

Esta interoperabilidad entre diferentes áreas la alude la propia Fiscalía General del Estado para evaluar la eficacia de los sistemas de compliance, refiriendo como criterio interpretativo la normativa sectorial que ya se encontraban obligadas a establecer sistemas de gestión de riesgos⁶⁴, como son las Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) nº 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Atendiendo al contenido de la norma UNE 19601, que puede servir como referencia si bien no supone una acreditación de la eficacia del modelo de organización y gestión, los programas de compliance han de incluir determinados elementos relevantes para el objeto del presente estudio. En esta línea, se resaltan algunos de estos elementos que han de incluirse en el sistema de gestión de compliance penal:

- Adaptación al contexto de la organización, teniendo en cuenta el tamaño, la estructura, la escala y complejidad de la organización, así como factores internos y externos⁶⁵.

⁵⁹ ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. nº. 281, de 24/11/1995. Artículo 31 bis 5.

⁶⁰ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. FIS-C-2016-00001. Punto 5.1. En adelante, Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

⁶¹ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado. Punto 5.1.

⁶² Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia. [en línea] Fecha de consulta: 10/10/2022. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINA_L.pdf

⁶³ CASANOVAS YSLA, Alain. 2017. *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Ediciones AENOR, pp. 34-36.

⁶⁴ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado. Punto 5.3.

⁶⁵ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal*.

- Planificación⁶⁶: Se deben identificar las actividades en cuyo ámbito se pueden materializar los riesgos penales, a fin de, entre otros, prevenir o reducir efectos no deseados y lograr la mejora continua.
- Información documentada⁶⁷ que la organización ha determinado como necesaria para la eficacia del sistema de gestión de compliance penal.
- Formación y concienciación en compliance⁶⁸: Se debe fomentar que los miembros de la persona jurídica estén concienciados y debidamente formados respecto de los riesgos penales, de forma proporcional, para poder colaborar en la evitación y detección de los mismos.
- Medidas de evaluación del desempeño, auditoría interna y revisiones⁶⁹: La organización ha de hacer seguimiento del sistema de gestión de compliance penal para asegurar la consecución de los objetivos de compliance penal, por medio de un plan. Asimismo, entre otras medidas, se han de hacer auditorías internas para certificar la eficacia e implementación del sistema de compliance.

Como se puede apreciar de forma directa, debido a la interesada selección de medidas recogidas en las líneas precedentes que exigen, por un lado, la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial y, por otro lado, el Código Penal y doctrina desarrolladora del texto normativo, el compliance – entre el que se encuentra el compliance penal – tiene la estructura idónea para abordar los riesgos de la inteligencia artificial. De hecho, las medidas propuestas en el proyecto normativo europeo de inteligencia artificial son, en esencia, parte de un programa de compliance para evitar la concreción de los riesgos que generan los sistemas de inteligencia artificial.

En este punto, en el que la metodología de implantación de la prevención de riesgos penales y de la inteligencia artificial resultan plenamente compatibles, cabe cuestionarse si es preciso trasladar algunos supuestos del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal. A este respecto, el posicionamiento personal es en sentido positivo, por una razón principal. El fundamento básico de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la omisión de los deberes de control exigibles a la organización, lo cual es completamente compatible con el proyecto regulador de la inteligencia artificial.

Incluso los fundamentos que dan pie a ambas modificaciones del ordenamiento jurídico – o proyecto en el caso de la inteligencia artificial – tienen claras similitudes. En el caso de las personas jurídicas, tal y como se ha expuesto, la complejidad de algunas hace que se vean como cajas negras en las que es costoso atribuir responsabilidades. Esta opacidad es, a su vez, la razón de ser de la propuesta de Directiva reguladora de la responsabilidad civil, así como de la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. En caso de consumarse la aprobación de estas normas, la relación entre ambos sistemas sería muy correspondida.

Por último, para que esta posibilidad se materializase se tendrían que valorar dos aspectos. En primer lugar, la conveniencia de superar dicha barrera del Derecho administrativo al penal, lo cual, a mi juicio, con base en lo anterior y en aras a unas mayores garantías en los casos en los que los ataques a los bienes jurídicos merecedores de protección sean más graves, ha de seguirse por los cauces del Derecho penal. Además, por razones de prevención general, se debe alertar sobre la postura del legislador respecto de la inteligencia artificial, dejando cristalino que se debe minimizar el riesgo y mantener el debido control sobre estos sistemas.

En segundo lugar, por razones de política legislativa, se tendrían que adoptar dos medidas. Por un lado, valorar cuáles son los delitos susceptibles de ser cometidos con intervención de un robot inteligente para incluir la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica responsable, de tal forma que tengan que adaptar, sobre la base del mantenimiento continuo de las medidas, su programa de compliance a esta nueva modificación normativa. Por otro lado, se tendría que abordar la figura del proveedor o usuario del sistema de inteligencia artificial que esté bajo el ámbito de aplicación del Reglamento de Inteligencia Artificial e incumpla sus deberes de prevención, dando lugar a un ataque grave a un determinado bien jurídico. Si bien se tiene que realizar un estudio más detallado de esta posibilidad que, en el presente estudio no puede llevarse a cabo por razones de espacio, se plantea como posibilidad la vía de la comisión por omisión en los delitos en los que sea plausible que la persona física pueda estar en una posición de garante respecto del bien jurídico merecedor de protección.

Requisitos con orientación para su uso. Madrid: AENOR Internacional, S.A.U., Puntos 4.1 y 4.3.

⁶⁶ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, op. cit., punto 6.

⁶⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, op. cit., puntos 6 y 7.6.

⁶⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, op. cit., punto 7.4.

⁶⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. *UNE 19601:2017...*, op. cit., punto 9.

7. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre del presente estudio, partiendo de la exposición expuesta de la situación actual de la inteligencia artificial, se debe valorar el esfuerzo preventivo que está realizando el legislador para tratar que el Derecho no vaya tan retrasado respecto de la tecnología. Teniendo en cuenta esta regulación y el tratamiento que se le da al robot inteligente, no es conveniente actualmente la dotación de una personalidad jurídica propia del robot. No obstante, ello no implica que las capacidades del robot inteligente puedan suponer un reto para el ordenamiento jurídico.

Estas capacidades, especialmente, la autonomía creciente y la capacidad de adaptar sus acciones al entorno hacen que algunos elementos clásicos de la teoría del delito puedan verse afectados, si bien es una situación que ya se ha producido con anterioridad, por los cambios en el escenario criminológico y por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas modificaciones sirven para mantener vigente los fines preventivos del Derecho penal.

En este punto, trasladando esta evolución del ordenamiento jurídico a la inteligencia artificial, se une el esfuerzo preventivo del legislador y el enfoque normativo hacia la gestión de los riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial con el resto de disposiciones normativas que imponen medidas de autorregulación de las personas jurídicas. Teniendo en cuenta las dificultades para abordar la autonomía del robot inteligente desde el punto de vista del Derecho penal para los ataques más graves que puedan producir a los bienes jurídicos merecedores de protección, la utilización de los programas de compliance para prevenir los riesgos de comisión delictiva derivada del uso de estos sistemas es una oportunidad idónea.

Partiendo de esta base, en caso de que los proyectos normativos se aprueben en un sentido similar al actual, se debería realizar un análisis integral de política criminológica para abordar esta nueva modalidad delictiva. En esta línea, la labor a realizar consistiría en valorar cuáles de los tipos delictivos actualmente existentes podrían ser cometidos con una participación directa o indirecta del robot inteligente y decidir acerca de la necesidad de atribuir la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, con el fin de que las propias organizaciones sean partícipes de la prevención de los riesgos que generan los sistemas de inteligencia artificial.

8. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. 2016. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés. 2019. Derecho de los robots. 2ª edición. Madrid: Wolters Kluwer.
- CASANOVAS YSLA, Alain. 2017. Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Ediciones AENOR.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo; DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino. 2020 Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ERCILLA GARCÍA, Javier. 2018. Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- FRANK, Reinhard. 2004. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo: B de F.
- FRISCH, Wolfgang. 2015. La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Moia: Atelier Libros Jurídicos.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. 2017. Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MADRID BOQUÍN, Christa M. 2019. Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. 2014. La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ TOMILLO, Manuel. 2015. Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 2ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

JESCHECK, Hans-Heinrich. 2002. Tratado de Derecho penal. Parte general. Granada: Comares.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. 2013. Compliance y Teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; ESQUINAS VALVERDE, Patricia y MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. 2021. El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amecorum en honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa.

MIR PUIG, Santiago. 2015. Derecho Penal. Parte general. Barcelona: Reppertor.

ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal. Parte general. Madrid: Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y MIRÓ LLINARES, Fernando. La teoría del delito en la práctica penal económica. La Ley. Madrid: Wolters Kluwer: 2013.

VARELA, Lorena; MANSDÖRFER, Marco. 2021. Principios de Derecho Penal Económico. Barcelona: Bosch.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2012. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal). Valencia: Tirant lo Blanch.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2017. “La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad [en línea], N° 1, p. 14. [fecha de consulta: 01/10/2022] Recuperado de:
www.ejc-reeps.com/Gonzalo%20Quintero%20La%20robotica%20ante%20el%20Derecho%20penal%20REEPS.pdf

LEGISLACIÓN:

ESPAÑA. 1992. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado. núm. 285, de 27/11/1992.

ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. nº. 281, de 24/11/1995.

ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73 págs.).

PROYECTOS NORMATIVOS E INFORMES LEGISLATIVOS:

UNIÓN EUROPEA. 2021. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. COM (2021) 206 final. 2021/0106(COD).

UNIÓN EUROPEA. 2022. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (en adelante, Propuesta de Directiva de Inteligencia Artificial) 2022/0303 (COD).

UNIÓN EUROPEA. 2017. Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica de 27 de enero de 2017 (2015/2103(INL)).

UNIÓN EUROPEA. 2019. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)).

UNIÓN EUROPEA. 2019. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, de 8 de abril de 2019. COM (2019) 168 final.

UNIÓN EUROPEA. 2019. Informe del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea. Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 246/1991, de 19 de diciembre (Rec. de amparo 1274/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) nº 121/2017, de 23 de febrero (Rec. 1916/2016)

DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y GUÍAS DE REFERENCIA:

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. FIS-C-2016-00001. Punto 5.1. En adelante, Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. 2017. UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Madrid: AENOR Internacional, S.A.U.

Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia. [en línea] Fecha de consulta: 10/10/2022.

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf

Revista SISTEMA PENAL CRÍTICO

**APOROFOBIA Y DERECHO PENAL MEDIOAMBIENTAL :
LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CRIMENES
MEDIOAMBIENTALES EN ITALIA. ENTRE RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y DE PERSONAS JURIDICAS¹**

**APOROFOBIA E DIRITTO PENALE AMBIENTALE: LA PROTEZIONE DELLA
VITTIMA DEI REATI AMBIENTALI IN ITALIA. TRA RESPONSABILITÀ DELLO
STATO E RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E DEGLI ENTI COLLETTIVI**

Grazia Maria Vagliasindi

*Professore Associato
Università di Catania*

¹ Articolo sviluppato nell'ambito del progetto R+S+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales » (Ministero della Scienza, dell'Innovazione e dell'Università del Governo spagnolo, ref. RTI2018-095155-A-C22, appartenenti al progetto coordinato «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21)

RESUMEN:

La criminalidad medioambiental, que en sus manifestaciones más significativas aparecen como un ejemplo típico de “delitos de cuello blanco”, muchas veces determina sus efectos negativos (por ejemplo en términos de pérdida de ingresos y/o deterioro de las condiciones de salud) especialmente en sujetos débiles, económicamente y socialmente desfavorecidos. Estos aspectos destacan especialmente en el marco del reciente enfoque de análisis del sistema penal centrado en la “aporofobia”. En el presente trabajo, esta lectura del sistema penal en llave de aporofobia se realiza bajo el perfil particular de una evaluación del marco normativo italiano en la perspectiva de la protección de las víctimas de los crímenes medioambientales. Esta valoración se realiza en el doble, pero correlacionado, nivel de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas.

SINTESI:

La criminalità ambientale, che nelle sue manifestazioni più significative si presenta come tipico esempio di white collars crime, spesso determina i suoi effetti negativi (ad esempio in termini di perdita di possibilità di reddito e/o di deterioramento delle condizioni di salute) soprattutto su soggetti deboli che risultano essere economicamente e socialmente svantaggiati. Si tratta di aspetti che vengono particolarmente messi in luce da quel recente criterio di analisi del sistema penale che fa leva sull’“aporofobia”. Nel presente lavoro, tale lettura in chiave di aporofobia viene condotta sotto il particolare profilo di una valutazione del quadro normativo italiano nella prospettiva della tutela delle vittime dei reati ambientali. Tale valutazione è effettuata sul duplice, ma correlato, piano della responsabilità dello Stato e della responsabilità degli individui e delle persone giuridiche.

PALABRAS CLAVE:

Criminalidad medioambiental; victimas; aporofobia; Ilva; CEDU, ecodelitos.

PAROLE CHIAVE:

Criminalità ambientale; vittime; aporofobia; Ilva; CEDU; ecodelitti.

SOMMARIO:

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. 2. IL QUADRO NORMATIVO ITALIANO. 3. LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO: LE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO NEL CASO ILVA. 3.1. Il caso Smaltini c. Italia. 3.2. Il caso Cordella e altri c. Italia e Lina Ambrogio Melle e altri c. Italia. 3.2.1. Le indicazioni promananti dalle statuizioni in materia di ricevibilità dei ricorsi. 3.2.2. Le indicazioni promananti dalle statuizioni sul merito dei ricorsi. 3.2.3. Il risarcimento del danno. 3.2.4. Questioni relative all’esecuzione della sentenza. 3.3. Il caso Ardimento e altri c. Italia. 4. LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E DELLE PERSONE GIURIDICHE: GLI INTERVENTI DEL LEGISLATORE NAZIONALE. 5. RILIEVI CONCLUSIVI E PROSPETTIVE DE LEGE FERENDA. 6. BIBLIOGRAFIA.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Nel corso degli ultimi anni, la cosiddetta criminologia verde (*green criminology*)¹ ha messo crescentemente in luce il grave impatto negativo che i reati ambientali producono sulle vittime, sottolineando in particolare come la criminalità ambientale, che nelle sue manifestazioni più significative si presenta come tipico esempio di *white collars crime*, spesso determina i suoi effetti negativi (ad esempio in termini di perdita di possibilità di reddito e/o di deterioramento delle condizioni di salute) soprattutto su soggetti deboli che risultano essere economicamente e socialmente svantaggiati. Si pensi, per tutti, all'esempio delle malattie derivanti dall'inquinamento provocato da impianti produttivi industriali che sovente sono collocati nelle periferie delle città (comunemente zone abitate da fasce meno abbienti della popolazione, non di rado lavoratori degli stessi complessi industriali) e i cui effetti si riverberano principalmente su coloro che ivi risiedono.

In proposito, occorre ricordare che, in un contesto penalistico, il concetto di vittima, sotto un profilo criminologico, e in particolare vittimologico, si basa sui pregiudizi che, direttamente o indirettamente, il fatto penalmente rilevante arreca ad uno o più soggetti. È interessante osservare come, secondo alcuni autori, le vittime del reato siano per definizione da ricondurre alla categoria dei soggetti deboli o svantaggiati, e ciò in quanto il fatto penalmente illecito determina nei confronti di tali soggetti un senso di perdita e di offesa della propria dignità, che può leggersi in chiave di una minorità che si risolve in disuguaglianza, e un pregiudizio di natura patrimoniale o economica, che si traduce nel riconoscimento di una serie di diritti (come quello al risarcimento) volti a riequilibrare la suddetta disuguaglianza².

Si tratta di aspetti che vengono particolarmente messi in luce da quel recente criterio di analisi del sistema penale che fa leva sull'"aporofobia"³, intesa come «rifiuto, avversione, paura e disprezzo verso i poveri, verso gli indifesi che non possono restituire nulla in cambio alla società»⁴. Il problema può declinarsi anche in termini di esclusione sociale, intesa come situazione in cui risulta inficiato l'accesso a diritti e beni che sono necessari per il libero sviluppo della personalità (si pensi ad esempio alla proprietà, al lavoro o alla sanità) e che, al contempo, rinviene le sue cause, tra l'altro, in fattori lavorativi, economici e sociali⁵.

Evidente, dunque, come la criminalità ambientale si presti sotto diversi profili ad una lettura in termini di rapporto tra diritto penale e aporofobia⁶.

Nel presente lavoro, tale lettura viene condotta sotto il particolare profilo di una valutazione del quadro normativo italiano nella prospettiva della tutela delle vittime dei reati ambientali.

In questa prospettiva, assai significativa appare la vicenda relativa alle emissioni nocive prodotte dallo stabilimento siderurgico Ilva di Taranto.

Numerosi studi scientifici ed epidemiologici, elaborati tra la fine degli anni '90 del secolo scorso e il 2017, hanno evidenziato l'esistenza di rischi per la vita e la salute umana in conseguenza dell'inquinamento prodotto dallo stabilimento, con l'aumento dell'incidenza, tra l'altro, di morbidità e mortalità per patologie tumorali, cardiovascolari, respiratorie e digestive nei lavoratori dello stabilimento e negli abitanti di Taranto e dei comuni

¹ Cfr., ad esempio, ELLIOT, Lorraine, SCHAEDELA, William H. (a cura di). *Handbook of Transnational Environmental crime*. Cheltenham UK, Northampton USA: Edward Elgar, 2016; SAIPENS, Toine, WHITE, Rob, HUISMAN, Wim (a cura di). *Environmental Crime in Transnational Context*. London: Routledge, 2016; WHITE, Rob, 2011. *Transnational Environmental Crime. Toward an eco-global criminology*. London: Routledge; MARTINEZ-ALIER, Joan, 2002. *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*. Cheltenham UK, Northampton USA: Edward Elgar; ANDREAS, Peter. "Transnational Crime and Economic Globalization". In: Mats Berdal and Mónica Serrano (a cura di). *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*. Boulder: Lynne Rienner, 2002, p. 37-52.

² Cfr. MAGLIARO, Letizio. "La vittima del reato nel processo penale". In: *Questione Giustizia*, ottobre 2019 (speciale), p. 106-126.

³ Cfr., ad esempio, BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, PEREZ CEPEDA, Ana (a cura di). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho penal en clave anti-aporófoa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022; TERRADILLOS BASOCO, Juan, 2020. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Ed. J.M Bosch; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. "El Derecho penal frente a la aporofobia". In: *CRIMINALIA. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, dicembre 2020 (conmemorativa), p. 301-316.

⁴ Così CORTINA, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, p. 14.

⁵ Sul tema, cfr. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. "Exclusión Social y Criminalidad". In: *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, p. 587-617.

⁶ Per una lettura dei reati ambientali nell'ottica dell'aporofobia, si veda RUIZ ARIAS, Miriam. "La víctima del delito ambiental: estudio desde la aporofobia". In: *Justicia*, 20/02/2022 [data di consultazione: 15/10/2022]. Disponibile all'indirizzo: <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/4891/5451#toc>.

limitrofi. Giova, inoltre, segnalare l'elevatissimo numero di soggetti, tra lavoratori diretti e dell'indotto, il cui reddito era collegato alle attività produttive del colosso siderurgico, nonché la circostanza che la produzione siderurgica (di cui le attività dello stabilimento Ilva di Taranto costituiscono una componente assai rilevante) ha rappresentato per l'Italia circa il 3% dell'intero prodotto interno lordo (PIL): evidente dunque la dicotomia, sia a livello individuale sia a livello collettivo, tra tutela dell'ambiente e della salute, da una parte, e tutela del lavoro e della produzione (per lo Stato, anche dell'interesse nazionale), dall'altra.

La magistratura di Taranto, nell'ambito di un procedimento penale per reati contro l'incolumità pubblica (cosiddetto "disastro innominato", declinato come "disastro ambientale" ex art. 434 del codice penale (v. *infra*, par. 2 e par. 4), omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, avvelenamento di acque o di sostanze alimentari, oltre ad alcuni reati contravvenzionali)⁷, a partire dal 2012 aveva adottato una serie di provvedimenti di sequestro preventivo volti a far cessare le emissioni inquinanti dello stabilimento. Lo Stato italiano, tuttavia, con il rinnovo del provvedimento autorizzatorio (autorizzazione integrata ambientale, AIA) e una serie di decreti cosiddetti "salva-Ilva", ha autorizzato la prosecuzione dell'attività industriale nonostante i provvedimenti dell'autorità giudiziaria; negli anni successivi, ha poi approvato un piano di risanamento ambientale (il cui termine di attuazione è stato però via via prorogato, con una scadenza ad oggi prevista per agosto 2023). Infine, nel 2015, lo Stato italiano ha introdotto il cosiddetto "scudo penale", cioè un'immunità rispetto alla responsabilità penale e amministrativa per l'amministratore straordinario dell'Ilva e per il successivo acquirente della società (Arcelor-Mittal), nonché per i rispettivi delegati, in relazione alle condotte finalizzate all'attuazione del suddetto piano ambientale⁸; successivamente, lo "scudo penale" è stato limitato nel suo campo di azione ed è stato previsto un termine finale per la sua efficacia⁹.

Tale vicenda, paradigmatica della difficoltà di rinvenire un soddisfacente equilibrio dei rapporti tra tutela del lavoro e delle attività produttive, da una parte, e tutela dell'ambiente e della salute, dall'altra¹⁰, mostra come la questione della tutela delle vittime dei reati ambientali coinvolga piani diversi, ancorché intimamente correlati, e segnatamente quello della responsabilità dello Stato e quello della responsabilità individuale e delle persone giuridiche. All'esame di tali questioni è dedicato il presente lavoro.

⁷ Giova segnalare che, all'esito del relativo processo (cosiddetto processo "ambiente svenduto") - che ha visto coinvolte 44 persone fisiche e tre società e comprende tra i capi d'accusa l'associazione per delinquere finalizzata al disastro innominato, avvelenamento di sostanze alimentari e omissione dolosa di cautele sui luoghi di lavoro, oltre che delitti contro la pubblica amministrazione contestati agli amministratori pubblici dell'epoca - il 31 maggio 2021 la Corte d'Assise di Taranto ha condannato l'ex proprietario e l'ex amministratore dell'acciaiera rispettivamente a 22 e 20 anni di reclusione; l'ex responsabile della relazioni esterne del gruppo a 21 anni e sei mesi; l'ex direttore dello stabilimento di Taranto a 21 anni; l'ex Presidente della Regione Puglia a 3 anni e mezzo; l'ex presidente della Provincia e l'ex assessore provinciale all'ambiente a 3 anni. Al momento in cui si scrive, le motivazioni della sentenza non sono state ancora depositate.

⁸ Art. 2, comma 6, decreto legge n. 1/2015: «le condotte poste in essere in attuazione del Piano di cui al periodo precedente non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario e dei soggetti da questo funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro». Successivamente, con il decreto legge n. 98/2016, è stata disposta l'estensione dello scudo penale all'affittuario o acquirente, e ai relativi delegati. Sul cosiddetto scudo penale e sulla questione dell'esatta qualificazione giuridica delle relative previsioni - alle quali nel presente lavoro per mere esigenze di sintesi si fa riferimento come immunità - cfr. GRECO, Chiara. "Lo "scudo penale" dell'Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali". In: *La Legislazione penale* [data di consultazione: 15/10/2022] 08/05/2020, p. 1-31. Disponibile all'indirizzo: <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/05/Greco-approfondimenti.pdf>; ZIRULIA, Stefano. "La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro". In: *Sistema penale* (18 novembre 2019).

⁹ Con l'art. 46 del decreto legge n. 34/2019, limitandolo alla sola materia ambientale, e non più a quelle concernenti la tutela della salute, dell'incolumità pubblica e della sicurezza sul lavoro, e prevedendo come termine finale della sua efficacia il 6 settembre 2019.

¹⁰ Sulla questione si è pronunciata la Corte Costituzionale - sentenza 09/05/2013, n. 85 - che ha affermato che il legislatore, con il primo decreto cosiddetto "salva-Ilva" (decreto legge n. 207/2012, convertito in legge n. 231/2012), aveva effettuato un ragionevole bilanciamento tra i confliggenti diritti di rango costituzionale alla salute ed all'ambiente salubre, da un lato, ed al lavoro ed ai livelli occupazionali, dall'altro lato. Giova, peraltro, ricordare che la Corte costituzionale si è pronunciata in relazione al caso Ilva anche in altre due decisioni: la sentenza 13/07/2017, n. 182 (infondatezza della questione) e la sentenza 23/03/2018, n. 58; con quest'ultima decisione, la Corte ha ritenuto illegittimo, in quanto irragionevole, in relazione all'art. 32 della Costituzione, il bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore attraverso alcune disposizioni in base alle quali era stata autorizzata la prosecuzione dell'attività nonostante il sequestro disposto in procedimenti penali per reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

2. IL QUADRO NORMATIVO ITALIANO.

Nell'affrontare tale tema, non può che muoversi dalla constatazione del ruolo nel complesso assai limitato che il diritto penale italiano ha tradizionalmente riconosciuto alle vittime e, al contempo, dall'individuazione di alcuni aspetti del sistema normativo, in parte dovuti alle stesse caratteristiche della materia ambientale, che hanno rappresentato un ostacolo alla tutela delle vittime dei reati ambientali.

In generale, va preliminarmente precisato che il termine "vittima" è estraneo all'originario linguaggio del codice penale e del codice di procedura penale, che utilizzano le espressioni "persona offesa dal reato" (nella dogmatica penalistica, il "soggetto passivo" del reato) e "danneggiato dal reato" per riferirsi a coloro che, a vario titolo (v. *infra*), subiscono gli effetti del fatto penalmente illecito. Solo successivamente il termine "vittima" ha fatto ingresso in tali testi normativi; si pensi, con riferimento al codice di procedura penale, all'art. 498, comma 4-*ter*, relativo all'«esame del minore vittima di reato ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato»¹¹, e, con riferimento al codice penale, all'art. 131-*bis*, comma 2, che dà rilievo alle «condizioni di minorata difesa della vittima»¹². Giova aggiungere che alle condizioni di vulnerabilità o di particolare vulnerabilità della persona offesa si è dato esplicito rilievo con varie disposizioni sostanziali e processuali, per lo più introdotte o modificate in attuazione di strumenti normativi sovranazionali¹³. Con il recentissimo d.lgs. n. 150/2022, infine, la vittima diviene centrale nella disciplina organica della giustizia riparativa, dallo stesso d.lgs. n. 150/2022 introdotta¹⁴. All'interno di tale disciplina organica, spicca la previsione di una definizione di vittima del reato, sia pure ai soli fini del suddetto d.lgs., definizione prima assente nel sistema normativo italiano: l'art. 42, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2022, infatti, stabilisce che per «vittima del reato» si intende «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

Tanto precisato, occorre osservare che i reati ambientali sono considerati come reati "a soggetto passivo indeterminato", cioè reati nei quali l'interesse offeso appartiene a una cerchia indeterminata di persone¹⁵.

In questa prospettiva, sono le stesse caratteristiche dell'ambiente, come bene giuridico direttamente o indirettamente protetto dal diritto penale, a venire in rilievo. L'ambiente, infatti, è un diritto individuale che assume rilevanza pubblica ed in quanto tale è tutelato dallo Stato, risultando un bene indivisibile, fruibile da parte dell'intera collettività e a titolarità superindividuale. L'ambiente, allora, non è un interesse di pertinenza solo di una categoria di soggetti determinati, ma un "interesse diffuso" che, in quanto tale, si riferisce all'intera collettività¹⁶. I reati ambientali, quindi, offendono un interesse di pertinenza di una pluralità indeterminata di soggetti: se si vuole, si tratta di reati con "vittime collettive", costituite da un numero indeterminato di soggetti.

¹¹ Tale comma è stato aggiunto dall'art. 13, legge n. 269/1998, poi modificato dapprima dall'art. 15, comma 10, legge n. 228/2003, e poi dall'art. 9, decreto legge 23 n. 11/2009 e dall'art. 2, decreto legge n. 93/2013.

¹² L'art. 131-*bis* è stato inserito nel codice penale dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 28/2015, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67», e successivamente più volte modificato.

¹³ Si pensi al d.lgs. n. 24/2014, di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. L'art. 1, d.lgs. n. 24/2014, stabilisce che, nell'attuazione dello stesso decreto, «si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere». Si pensi, ancora, al d.lgs. n. 212/2015, di attuazione della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Può essere utile rammentare che, secondo l'art. 2, par. 1, lett. a), della direttiva 2012/29/UE, ai fini della direttiva per «vittima» si intende «i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

¹⁴ Il d.lgs. n. 150/2022 prevede anche l'utilizzo del termine "vittima" nell'art. 62, n. 6, c.p., ove, tra le circostanze attenuanti comuni, viene inserito «l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo».

¹⁵ Cfr., in generale, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, 2019. *Diritto penale Parte Generale*. Bologna: Zanichelli, p. 190. Giova aggiungere che taluni reati ambientali, e precisamente quei reati ambientali di pericolo astratto che incriminano comportamenti che costituiscono soltanto il presupposto di una concreta aggressione al bene giuridico, potrebbero rilevare quali reati "senza soggetto passivo" o "senza vittima", cioè reati rispetto ai quali risulta complesso individuare l'offesa ad un bene giuridico afferrabile.

¹⁶ Per queste considerazioni, cfr. VERRI, Paolo, 2007. "Le ecomafie: crimini senza vittime?". *Diritto all'ambiente*, 15 giugno [data di consultazione: 15/10/2022], p. 1-18, p. 8. Disponibile all'indirizzo: http://dirittoambiente.net/file/varie_articoli_132.pdf.

Di conseguenza, da un punto di vista giuridico-penale il singolo individuo tecnicamente non è “soggetto passivo” del reato ambientale, o “persona offesa dal reato”, cioè titolare del bene protetto dalla fattispecie incriminatrice¹⁷.

Sotto il profilo processuale, peraltro, occorre sottolineare che, in generale, l'art. 91 del codice di procedura penale (c.p.p.), con riferimento agli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, comprensivi quindi anche di enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dai reati ambientali, stabilisce che «Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato», e ciò senza la necessità di dimostrare di aver subito un danno diretto. Va comunque precisato che l'art. 92 c.p.p., in generale, subordina l'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato al consenso della persona offesa, condizione, questa, che per le suesposte considerazioni circa la titolarità collettiva del bene ambiente sarebbe sostanzialmente impossibile da soddisfare. Vero è che, secondo un orientamento, la legge n. 349/1986 avrebbe offerto un generale e preventivo consenso alle associazioni ambientaliste riconosciute dallo Stato ad intervenire nel processo, con la conseguenza che il consenso della persona offesa, richiesto dall'art. 92 c.p.p., non sarebbe necessario in quanto presunto di diritto¹⁸; tuttavia, secondo un diverso orientamento, la disposizione di cui alla legge n. 349/1986, in quanto introdotta in epoca anteriore alla entrata in vigore del c.p.p. del 1989, deve essere armonizzata sistematicamente con gli attuali istituti processuali alla luce dell'art. 212 delle norme di coordinamento, secondo cui quando una legge, in epoca antecedente al 24 ottobre 1989, permette l'intervento nel processo anche al di fuori della costituzione di parte civile, è consentito solo l'intervento nei limiti ed alle condizioni di cui agli artt. 91 ss. c.p.p.¹⁹. Appare evidente come quest'ultima interpretazione di fatto nullifichi la possibilità di intervento nel processo penale ex art. 91 c.p.p. delle formazioni sociali portatrici di interessi superindividuali ambientali.

Va, poi, ricordato che la persona offesa dal reato non coincide necessariamente con la figura del “danneggiato dal reato”, cioè colui che subisce un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile e che per tale ragione è legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale²⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali²¹ spetta, in via esclusiva, allo Stato per il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica, inteso come lesione dell'interesse pubblico alla integrità e salubrità dell'ambiente, mentre tutti gli altri soggetti, singoli o associati, comprese le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, possono esercitare l'azione civile in sede penale ai sensi dell'art. 2043 del codice civile (c.c.)²² solo per ottenere il risarcimento di un danno patrimoniale e non patrimoniale²³, ulteriore e concreto, conseguente alla lesione di altri loro diritti particolari diversi dall'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente, pur se derivante dalla stessa condotta lesiva²⁴. Sulla questione, è utile rammentare che, in base all'art. 311, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, il Ministro dell'ambiente agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale (oppure

¹⁷ Per le nozioni di soggetto passivo e persona offesa dal reato utilizzate nel testo, cfr. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, 2019. *Diritto penale Parte Generale*. Bologna: Zanichelli, p. 189.

¹⁸ In questo senso, si veda Cass. Pen., Sez. V, 05/03/1996, n. 2361.

¹⁹ In questo senso, si veda Cass. Pen., Sez. III, 15/01/2007, n. 554.

²⁰ Per la definizione di danneggiato dal reato utilizzata nel testo, cfr. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, 2019. *Diritto penale Parte Generale*. Bologna: Zanichelli, p. 189.

²¹ Aventi ad oggetto fatti compiuti successivamente al 29 aprile 2006, a seguito della abrogazione dell'art. 18, comma 3, legge n. 349/1986, derivante dall'entrata in vigore dell'art. 318, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 152/2006. Giova ricordare che la legge n. 349/1986, recante una speciale normativa in materia di danno ambientale, all'art. 18 introduceva una nozione del tutto ampia e generica di danno ambientale, stabilendo che «qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato».

²² Art. 2043 c.c., «Risarcimento per fatto illecito»: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.». Si tratta del principio del *neminem laedere*, ossia del dovere generale di non arrecare danni ad altri; chiunque sostenga di aver subito un danno in violazione di questo principio può intentare un'azione per responsabilità.

²³ Art. 2059 c.c., «Danno non patrimoniale»: «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.». Giova, inoltre, ricordare che l'art. 2050 c.c. sancisce il principio generale della responsabilità per l'esercizio delle attività pericolose.

²⁴ Si veda, ad esempio, Cass. Pen., Sez. III, 09/07/2014, n. 24677.

procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta dello stesso d.lgs. n. 152/2006); l'art. 313, comma 7, d.lgs. n. 152/2006, stabilisce che «Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi»²⁵. Inoltre, l'art. 185 del codice penale (c.p.), rubricato «restituzioni

²⁵ Giova aggiungere che l'art. 309, d.lgs. n. 152/2006, «Richiesta di intervento statale», stabilisce che «1. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte sesta del presente decreto possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto. 2. Le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente, di cui all'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, sono riconosciute titolari dell'interesse di cui al comma 1. 3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare valuta le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate afferenti casi di danno o di minaccia di danno ambientale e informa senza dilazione i soggetti richiedenti dei provvedimenti assunti al riguardo. 4. In caso di minaccia imminente di danno, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nell'urgenza estrema, provvede sul danno denunciato anche prima d'aver risposto ai richiedenti ai sensi del comma 3.».

Inoltre, l'art. 310, d.lgs. n. 152/2006, «Ricorsi», stabilisce che «1. I soggetti di cui all'articolo 309, comma 1, sono legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. 2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, il ricorso al giudice amministrativo può essere preceduto da una opposizione depositata presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare o inviata presso la sua sede a mezzo di posta raccomandata con avviso di ricevimento entro trenta giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto. In caso di inerzia del Ministro, analoga opposizione può essere proposta entro il suddetto termine decorrente dalla scadenza del trentesimo giorno successivo all'effettuato deposito dell'opposizione presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 3. Se sia stata presentata l'opposizione e non ancora il ricorso al giudice amministrativo, quest'ultimo è proponibile entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della decisione di rigetto dell'opposizione oppure dal trentunesimo giorno successivo alla presentazione dell'opposizione se il Ministro non si sia pronunciato. 4. Resta ferma la facoltà dell'interessato di ricorrere in via straordinaria al Presidente della Repubblica nel termine di centoventi giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto o provvedimento che si ritenga illegittimo e lesivo.».

In relazione a tali disposizioni, e agli artt. 311 e 313, d.lgs. n. 152/2006, già richiamati nel testo, è utile mettere in evidenza che Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 23/04/2020 (Ud. 08/10/2019), n. 8092, ha affermato che «La pubblica amministrazione non ha un rapporto di supremazia nei confronti dei soggetti terzi rispetto all'attività soggetta alla sua autorizzazione e controllo e non può pertanto ledere né affievolire con i suoi provvedimenti diritti soggettivi fondamentali come il diritto alla salute o diritti reali come quello di proprietà, la cui tutela dalle immissioni è già bilanciata rispetto al diritto di utilizzazione delle proprietà confinanti sulla base del parametro della tollerabilità. Pertanto, è erroneo distinguere, ai fini del riparto di giurisdizione, l'ipotesi in cui la nocività o intollerabilità derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi, che rendono possibile l'esercizio dell'attività, dalla ipotesi in cui, al contrario, l'esercizio dell'attività sia in concreto conforme ai provvedimenti amministrativi che la legittimano e regolano. Nel primo caso il Giudice ordinario sarà tenuto a sanzionare, inibendola o riportandola alla conformità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, nel secondo caso dovrà disapplicare quest'ultima e imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminare le conseguenze nocive o intollerabili in danno dei terzi. Ricordando che, l'art 310 del d.lgs. n. 152/2006 nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in materia di danno ambientale, si riferisce alla sola ipotesi in cui gli obblighi amministrativi adottati dal Ministero dell'Ambiente per la precauzione, la prevenzione e il ripristino ambientale sono contestati dai soggetti portatori di un interesse alla tutela ambientale indicato dal precedente art. 309.».

L'ordinanza, inoltre, ha precisato che «Va ricondotta alla giurisdizione ordinaria, la tutela inibitoria e quella risarcitoria del danno in forma specifica, assumendo un carattere prioritario e proprio rispetto all'azione generale risarcitoria ex art. 2043 del codice civile, e ciò sia con riferimento al diritto alla salute di rango costituzionale che a quello di proprietà per ciò che concerne la tutela accordata al titolare del diritto reale dall'articolo 844 c.c. Sicché, appartiene alla giurisdizione ordinaria sia la domanda del privato che si dolga delle concrete modalità di esercizio del ciclo produttivo, assumendone la pericolosità per la salute o altri diritti fondamentali della persona e sia la richiesta di adozione delle misure necessarie per eliminare i danni attuali e potenziali e le immissioni intollerabili (Cass. civ. S.U. n. 11142 dell'8.5.2017). In conclusione, rimane ferma la giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui l'azione sia promossa da soggetti a cui il fatto produttivo del danno ambientale abbia recato un danno personale alla salute o alla proprietà secondo quanto previsto dall'art. 313.7 del d.lgs. n.152/2006.».

L'ordinanza, infine, ha statuito che «Nel conflitto fra il diritto di una società all'esercizio dell'impresa autorizzata dalla pubblica amministrazione e quello delle persone alla salute e al rispetto del limite di tollerabilità delle immissioni nella loro proprietà non può che prevalere quest'ultimo. Pertanto, il diritto fondamentale alla salute, proclamato dall'art. 32 della Costituzione, opera nelle relazioni private e limita l'esercizio dei pubblici poteri nel senso che esso è sovrastante all'ammi-

e risarcimento del danno”, stabilisce al comma 2 che «Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.».

In ipotesi, dunque, il cittadino che, in conseguenza di un reato ambientale, abbia subito un danno patrimoniale e non patrimoniale, ulteriore e concreto, conseguente alla lesione di suoi diritti diversi dall’interesse pubblico alla tutela dell’ambiente, potrebbe costituirsi parte civile nel processo penale²⁶. Inoltre, in più occasioni la giurisprudenza ha affermato che gli enti pubblici territoriali sono legittimati a costituirsi parte civile ove deducano di avere subito, per effetto della condotta illecita, un danno diverso da quello ambientale, avente natura anche non patrimoniale e derivante dalla lesione di interessi locali specifici e differenziati²⁷. Infine, le associazioni ambientaliste sono legittimate a costituirsi - *iure proprio* - come parte civile nei processi penali aventi ad oggetto l’accertamento di fatti-reato di natura ambientale; il diritto al risarcimento in capo alle associazioni non deriva, in tali casi, dal verificarsi del danno ambientale in sé, bensì dall’incidenza dei fatti-reato sul patrimonio dell’ente (che abbia, in ipotesi, affrontato esborsi finanziari per svolgere la propria attività istituzionale di tutela ambientale) e dal danno non patrimoniale derivante da reato ai sensi dell’art. 2059 c.c. e dell’art. 185, comma 2, c.p.²⁸. Secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, le associazioni ambientaliste sono legittimate a costituirsi parti civili, sia come titolari di un diritto della personalità connesso al perseguimento delle finalità statutarie sia come enti esponenziali del diritto alla tutela ambientale, anche per i reati commessi in occasione o con la finalità di violare normative dirette alla tutela dell’ambiente e del territorio, finalità che costituiscono la ragione sociale delle predette associazioni²⁹. In altre parole, «in favore delle associazioni ambientaliste costituite parti civili nei procedimenti per reati ambientali è risarcibile il danno - necessariamente diverso da quello della lesione dell’ambiente come bene pubblico - che, può avere natura, oltre che patrimoniale, anche morale, derivante dal pregiudizio arrecato all’attività da esse concretamente svolta per la valorizzazione e la tutela del territorio sul quale incidono i beni oggetto del fatto lesivo»³⁰.

Assai più controversa, invece, la questione della possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale - per quel che qui rileva, per reati ambientali - a carico degli enti collettivi e delle persone giuridiche nel cui interesse o a cui vantaggio siano stati commessi i suddetti reati. Si tratta di un evidente *vulnus* in termini di protezione delle vittime, se si considera la già ricordata natura della criminalità ambientale quale criminalità di impresa e di profitto. Se è vero, infatti, che nella maggior parte delle legislazioni i reati ambientali sono previsti come reati comuni, che come tali chiunque può commettere, è altrettanto vero che le condotte illecite che provocano o possono provocare i più gravi danni all’ambiente o a una o più delle sue componenti (aria, acqua, suolo, fauna, flora) sono principalmente poste in essere nel contesto dello svolgimento di attività economiche e nell’interesse di soggetti economici.

Si tratta, peraltro, di un *vulnus* che si inserisce in un più ampio vuoto di tutela che ha caratterizzato la legislazione italiana: fino al 2011, infatti, i reati ambientali non erano ricompresi nel catalogo dei reati che, sussistendo determinati presupposti, possono far sorgere la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche e degli enti collettivi ex d.lgs. n. 231/2001.

Ancor più in generale, e a monte, per molti anni il diritto penale ambientale è stato caratterizzato da una complessiva ineffettività anche rispetto alle persone fisiche. Ci si riferisce, in particolare, alla mancanza di fattispecie delittuose che punissero le più gravi ipotesi di illeciti ambientali, come il disastro ambientale. Tale situazione,

nistrazione la quale non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo di fatto e indirettamente. Pertanto, nelle controversie che hanno per oggetto la tutela del diritto alla salute non vale il richiamo alla posizione di preminenza della funzione della pubblica amministrazione, la quale è priva di qualunque potere di affievolimento di un diritto soggettivo valutato come fondamentale e assoluto dall’ordinamento. Ne deriva, che la domanda di risarcimento del danno proposta dai privati nei confronti della pubblica amministrazione o dei suoi concessionari, per conseguire il risarcimento dei danni alla salute, è devoluta al giudice ordinario.».

Tale ordinanza è stata richiamata dal Governo italiano nelle sue comunicazioni al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa relative all’esecuzione della sentenza *Cordella e altri c. Italia* (v. par. 3.2.4).

²⁶ Si veda di recente, nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Lecce, Sez. II Penale, ordinanza 29/01/2021.

²⁷ Si veda, ad esempio, Cass. Pen., Sez. IV, 27/05/2014, n. 24619, in riferimento al riconoscimento al Comune e alla Regione del risarcimento per danno all’immagine; Cass. Pen., Sez. III, 17/01/2012, n. 19437, in riferimento al risarcimento per il degrado del territorio derivato dall’interramento di polveri di ferro.

²⁸ Così Cass. Pen., Sez. III, 09/07/2013, n. 29077.

²⁹ Si veda Cass. Pen., Sez. VI, 20/10/2016, n. 360649; Cass. Pen., Sez. V, 17/11/2010, n. 7015.

³⁰ Così, nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Lecce, Sez. II Penale, ordinanza 29/01/2021.

che si è protratta sino al 2015 (quando sono stati introdotti nel codice penale i delitti, tra l'altro, di inquinamento ambientale, art. 452-*bis*, e disastro ambientale, art. 452-*quater*), ha portato ad un intervento in chiave di supplenza giudiziaria da parte della magistratura che, come nel caso Ilva (v. *supra*, par. 1) ha utilizzato fattispecie delittuose comuni, come quella del cosiddetto "disastro innominato" (art. 434³¹ c.p. e, nella forma colposa, art. 449 c.p.³²), declinato quale "disastro ambientale".

Tale complessivo quadro denota una sostanziale marginalizzazione delle vittime dei reati ambientali. Un significativo cambio di passo, tuttavia, pare segnato sia dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) relative al caso dello stabilimento siderurgico Ilva di Taranto sia da interventi normativi dello stesso legislatore italiano volti a superare la summenzionata inadeguatezza del sistema normativo italiano in tema di reati ambientali.

3. LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO: LE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NEL CASO ILVA.

In diverse occasioni la Corte EDU si è pronunciata su ricorsi promossi da cittadini italiani in relazioni alle emissioni dello stabilimento Ilva di Taranto.

3.1. IL CASO *SMALTINI C. ITALIA*.

Già nel 2009, una cittadina di Taranto, poi deceduta nel 2012, aveva promosso un ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione del "diritto alla vita" (art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU), sostenendo che vi fosse un nesso causale tra le emissioni inquinanti dello stabilimento Ilva di Taranto e l'insorgere della leucemia da cui era affetta³³. In proposito, giova ricordare che, dopo la diagnosi, ricevuta nel 2006, la ricorrente aveva deciso di procedere nei confronti dei proprietari dell'Ilva, sostenendo anche che, in conseguenza delle emissioni dell'acciaieria, il numero di decessi dovuto a patologie tumorali era aumentato significativamente nella regione di Taranto. Nel corso del procedimento penale, a fronte di una richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero basata sulla ritenuta insussistenza del nesso causale tra le emissioni e la patologia, il giudice per le indagini preliminari (GIP) presso il Tribunale di Taranto, rigettando tale richiesta, ordinò una consulenza medica ematologica per stabilire le cause della patologia della ricorrente e verificare la sussistenza di un eventuale nesso causale tra l'inquinamento e la patologia. Gli esperti, tuttavia, conclusero che non fosse stata riscontrata un'incidenza maggiore della leucemia, con riferimento al gruppo di età al quale la ricorrente apparteneva, nella zona di Taranto rispetto alle altre regioni italiane; di conseguenza, pur notando che le emissioni inquinanti provenienti dallo stabilimento non fossero prive di conseguenze per la salute, gli stessi esperti, sulla base dei dati scientifici disponibili, escludono l'esistenza di un nesso di causalità tra le emissioni e la patologia della ricorrente, con conseguente archiviazione del caso da parte del G.I.P. La Corte EDU, nella sentenza 16 aprile 2015, *Smaltini c. Italia*, ha dichiarato irricevibile, in quanto infondato, il ricorso in questione. A tale conclusione la Corte è giunta rilevando che, sulla base delle perizie esaminate dalle autorità giurisdizionali interne, non era stata accertata un'incidenza maggiore della leucemia nella regione di Taranto rispetto alle altre regioni italiane e che la ricorrente aveva beneficiato di un procedimento in contraddittorio nel corso del quale le indagini furono compiute su sua richiesta, sebbene senza successo, concludendo, di conseguenza, che la ricorrente non avesse provato, alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti di causa, e senza pregiudizio dei risultati degli studi scientifici futuri, che le autorità italiane fossero venute meno rispetto al loro obbligo di proteggere il suo diritto alla vita sotto il profilo procedurale dell'art. 2 CEDU.

È di tutta evidenza come il fatto che la Corte EDU, nel caso *Smaltini c. Italia*, abbia posto l'accento sulle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti di causa, senza pregiudizio dei risultati degli studi scientifici futuri, lasciasse impregiudicata la possibilità di decisioni di segno diverso rispetto a ricorsi basati su diversi e

³¹ Art. 434 c.p., «Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi»: «1. Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni. 2. La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene.».

³² Art. 449 c.p., «Delitti colposi di danno»: «1. Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nel secondo comma dell'articolo 423-bis, cagiona per colpa un incendio o un altro disastro preveduto dal capo primo di questo titolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. 2. La pena è raddoppiata se si tratta di disastro ferroviario o di naufragio o di sommersione di una nave adibita a trasporto di persone o di caduta di un aeromobile adibito a trasporto di persone.».

³³ Corte EDU, 24/03/2015 - Ricorso n. 43961/09 - *Smaltini c. Italia*. Su tale sentenza, cfr. VOZZA, Donato. "Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale". In: *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2016, p. 41-53.

più ampi dati scientifici; impregiudicata, inoltre, la possibilità di lamentare la violazione di diversi profili di violazione dell'art. 2, rispetto a quelli lamentati nel caso in commento, o di ulteriori disposizioni della CEDU.

3.2. IL CASO CORDELLA E ALTRI C. ITALIA E LINA AMBROGI MELLE E ALTRI C. ITALIA.

Ebbene, con la sentenza 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia e Lina Ambrogi Melle e altri c. Italia*³⁴ (nel prosieguo, *Cordella e altri c. Italia*), la Corte EDU, accogliendo il ricorso di 161 ricorrenti (abitanti nel comune di Taranto o che in passato vi avevano abitato), ha condannato l'Italia per la violazione del “diritto al rispetto della vita privata e familiare” (art. 8 CEDU), non avendo l'Italia adottato le misure idonee a proteggere l'ambiente dalle emissioni inquinanti dello stabilimento di Taranto e, conseguentemente, per non avere tutelato il benessere dei cittadini abitanti nelle zone limitrofe allo stabilimento; giova segnalare come la Corte abbia affrontato le doglianze sotto il solo profilo della violazione del diritto alla vita privata e non anche, come pure contestato dai ricorrenti, sotto quello della violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU), e ciò in quanto la Corte ha considerato l'art. 2 come parte integrante dell'art. 8³⁵. La Corte EDU, inoltre, ha riconosciuto la violazione del “diritto a un ricorso effettivo” (art. 13 CEDU), per la mancanza di vie di ricorso interne volte a consentire ai suddetti soggetti di lamentare l'incompiuta attuazione del piano ambientale ed ottenere la bonifica delle aree contaminate.

3.2.1. Le indicazioni promananti dalle statuizioni in materia di ricevibilità dei ricorsi.

Particolarmente interessanti, ai fini che qui ci occupano, appaiono le considerazioni, svolte dalla Corte in sede di valutazione delle eccezioni preliminari formulate dal Governo italiano, in ordine al riconoscimento della qualità di vittime in capo ai ricorrenti.

In proposito, il Governo italiano contestava la qualità di vittima dei ricorrenti, indicando che tale qualità può essere stabilita solo al termine di procedimenti interni relativi alle censure sollevate dinanzi alla Corte. Il Governo, inoltre, affermava che le doglianze dei ricorrenti avevano solo una natura generale e non si riferivano a situazioni specifiche, e che esse non fornivano alcun elemento di fatto idoneo a supportare la tesi di un danno che le persone interessate avrebbero effettivamente subito. I ricorsi, dunque, non sarebbero stati altro che un'*actio popularis* (cioè un contenzioso promosso nel solo interesse pubblico). Il Governo, altresì, affermava che la maggior parte dei ricorrenti viveva in comuni diversi da quello direttamente interessato dall'inquinamento ambientale, ovvero la città di Taranto.

A tali eccezioni, i ricorrenti rispondevano rilevando che tutti risiedevano o avevano risieduto nella città di Taranto o nei comuni limitrofi, e che l'inquinamento di questa città e di questi comuni dalle emissioni nocive della centrale Ilva era una certezza riconosciuta dalle autorità pubbliche. Inoltre, alcuni dei ricorrenti avevano prodotto certificati medici attestanti le malattie contratte dagli stessi ricorrenti o dai loro parenti³⁶.

La Corte inizia la sua valutazione ribadendo che, come già affermato nei casi *Perez c. Francia* e *Di Sarno e altri c. Italia*³⁷, il meccanismo di controllo della Convenzione non ammette l'*actio popularis* e che, come già affermato nel caso *Kyrtatos c. Grecia*³⁸, né l'art. 8 né alcuna altra disposizione della CEDU garantiscono specificamente una protezione generale dell'ambiente in quanto tale.

D'altra parte, la Corte afferma che l'elemento cruciale che consente di stabilire se, nelle circostanze del caso, il danno all'ambiente determini la violazione di uno dei diritti garantiti dall'art. 8, comma 1, CEDU, è l'esistenza di un effetto negativo sulla sfera vita privata o familiare di una persona, e non semplicemente il degrado generale

³⁴ Corte EDU, 24/01/2019 - Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15 - *Cordella e altri c. Italia e Lina Ambrogi Melle e altri c. Italia*. Su tale sentenza, cfr. ZIRULIA, Stefano. “Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva. Nota a C. eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*”. In *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3/2019, p. 135-162.

³⁵ § 94 della sentenza: «*Maître de la qualification juridique des faits, la Cour constate que ces griefs se confondent. Elle juge approprié d'examiner les allégations des requérants uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention (Radomilja et autres c. Croatie [GC], n os 37685/10 et 22768/12, 20 mars 2018).*».

³⁶ Pare utile osservare, che, in relazione alle questioni in tema di nesso di causalità affrontate nel caso *Smaltini c. Italia*, nel caso *Cordella e altri c. Italia* alcuni ricorrenti avevano in effetti prodotto certificati medici concernenti lo sviluppo di patologie compatibili con l'essere stati esposti alle emissioni dell'Ilva, ma la Corte EDU, nella sua sentenza, non ha esaminato la questione della causalità individuale, concentrando invece l'attenzione sul rischio diffuso di contrarre patologie.

³⁷ Corte EDU, 12/02/2004 – Ricorso n. 47287/99 - *Perez c. Francia*; Corte EDU, 10/01/2012 – Ricorso n. 30765/08 - *Di Sarno e altri c. Italia*.

³⁸ Corte EDU, 22/05/2003 – Ricorso n. 41666/98 - *Kyrtatos c. Grecia*.

dell'ambiente³⁹. Si tratta di uno snodo fondamentale quanto al riconoscimento della qualità di vittime in capo a coloro che hanno subito un pregiudizio sulla propria sfera privata o familiare come conseguenza del danno all'ambiente.

In applicazione di tali principi, la Corte EDU riconosce lo status di vittime a 161 ricorrenti⁴⁰. La Corte ricorda che l'inquinamento in un determinato settore diventa potenzialmente pericoloso per la salute e il benessere di chi vi è esposto, precisando che in ogni caso si tratta di una presunzione che può non verificarsi in un caso concreto; tuttavia, nel caso di specie, la Corte ritiene sussistenti elementi di prova a sua disposizione dai quali emerge che l'inquinamento ha inevitabilmente reso più vulnerabili a varie malattie le persone che ad esso sono state esposte. I numerosi studi scientifici e relazioni a disposizione della Corte attestano l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività produttiva svolta dall'Ilva di Taranto e la compromissione della situazione sanitaria a Taranto e nei comuni limitrofi, nonché la permanenza di uno stato di criticità sanitaria nelle zone "ad alto rischio ambientale" e nel SIN (sito inquinato di interesse nazionale) di Taranto, dove il tasso di mortalità e ospedalizzazione per alcune patologie oncologiche, cardiovascolari, respiratorie e digestive è stato maggiore rispetto alla media regionale: «questo inquinamento ha quindi indubbiamente avuto conseguenze pregiudizievoli per il benessere dei ricorrenti interessati»⁴¹.

Altrettanto rilevanti, ai nostri fini, sono le considerazioni relative alla questione dell'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35, § 1 CEDU, peraltro connessa al diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 13). Sul punto, il Governo riteneva che i ricorrenti avrebbero potuto presentare una denuncia penale (tra l'altro, per disastro ambientale, ai sensi dell'articolo 452-*quater* c.p.) e poi costituirsi parti civili. Il Governo, inoltre, faceva riferimento ai due procedimenti penali pendenti, avviati nei confronti dei dirigenti della società Ilva, per affermare che le questioni sottoposte all'esame della Corte erano oggetto di procedimenti nazionali all'epoca ancora in corso; per quanto riguarda il primo di tali procedimenti, aggiungeva che otto ricorrenti si erano costituiti parti civili e che gli altri avrebbero ancora potuto fare altrettanto. Il Governo considerava inoltre che i ricorrenti avevano anche la possibilità di intentare varie azioni ai sensi del codice civile e delle disposizioni in materia ambientale, oltre ad un provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile e un'azione collettiva (*class action*) ai sensi della legge n. 15/2009. Infine, riteneva che i ricorrenti avrebbero potuto sollevare una questione di legittimità costituzionale nell'ambito di un procedimento giudiziario.

Rispetto a tali argomentazioni, i ricorrenti respingevano l'eccezione di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, precisando che nessuno dei rimedi richiamati dal Governo rispondeva alle loro doglianze. In particolare, essi sottolineavano che tali doglianze consistevano non nella rivendicazione di una riparazione economica, bensì nella denuncia della mancata adozione da parte dello Stato di misure amministrative e legislative volte a proteggere la loro salute e l'ambiente, da una parte, e nella contestazione dell'applicazione di misure che avevano permesso la continuazione, da parte della società Ilva, della sua attività inquinante, dall'altra. I ricorrenti, inoltre, affermavano che quelli tra loro che si sono costituiti parti civili nel procedimento n. 938/10 erano stati privati della possibilità di ottenere una compensazione, in quanto la società Ilva era stata posta in amministrazione straordinaria; inoltre, e contrariamente a quanto sostenuto dal Governo, gli altri ricorrenti non potevano più costituirsi parti civili in questo procedimento, in quanto i termini per farlo erano scaduti. Per quanto riguarda, poi, il procedimento n. 9693/14, i ricorrenti riferivano che il procuratore di Taranto ne aveva chiesto l'archiviazione, a causa, da una parte, del rinvio del termine per l'attuazione dell'AIA e, dall'altra, del riconoscimento dell'immunità alle parti in causa nell'ambito dei decreti "salva-Ilva". Per quanto riguarda l'articolo 452-*quater* c.p., i ricorrenti affermavano che esso era privo di effettività nel loro caso, in quanto, a loro parere, tale disposizione riguarda situazioni in cui, contrariamente a quella del caso di specie, i fatti si svolgono in assenza di un'autorizzazione legale o amministrativa. Essi aggiungevano che, in ogni caso, i tribunali interni fino ad allora avevano respinto le domande di risarcimento presentate in sede civile e condannato i richiedenti alle spese (il riferimento era alla sentenza del Tribunale di Taranto del 20 luglio 2016, n. 2375). Inoltre, essi ritenevano che neanche il ricorso amministrativo indicato dal Governo (art. 309, d.lgs. n. 152/2006) avrebbe avuto possibilità di successo poiché, a loro parere, il ministero dell'Ambiente sarebbe stato chiamato a mettere in discussione i decreti legge emessi dal Governo. Per di più, l'azione di annullamento di atti amministrativi (art. 29 del codice del processo amministrativo) non poteva essere esercitata per contestare dei decreti. Infine, i ricorrenti affermano

³⁹ Corte EDU, 09/06/2005 – Ricorso n. 55723/00 - *Fadeyeva c. Russia*.

⁴⁰ Tale qualità è stata, invece, esclusa per altri 19 ricorrenti, non residenti nelle zone interessate dalle emissioni dello stabilimento.

⁴¹ § 107 della sentenza: «*Cette pollution a ainsi indubitablement eu des conséquences néfastes sur le bien-être des requérants concernés*».

che un'azione collettiva non poteva porre rimedio alle loro doglianze in quanto essi chiedevano l'adozione di atti normativi, cosa, quest'ultima, che sarebbe espressamente esclusa dal d.lgs. n. 198/2009 che ha introdotto tale mezzo di ricorso.

Ebbene, nella sentenza in commento, la Corte EDU ritiene doversi respingere l'eccezione del Governo relativa al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne: le doglianze dei ricorrenti riguardano l'assenza di misure volte ad assicurare il disinquinamento del territorio in questione e, tenuto conto che il risanamento della zona interessata è un obiettivo perseguito da più anni dalle autorità competenti, ma senza successo, e considerati anche gli elementi presentati dai ricorrenti e l'assenza di precedenti giurisprudenziali pertinenti, la Corte ritiene che nessuna azione di natura penale, civile o amministrativa possa rispondere a tale obiettivo nel caso di specie. In particolare, in tale direzione conduce innanzitutto l'immunità penale e amministrativa accordata all'amministratore straordinario nell'attuazione delle misure raccomandate dal piano ambientale (immunità prevista dal decreto legge n. 1/2015), e l'estensione di tale immunità all'acquirente dello stabilimento. In secondo luogo, nell'ordinamento giuridico italiano il singolo non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale, potendo solo il giudice che esamina il merito di una causa adirla su richiesta di una parte o d'ufficio, sicché tale richiesta non può essere considerata un ricorso di cui la Convenzione esige l'esercizio. Infine, la Corte osserva che, secondo il decreto legislativo n. 152/2006, solo il Ministero dell'ambiente può chiedere il risarcimento del danno ambientale, mentre i privati possono soltanto invitarlo ad adire le autorità giudiziarie; da ciò deriva che, in ogni caso, i ricorsi previsti dalle disposizioni in questione non avrebbero permesso ai ricorrenti di far valere il pregiudizio derivante dai danni all'ambiente e, di conseguenza, che tali ricorsi non possono essere considerati ricorsi utili ai sensi dell'art. 35, § 1, CEDU.

Anche l'eccezione relativa all'assenza di pregiudizio importante (art. 35, § 3 b, CEDU), sollevata dal Governo e contestata dai ricorrenti, viene respinta dalla Corte, in quanto, alla luce degli elementi in base ai quali stabilire se la violazione di un diritto abbia raggiunto il livello minimo di gravità (e cioè la natura del diritto asseritamente violato, la gravità dell'incidenza della violazione dedotta nell'esercizio di un diritto e/o le conseguenze eventuali della violazione sulla situazione personale del ricorrente⁴²), la natura delle doglianze sollevate dai ricorrenti ed i numerosi rapporti scientifici che attestano l'impatto dell'inquinamento della società Ilva sull'ambiente e sulla salute delle persone portano a ritenere che la condizione dell'assenza di pregiudizio importante non sia soddisfatta.

3.2.2. Le indicazioni promananti dalle statuizioni sul merito dei ricorsi.

Nel merito, la Corte constata che vari studi scientifici, provenienti in gran parte da organismi statali e regionali e i cui risultati non sono oggetto di contestazione tra le parti, denunciano gli effetti inquinanti delle emissioni dello stabilimento Ilva di Taranto sull'ambiente e sulla salute delle persone. Tra i risultati degli studi, rientrano: l'esistenza di un nesso di causalità tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte dalla società Ilva e l'insorgenza di tumori dei polmoni e della pleura, nonché di patologie del sistema cardio-circolatorio, nelle persone residenti nelle zone interessate; l'esistenza di un nesso di causalità tra l'esposizione alle polveri sottili (PM10) e all'anidride solforosa (SO₂) di origine industriale, dovuta all'attività produttiva della società Ilva, e l'aumento della mortalità per cause naturali, tumori, malattie renali e cardiovascolari nelle persone residenti a Taranto; l'esistenza di un nesso tra le emissioni industriali della società Ilva e il pregiudizio sanitario nella regione di Taranto, ove permane una situazione di criticità sanitaria nella zona «ad alto rischio ambientale» e nel SIN di Taranto, in cui il tasso di mortalità e di ricovero per alcune patologie oncologiche, cardiovascolari, respiratorie e digestive era superiore rispetto alla media regionale.

In tale contesto, secondo la Corte EDU, nonostante i tentativi delle autorità nazionali di giungere al disinquinamento della zona interessata, i progetti fino ad allora messi a punto non hanno prodotto gli effetti auspicati: infatti, le misure raccomandate a partire dal 2012 nell'ambito dell'AIA allo scopo di migliorare l'impatto ambientale dello stabilimento non sono state realizzate; inoltre, la realizzazione del piano ambientale, approvato nel 2014, è stata prorogata al mese di agosto 2023, sicché la procedura che permette di raggiungere gli obiettivi di risanamento perseguiti si rivela di estrema lentezza. Per di più, il Governo è intervenuto più volte con misure urgenti (i decreti legge “salva-Ilva”) allo scopo di garantire la continuazione dell'attività di produzione dell'acciaieria, e questo nonostante la constatazione da parte delle autorità giudiziarie competenti, fondata su perizie chimiche ed epidemiologiche, dell'esistenza di gravi rischi per la salute e per l'ambiente, e ha anche introdotto un'immunità amministrativa e penale per le persone incaricate di garantire il rispetto delle prescrizioni in materia ambientale, ossia l'amministratore straordinario e l'acquirente della società. A ciò si aggiunge, infine,

⁴² Corte EDU, 18/10/2011 – Ricorso n. 13175/03 - *Giusti c. Italia*.

una situazione di incertezza derivante, da una parte, dal dissesto finanziario della società e, dall'altra, dalla possibilità, accordata all'acquirente, di posticipare l'attuazione del risanamento dello stabilimento.

In questa situazione, dunque, la Corte prende atto del protrarsi di una situazione di inquinamento ambientale che mette in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella di tutta la popolazione residente nelle zone a rischio, popolazione che, al momento della decisione, rimane priva di informazioni sull'attuazione del risanamento del territorio interessato, in particolare per quanto riguarda i ritardi nell'esecuzione dei relativi lavori.

Da qui il riconoscimento, da parte della Corte EDU, della violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto le autorità nazionali hanno omesso di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata, con la conseguenza che non è stato rispettato il giusto equilibrio da assicurare tra l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni all'ambiente che possano compromettere il loro benessere e la loro vita privata, da un lato, e l'interesse della società nel suo insieme, dall'altro.

Giova precisare che, come osserva la Corte, l'art. 8 CEDU non si limita a imporre allo Stato l'obbligo negativo di astenersi da ingerenze arbitrarie (art. 8, § 2), ma a questo obbligo negativo affianca obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita privata che si sostanziano nell'obbligo di adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo (art. 8, § 1). Nella sentenza *Cordella e altri c. Italia*, peraltro, la Corte EDU ritiene sostanzialmente indifferente il fatto di affrontare la questione sotto il profilo dell'obbligo di astensione da ingerenze arbitrarie o, al contrario, sotto quello dell'obbligo positivo di adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo, in quanto i principi applicabili sono assai simili: in entrambi i casi, infatti, si deve avere riguardo al giusto equilibrio da trovare tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme, con lo Stato che gode in ogni caso di un certo margine di apprezzamento quanto all'individuazione di tale equilibrio.

Non può, d'altra parte, trascurarsi l'importanza del fatto che la sentenza *Cordella e altri c. Italia* - ribadendo i principi in precedenza elaborati dalla Corte EDU, anche in relazione all'art. 2 CEDU, in tema di obblighi positivi di tutela in materia di esposizione a sostanze nocive da attività inquinanti⁴³ e adattandoli al caso di specie - abbia esplicitamente affermato che, al fine di rinvenire il giusto equilibrio tra i suddetti interessi concorrenti, lo Stato ha anzitutto l'obbligo positivo, in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività, e in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne; tale legislazione deve disciplinare l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione, nonché imporre a ogni persona interessata da quest'ultima l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa.

Tanto precisato, occorre aggiungere che, ad avviso della Corte, il complessivo sistema normativo italiano non permette di ritenere esistenti vie di ricorso utili ed effettive che permettano di sollevare, dinanzi alle autorità nazionali, doglianze relative all'impossibilità di ottenere misure che garantiscano il disinquinamento delle aree interessate da emissioni nocive dello stabilimento Ilva, con conseguente violazione dell'art. 13 CEDU.

3.2.3. Il risarcimento del danno.

Quantomeno deludenti appaiono le statuizioni della Corte in punto di risarcimento del danno.

In proposito, i ricorrenti del ricorso n. 54414/13 e quelli del ricorso n. 54264/15 chiedevano rispettivamente le somme di 100.000 euro e 20.000 euro ciascuno per il danno morale; inoltre, i ricorrenti del ricorso n. 54264/15 chiedevano una somma supplementare di 20.000 euro, sempre per il danno morale, per ciascuno di quelli, tra loro, che risultavano affetti da una patologia o che avevano perso un parente a causa delle emissioni nocive dello stabilimento Ilva.

La Corte EDU, in merito, dichiara che la constatazione di una violazione rappresenta di per sé un'equa soddisfazione sufficiente per il danno morale subito dai ricorrenti interessati e respinge la domanda di equa soddisfazione per il resto ⁴⁴.

⁴³ Cfr., ad esempio, Corte EDU (GC), 30/11/2004 - Ricorso n. 48939/99 - *Oneryildiz c. Turchia*; Corte EDU, 24/07/2014 - Ricorsi n. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11 - *Brincat e altri c. Malta*. Sui rapporti tra CEDU e tutela dell'ambiente, cfr. SCARCELLA, Alessio. "Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo". In: *Ambiente&Sviluppo*, n. 2/2013, p. 129-137.

⁴⁴ Quanto alle spese, la Corte EDU dichiara che l'Italia deve versare per ciascun ricorso, entro tre mesi a decorrere dal giorno in cui la sentenza sarà divenuta definitiva conformemente all'articolo 44 § 2 della Convenzione, la somma di 5.000 euro ai ricorrenti interessati, più l'importo eventualmente dovuto dagli stessi a titolo di imposta, e che, a decorrere dalla scadenza di

Si tratta di una statuizione che rappresenta una conseguenza della scelta della Corte di esaminare il caso sotto il solo profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare e non, come pure chiesto dai ricorrenti, sotto quello del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU*; sebbene legittima sul piano formale, tale scelta ha avuto quale ricaduta quella di una statuizione in punto di risarcimento che - a fronte della constatazione della Corte delle responsabilità dello Stato in ordine alla gravità della situazione sanitaria e al conseguenziale impatto sui diritti dei ricorrenti, la cui violazione la stessa Corte ha accertato - non risulta certamente muoversi nell'ottica di una effettiva e concreta tutela delle vittime.

3.2.4. *Questioni relative all'esecuzione della sentenza.*

La complessità del caso si è riverberata negativamente sull'esecuzione della sentenza.

In proposito, giova rilevare che i ricorrenti del ricorso n. 54264/15 chiedevano l'applicazione della procedura della sentenza pilota, tenuto conto del numero di persone potenzialmente colpite dalla situazione in causa, domandando l'adozione, da parte delle autorità italiane, delle misure legislative e amministrative necessarie al fine, da una parte, di far cessare le attività che sono all'origine delle violazioni che essi deducevano e, dall'altra, di eliminare le conseguenze derivanti da queste ultime. I ricorrenti chiedevano, in particolare, che le autorità nazionali procedessero alla sospensione immediata dell'attività più inquinante (ossia l'attività di sei settori dello stabilimento) e all'attuazione di un piano di decontaminazione dello stabilimento e dell'area limitrofa.

La Corte EDU, invece, tenuto conto di tutte le circostanze della causa e in particolare della complessità tecnica delle misure necessarie al risanamento della zona interessata, che rientra nella competenza delle autorità interne, non ha ritenuto necessario applicare la procedura della sentenza pilota, delegando il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa all'indicazione delle misure pratiche da adottare da parte dello Stato italiano per l'esecuzione della sentenza, ma, al contempo, sottolineandone l'urgenza e specificando che il piano ambientale approvato dalle autorità nazionali doveva essere messo in esecuzione il prima possibile.

Ebbene, con decisione del 5 marzo 2020⁴⁵, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa era già intervenuto per esortare le autorità italiane a garantire l'effettiva attuazione del piano ambientale, più volte rinviato, nonché a fornire, entro il 30 giugno 2020, una serie di informazioni riguardanti l'esecuzione della sentenza. Il Comitato dei Ministri, in particolare, chiedeva all'Italia di fornire aggiornamenti sui risultati raggiunti e sui tempi di attuazione delle misure rimanenti e informazioni circa la qualità dell'aria di Taranto e l'impatto dell'acciaieria sull'ambiente e la popolazione locale, nonché chiarimenti in merito alla immunità penale e amministrativa dei responsabili dell'attuazione del piano ambientale. Inoltre, invitava le autorità italiane ad informarlo rapidamente in merito alle misure, legislative o di altra natura, che esse intendevano adottare per risolvere il problema dell'assenza di rimedi efficaci in grado di riparare le violazioni accertate.

Con decisione dell'11 marzo 2021⁴⁶, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha censurato la mancata esecuzione della sentenza emessa dalla Corte EDU nel caso *Cordella e altri c. Italia*. Per quanto riguarda le misure generali necessarie affinché l'ex-Ilva di Taranto non continui a causare rischi per la salute dei residenti e per l'ambiente, il Comitato dei Ministri, in tale decisione, ha biasimato il Governo italiano per aver mancato di fornire le informazioni richieste in relazione all'attuazione del suddetto piano ambientale, più volte rinviato, rilevando che il Governo aveva trasmesso tardivamente un piano d'azione privo di qualsiasi informazione riguardante i tempi e i modi di attuazione del piano ambientale, rendendo quindi impossibile valutare l'impatto delle attività dello stabilimento sulla salute pubblica e sull'ambiente. Il Comitato dei Ministri ha di conseguenza chiesto nuovamente al Governo italiano di ricevere informazioni entro il 30 giugno 2021. Il Comitato dei Ministri, inoltre, nella medesima decisione, ha sottolineato con preoccupazione la persistente assenza nell'ordinamento interno di rimedi effettivi per far valere la violazione dell'art. 13 CEDU, accertata nella sentenza *Cordella e altri c. Italia*, tornando ad invitare le autorità italiane a colmare rapidamente tale lacuna dell'ordinamento interno.

Da ultimo, con decisione del 10 giugno 2022⁴⁷, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con riferimento alle misure generali, ha espresso soddisfazione circa le informazioni fornite dalle autorità italiane in relazione

detto termine e fino al versamento, tale importo dovrà essere maggiorato di un interesse semplice ad un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea applicabile durante quel periodo, aumentato di tre punti percentuali.

⁴⁵ Disponibile all'indirizzo: [https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:\[%22CM/Notes/1369/H46-13E%22%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:[%22CM/Notes/1369/H46-13E%22%22]}).

⁴⁶ Disponibile all'indirizzo [https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:\[%22CM/Del/Dec\(2021\)1398/H46-14E%22%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:[%22CM/Del/Dec(2021)1398/H46-14E%22%22]}).

⁴⁷ Disponibile all'indirizzo [https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:\[%22CM/Notes/1436/H46-11E%22%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/FRE#{%22EXECIdentifier%22:[%22CM/Notes/1436/H46-11E%22%22]}).

ai progressi realizzati nel 2021 nell'attuazione del piano ambientale, invitando le stesse autorità ad assicurarne il rapido completamento e a trasmettere, entro il 20 giugno 2023, dettagliate informazioni aggiornate, e ha notato con interesse le informazioni che mostrano una riduzione dell'impatto ambientale dello stabilimento e un sostanziale rispetto, negli ultimi quattro anni, delle soglie di emissione stabilite dalla normativa nazionale. Al contempo, però, il Comitato dei Ministri ha espresso preoccupazione circa il fatto che, in base alla valutazione dell'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente, il funzionamento dell'impianto ai livelli di produzione attualmente autorizzati potrebbe ancora creare un rischio per la salute pubblica, nonché circa il fatto che il rispetto dei valori soglia nazionali di inquinamento atmosferico potrebbe non essere sufficiente a escludere tale rischio, invitando di conseguenza le autorità ad affrontare questi aspetti attraverso una completa valutazione da parte di esperti, per verificare se lo stabilimento, nonostante il lavoro condotto nell'attuazione del piano ambientale, costituisca ancora una minaccia per la salute dei residenti e, in caso affermativo, per individuare i passi da compiere al fine di affrontare tale rischio.

Con riguardo alla mancanza di rimedi effettivi, il Comitato dei Ministri ha espresso interesse circa il fatto che la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile del 23 aprile 2020 (v. *supra*, par. 2) abbia riconosciuto il diritto di ciascun individuo ad agire davanti al giudice civile in relazione al danno (anche potenziale) causato da attività industriali inquinanti alla propria salute o proprietà; tuttavia, poiché l'esistenza di un rimedio effettivo o di una combinazione di rimedi deve essere sufficientemente certa, ha invitato le autorità a fornire, entro il 20 ottobre 2022, informazioni dettagliate sul contenuto di tale rimedio e a verificare se gli sviluppi giurisprudenziali in materia dimostrino effettivamente l'attitudine di tale rimedio a superare la violazione dell'art. 13 CEDU nonché, in caso negativo, ad adottare rapidamente misure atte a colmare tale lacuna, ad esempio assicurando ai soggetti che chiedono l'adozione di misure di disinquinamento la possibilità di adire direttamente il giudice amministrativo.

3.3. IL CASO *ARDIMENTO E ALTRI C. ITALIA*.

Le informazioni fornite dalle autorità italiane al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in merito all'esecuzione della sentenza *Cordella e altri c. Italia*, non sono peraltro valse all'Italia ad evitare una nuova condanna da parte della Corte EDU.

Con sentenza del 5 maggio 2022, *Ardimento e altri c. Italia*⁴⁸, infatti, la Corte EDU ha accertato il persistere delle violazioni dell'art. 8 e dell'art. 13 CEDU – già accertate nella sentenza *Cordella e altri c. Italia* – in quanto le autorità italiane hanno omesso e continuano ad omettere l'adozione di misure necessarie, rispettivamente, a tutelare la salute dei cittadini dagli effetti pregiudizievoli delle emissioni nocive dello stabilimento siderurgico e a predisporre rimedi effettivi per ottenere la bonifica dell'area coinvolta dall'inquinamento. Secondo la Corte, perdura la situazione di *impasse* in cui si trovano le autorità italiane nella gestione della questione ambientale rispetto alle attività produttive dello stabilimento siderurgico di Taranto, così come perdura la medesima situazione di grave inquinamento ambientale tale da mettere in pericolo non solo la salute dei ricorrenti, ma più in generale quella di tutta la popolazione residente nelle zone a rischio.

La Corte, inoltre, ha constatato che la procedura di esecuzione della sentenza *Cordella e altri c. Italia* è ancora pendente dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il quale, nella riunione 1398^o del 9-11 marzo 2021 (v. *supra*, par. 3.2.4), ha lamentato l'assenza di informazioni da parte del Governo italiano riguardanti l'esecuzione del piano ambientale, un elemento ritenuto essenziale dalla Corte EDU affinché l'acciaieria possa funzionare senza presentare dei rischi per la salute. La Corte, infine, ha reiterato l'urgenza di adottare le misure di risanamento e di esecuzione del piano ambientale approvate dalle autorità nazionali al fine di salvaguardare l'ambiente e la salute dei cittadini⁴⁹.

4. LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E DELLE PERSONE GIURIDICHE: GLI INTERVENTI DEL LEGISLATORE NAZIONALE.

La sussistenza, nel sistema CEDU, di obblighi positivi di tutela in relazione ai diritti dell'individuo suscettibili di essere violati a causa dell'esposizione a sostanze nocive derivanti da attività inquinanti, impone allo Stato, come si è visto (v. *supra*, par. 3.2.2), l'obbligo di dotarsi di una legislazione adattata alle specificità delle attività

⁴⁸ Corte EDU, 05/05/2022 - Ricorso n. 4642/17 - *Ardimento e altri c. Italia*.

⁴⁹ Giova sottolineare che nelle sentenze 05/05/2022 - Ricorsi n. 37277/16 *A.A. e altri c. Italia*, n. 48820/19 *Briganti e altri c. Italia* e n. 45242/17 *Perelli e altri c. Italia* - la Corte EDU è giunta alle medesime conclusioni cui è giunta nella sentenza *Ardimento e altri c. Italia*.

pericolose, e in particolare al livello di rischio che dalle stesse potrebbe derivarne. Non si può d'altra parte trascurare il dovere dello Stato di garantire strumenti adeguati affinché la suddetta legislazione, adottata al fine della protezione dei diritti, sia effettivamente messa in opera e una reazione adeguata sia assicurata in caso di violazione dei diritti tutelati.

In tale contesto, come lo stesso caso Ilva del resto dimostra, un adeguato sistema di responsabilità penale individuale e di corresponsabilizzazione degli enti collettivi e delle persone giuridiche costituisce con tutta evidenza un prerequisito indispensabile per la protezione delle vittime dei reati ambientali.

Da questo punto di vista, il sistema normativo italiano è stato a lungo inadeguato a prevenire e reprimere le più gravi forme di aggressione al bene ambiente e, correlativamente, alla salute.

La normativa in materia di tutela penale dell'ambiente per molti anni è consistita quasi esclusivamente in fattispecie contravvenzionali di pericolo presunto che sanzionano l'inosservanza della normativa ambientale di tipo amministrativo, punite con pene edittali blande e, soprattutto, sottoposte a regole generali, proprie del diritto penale sostanziale e processuale, che ne determinano una sostanziale inefficacia⁵⁰. Il riferimento è, ad esempio, ai brevi termini di prescrizione, che portano spesso all'estinzione del reato ambientale; alla possibilità di accedere alla sospensione condizionale della pena e, per le contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, rispettivamente alla oblazione comune o speciale; all'impossibilità, sul piano delle attività di indagine, di disporre intercettazioni telefoniche e ambientali.

Inoltre, è da notare come di questi reati ambientali non potessero rispondere gli enti collettivi e le persone giuridiche perché il d.lgs. n. 231/2001, che ha introdotto nell'ordinamento italiano la responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi e delle persone giuridiche per reati, tassativamente elencati, commessi nel loro interesse o a loro vantaggio, non ha inserito i reati ambientali tra quelli atti a far sorgere la responsabilità dell'ente; e ciò, si noti, nonostante la legge delega n. 300/2000 prevedesse invece l'inserimento di alcuni di tali reati nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente.

La giurisprudenza, per far fronte alla mancanza di fattispecie delittuose *ad hoc* contro i più gravi casi di inquinamento, applicava estensivamente alcune fattispecie codicistiche. Tra queste, come già ricordato (v. *supra*, par. 2), il delitto di cui all'art. 434 c.p., che punisce il «crollo di costruzioni o altri disastri dolosi», il cosiddetto «disastro innominato» da cui la giurisprudenza ha ricavato in via interpretativa la figura del «disastro ambientale» (contestato ad esempio nel caso Ilva come delitto scopo, insieme ad altri, del delitto di associazione per delinquere). Tale attività di supplenza da parte della giurisprudenza, tuttavia, è stata ampiamente criticata dalla dottrina, tra l'altro, per la ritenuta violazione del principio di tassatività o sufficiente determinatezza *ex art. 25 della Costituzione*⁵¹.

In tale complessivo quadro normativo, l'attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, ad opera del d.lgs. n. 121/2011, ha prodotto, sul versante delle incriminazioni, risultati marginali⁵². Ben più significativo l'inserimento, ad opera dello stesso d.lgs. n. 121/2011, di buona parte delle contravvenzioni ambientali nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti *ex d.lgs. n. 231/2001*, inserimento da tempo e da più parti auspicato come essenziale presidio sanzionatorio rispetto a una forma di criminalità che, nelle sue più frequenti e rilevanti manifestazioni, si presenta come criminalità d'impresa e di profitto.

Un passo importante nella direzione del superamento delle perduranti lacune di tutela, che caratterizzavano il sistema penale italiano rispetto a gravi episodi di inquinamento offensivi dell'ambiente, della vita e della salute

⁵⁰ Va peraltro sottolineato che, anche prima della legge n. 68/2015, esistevano in effetti nel sistema di tutela penale dell'ambiente anche alcune ipotesi delittuose, come tali punite con pene più elevate e sottoposte a regole generali diverse (ad esempio: a termini di prescrizione più lunghi): il delitto di «attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti», introdotto nel 2001 per far fronte al fenomeno delle cosiddette «ecomafie» e oggi previsto dall'art. 452-*quaterdecies* c.p., e il delitto di «combustione illecita di rifiuti», di cui all'articolo 256-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, introdotto nel 2014 per fare fronte al fenomeno della «Terra dei fuochi».

⁵¹ La questione è stata oggetto di una decisione della Corte Costituzionale - Corte costituzionale, sentenza 01/08/2008, n. 327 - che, nell'escludere l'illegittimità costituzionale per difetto di precisione del disastro innominato declinato come disastro ambientale, auspicava che il disastro ambientale formasse oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale.

⁵² Essenzialmente circoscritti all'introduzione di due nuove fattispecie contravvenzionali nel codice penale - l'uccisione, distruzione, prelievo o possesso di esemplari di specie animali e vegetali selvatiche protette (art. 727-*bis* c.p.) e la distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto (art. 733-*bis* c.p.) - in relazione a condotte contemplate dalla direttiva ma non previste come reato dalla legislazione italiana.

umana, è stato compiuto con la riforma recata dalla legge n. 68/2015⁵³.

La legge n. 68/2015, infatti, ha introdotto nel codice penale - in un nuovo titolo VI-bis - delitti contro l'ambiente, alcuni dei quali tipizzati come delitti di evento e, sotto il profilo dell'offesa, come reati di danno o di pericolo concreto. Sono stati così previsti i delitti di inquinamento ambientale (art. 452-bis c.p.), morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-ter c.p.), disastro ambientale (art. 452-quater c.p.), traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-sexies c.p.), impedimento del controllo (art. 452-septies c.p.), omessa bonifica (art. 452-terdecies c.p.)⁵⁴. Tali delitti si affiancano alle preesistenti fattispecie contravvenzionali⁵⁵.

La legge n. 68/2015, inoltre, ha incluso alcuni dei delitti dalla stessa legge introdotti (artt. 452-bis, 452-quater, 452-quinquies e 452-sexies c.p.) e i delitti di cui agli art. 416 e 416-bis c.p. aggravati ai sensi dell'art. 452-octies c.p. (v. *infra*), nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001.

La legge n. 68/2015, peraltro, non si è limitata ad introdurre nuove incriminazioni e a prevedere (parzialmente) la relativa responsabilità degli enti, ma ha anche recato ulteriori innovazioni.

In primo luogo, sono state previste una serie di circostanze attenuanti e aggravanti ispirate, per ciò che concerne le attenuanti, ad una logica premiale e, al contempo, all'obiettivo di far prevalere le esigenze di effettività di tutela del bene ambiente su quelle della concreta inflizione della pena⁵⁶ e, per ciò che concerne le aggravanti, alla volontà, in effetti non sempre adeguatamente giustificata da un punto di vista delle opzioni di politica criminale⁵⁷, di inasprire il trattamento sanzionatorio nel caso di reati (anche non ambientali) commessi, tra l'altro, allo scopo di eseguire uno o più delitti ambientali⁵⁸ e nel caso di reati associativi (di tipo comune o mafioso)

⁵³ Sulla legge n. 68/2015, nell'ambito di una letteratura estremamente vasta, cfr., ad esempio e con accenti diversi, CATENACCI, Mauro. "L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre". In: *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2/2015, p. 32 ss.; Siracusa, Licia, "La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta quasi "epocale" per il diritto penale dell'ambiente". In: *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2/2015, p. 198 ss.; Padovani, Tullio. "Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente". In: *Guida al Diritto*, n. 32/2015, p. 10 ss.; Ruga Riva, Carlo, 2015. *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino: Giappichelli; *ib.*, 2021. *Diritto penale dell'ambiente*. Torino: Giappichelli; Amarelli, Giuseppe. "I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa". In: *Cassazione Penale*, 2016, p. 405 ss.; D'Alessandro, Francesco. "La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro". In: *Jus*, n. 1/2016, p. 99 ss.; Palazzo, Francesco. "I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente". In: *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2018, p. 329 ss.; Severino, Paola. "Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori". In: *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2018, p. 190 ss.; CORNACCHIA, Luigi, PISANI, Nicola (diretto da), 2018. *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*. Bologna: Zanichelli. Sia inoltre consentito il rinvio a VAGLIASINDI, Grazia Maria. "Dalla direttiva 2008/99/CE alla legge n. 68/2015: le traiettorie europee in materia di tutela penale dell'ambiente e l'impatto sul diritto penale ambientale nazionale". In: A.M. Maugeri, V. Scalia, G.M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica. Tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*. Pisa: IUS Pisa University Press, 2019, p. 89 ss., da cui sono tratte le considerazioni contenute in questo paragrafo.

⁵⁴ Va ricordato che, per i delitti di cui al titolo VI-bis c.p., sono previsti termini di prescrizione raddoppiati (art. 157, comma 6, c.p.). Per alcuni di tali delitti (artt. 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 452-quaterdecies c.p.), inoltre, è prevista l'applicazione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-quater c.p.).

⁵⁵ Ed ai preesistenti delitti di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e di combustione illecita di rifiuti.

⁵⁶ L'art. 452-decies c.p., rubricato «Ravvedimento operoso», stabilisce in particolare che «1. Le pene previste per i delitti di cui al presente titolo, per il delitto di associazione per delinquere di cui all'articolo 416 aggravato ai sensi dell'articolo 452-octies, nonché per il delitto di cui all'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, sono diminuite dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi, e diminuite da un terzo alla metà nei confronti di colui che aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti. 2. Ove il giudice, su richiesta dell'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado disponga la sospensione del procedimento per un tempo congruo, comunque non superiore a due anni e prorogabile per un periodo massimo di un ulteriore anno, al fine di consentire le attività di cui al comma precedente in corso di esecuzione, il corso della prescrizione è sospeso».

⁵⁷ Gli aggravamenti di pena previsti per i reati associativi finalizzati alla commissione di delitti ambientali rappresentano evidentemente un presidio normativo volto a contrastare il coinvolgimento di gruppi criminali organizzati nella commissione di reati ambientali; non può d'altra parte essere trascurato che, se guardati nell'ottica della complessiva coerenza del sistema penale, tali aggravamenti di pena non si sottraggono all'impressione di una mancanza di ragionevolezza rispetto al caso di reati associativi finalizzati alla commissione di delitti altrettanto (o più) gravi di quelli ambientali.

⁵⁸ L'art. 452-novies c.p., rubricato «Aggravante ambientale», stabilisce in particolare che: «Quando un fatto già previsto come

finalizzati alla commissione di delitti ambientali (ovvero, nel caso dell'associazione di tipo mafioso, anche all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale), con un ulteriore aggravamento di pena nel caso in cui l'associazione (sia di tipo comune sia di tipo mafioso) veda il coinvolgimento di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio⁵⁹.

Viene, poi, valorizzata la confisca, quale fondamentale strumento di contrasto, tanto sotto il profilo della deterrenza quanto sotto quello sanzionatorio, nei confronti di questa forma di criminalità di profitto⁶⁰.

Ancora, ad una logica di effettività della tutela ambientale sono ispirati gli obblighi di recupero e di ripristino ambientali quali conseguenze della condanna per uno dei delitti ambientali⁶¹. Analogamente è da dirsi, infine, per l'ulteriore innovazione recata dalla legge n. 68/2015, e cioè l'introduzione nel d.lgs. n. 152/2006 di una nuova parte *VI-bis* recante la disciplina di una speciale causa di estinzione di alcune delle contravvenzioni ambientali, previste dallo stesso d.lgs. n. 152/2006, a seguito dell'adempimento, da parte del contravventore, delle prescrizioni appositamente impartite (dall'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, ovvero dalla stessa polizia giudiziaria) e asseverate tecnicamente (dall'ente specializzato competente nella materia trattata) al fine di rimuovere la situazione potenzialmente inquinante e del pagamento di una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione⁶². Tale meccanismo mira a realizzare

reato è commesso allo scopo di eseguire uno o più tra i delitti previsti dal presente titolo, dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, o da altra disposizione di legge posta a tutela dell'ambiente, ovvero se dalla commissione del fatto deriva la violazione di una o più norme previste dal citato decreto legislativo n. 152 del 2006 o da altra legge che tutela l'ambiente, la pena nel primo caso è aumentata da un terzo alla metà e nel secondo caso è aumentata di un terzo. In ogni caso il reato è procedibile d'ufficio.».

⁵⁹ L'art. 452-*octies* c.p., rubricato «Circostanze aggravanti», stabilisce in particolare che: «1. Quando l'associazione di cui all'articolo 416 è diretta, in via esclusiva o concorrente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, le pene previste dal medesimo articolo 416 sono aumentate. 2. Quando l'associazione di cui all'articolo 416-bis è finalizzata a commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo ovvero all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale, le pene previste dal medesimo articolo 416-bis sono aumentate. 3. Le pene di cui ai commi primo e secondo sono aumentate da un terzo alla metà se dell'associazione fanno parte pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio che esercitano funzioni o svolgono servizi in materia ambientale.».

Giova sottolineare che, come nota Amarelli, Giuseppe. «I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa». In: *Cassazione Penale*, 2016, p. 405 ss., p. 422 s., l'inserimento, ad opera della legge n. 68/2015, dell'art. 452-*octies* nel catalogo dei reati ambientali presupposto della responsabilità degli enti - art. 25-*undecies*, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 231/2001, in base al quale «(...) si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: (...) per i delitti associativi aggravati ai sensi dell'articolo 452-*octies*, la sanzione pecuniaria da trecento a mille quote» - ha, paradossalmente, l'effetto di indebolire la risposta sanzionatoria, e ciò in quanto il trattamento sanzionatorio previsto per tale ipotesi è meno severo di quello previsto dall'art. 24-*ter* (sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote e sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno).

⁶⁰ L'art. 452-*undecies* c.p. introduce una nuova ipotesi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, nel caso di condanna o patteggiamento per i delitti ambientali. La confisca potrà essere evitata dall'imputato soltanto provvedendo efficacemente alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi (art. 452-*undecies*, comma, 4, c.p.). L'art. 452-*undecies*, comma 3, c.p. prevede la destinazione delle somme confiscate alle amministrazioni competenti al fine dell'utilizzo per opere di risanamento ambientale; per tal via, la disposizione aggiunge alle tradizionali finalità del provvedimento ablativo profili di tutela effettiva del bene ambiente.

⁶¹ In particolare, l'art. 452-*duodecies* c.p. prevede l'ordine di recupero e, ove tecnicamente possibile, di ripristino dello stato dei luoghi, da porre a carico del condannato (ovvero, in caso di sua insolvibilità, delle persone giuridiche indicate dall'art. 197 c.p.) come statuizione obbligatoria del giudice che pronuncia condanna od omologa il patteggiamento per uno dei delitti previsti dal nuovo titolo *VI-bis* c.p.

⁶² In particolare, l'art. 318-*ter*, d.lgs. n. 152/2006, prevede che, allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata, l'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, ovvero la stessa polizia giudiziaria, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione, asseverata tecnicamente dall'ente specializzato competente nella materia trattata, fissando per la regolarizzazione un termine non superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario. Il successivo art. 318-*quater* prevede la verifica dell'adempimento. Quando risulta l'ottemperanza del contravventore alla prescrizione impartitagli, l'organo accertatore ammette quest'ultimo a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione. Entro centoventi giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione nonché l'eventuale pagamento della predetta somma. A tal fine, è prevista (dall'art. 318-*septies*, d.lgs. n. 152/2006) una particolare ipotesi di estinzione del reato: la contravvenzione si estingue se il contravventore adempie la prescrizione impartita dall'organo di vigilanza nel termine ivi fissato e provvede al pagamento della somma suddetta. In tale evenienza il pubblico ministero richiede l'archiviazione se la contravvenzione è estinta per effetto di questa oblazione extraprocessuale. Ove sia mancato l'adempimento

un effetto deflattivo dei processi per reati ambientali e, allo stesso tempo, ad incentivare l'adeguamento degli impianti inquinanti anche mediante l'adempimento, seppur tardivo, delle prescrizioni a tal fine impartite dall'organo di vigilanza⁶³. Da quest'ultimo punto di vista, il meccanismo di estinzione di alcune delle contravvenzioni previste dal d.lgs. n. 152/2006 fa opportunamente prevalere l'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela dell'ambiente, attraverso un sia pur successivo adeguamento alla normativa di carattere amministrativo a ciò deputata.

Per quanto non scevra da criticità⁶⁴, la legge n. 68/2015 ha dunque definitivamente consacrato la rilevanza dell'ambiente quale bene giuridico meritevole di protezione giuridico-penale, come anche simbolicamente evidenziato dalla collocazione nel codice penale delle nuove fattispecie delittuose, e ha introdotto strumenti normativi specificamente tarati sulle modalità e sull'intensità dell'aggressione al bene ambiente e sulla valorizzazione dell'obiettivo ultimo della salvaguardia e del ripristino dello stato dell'ambiente.

5. RILIEVI CONCLUSIVI E PROSPETTIVE DE LEGE FERENDA.

L'analisi sin qui condotta mostra, innanzitutto, come il sistema di tutela dei diritti fondamentali della CEDU possa potenzialmente offrire rilevanti, ancorché incompleti (v. *infra*), strumenti di tutela delle vittime dei reati ambientali.

Come ribadito dalla sentenza *Cordella e altri c. Italia*, infatti, in tale sistema i danni gravi arrecati all'ambiente sono ritenuti poter compromettere il benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo tale da nuocere alla loro vita privata, e ciò ogniqualvolta un rischio ambientale, per l'intensità e la durata delle emissioni inquinanti e per le conseguenze fisiche o psicologiche di queste ultime sulla salute o sulla qualità di vita dell'interessato, raggiunge un livello di gravità che riduce notevolmente la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare. Peraltro, l'art. 8 CEDU non si limita a imporre allo Stato l'obbligo negativo di astenersi da ingerenze arbitrarie (art. 8, § 2), ma a questo obbligo negativo affianca obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita privata che si sostanziano nell'obbligo di adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo (art. 8, § 1). In entrambi i casi, si deve avere riguardo al giusto equilibrio da trovare tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme, con lo Stato che gode in ogni caso di un certo margine di apprezzamento quanto all'individuazione di tale equilibrio. A tal fine, lo Stato ha anzitutto l'obbligo positivo, in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività, e in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne; tale legislazione deve disciplinare l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione, nonché imporre a ogni persona interessata da quest'ultima l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa.

Evidente, dunque, il possibile apporto alla questione relativa alla tutela delle vittime dei reati ambientali - e più in generale alla questione dei rapporti tra ambiente e salute, da una parte, e tutela delle attività produttive, dall'altra - che si rinviene sul piano della tutela dei diritti umani, piano che chiama con forza il gioco il ruolo della responsabilità dello Stato; si tratta, del resto, di un esito coerente con la natura, richiamata in apertura del presente lavoro (v. *supra*, par. 2), dell'ambiente come bene giuridico superindividuale o interesse diffuso, cioè diritto individuale che assume rilevanza pubblica e, in quanto tale, è tutelato dallo Stato.

La tutela offerta dalla CEDU, peraltro, appare non del tutto efficace.

Da un lato, infatti, la stessa vicenda Ilva mostra come le scelte della Corte EDU, ed in particolare il rifiuto di adottare la procedura della sentenza pilota e il ritenere che le constatazioni di violazione della Convenzione

mento tempestivo, è però possibile quello tardivo. In proposito, l'art. 318-*septies*, comma 3, stabilisce che l'adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma che comunque risulta «congruo», ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza, sono comunque valutati ai fini dell'oblazione ai sensi dell'art. 162-*bis* c.p. In tal caso, la somma da versare è ridotta alla metà del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione.

⁶³ Corte Costituzionale, sentenza 19/04/2019, n. 76.

⁶⁴ Per un esame delle quali si rinvia a VAGLIASINDI, Grazia Maria. "Dalla direttiva 2008/99/CE alla legge n. 68/2015: le traiettorie europee in materia di tutela penale dell'ambiente e l'impatto sul diritto penale ambientale nazionale". In: A.M. Maugeri, V. Scalia, G.M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica. Tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*. Pisa: IUS Pisa University Press, 2019, p. 89 ss., p. 109 ss.

alle quali è giunta costituiscano una riparazione sufficiente per il danno morale subito dai ricorrenti, rendano nella sostanza più apparente che reale la tutela delle vittime. Tra le altre cose, appare emblematica, in questo senso, la mancata esecuzione della sentenza *Cordella e altri* e il permanere delle violazioni ivi riscontrate constatato dalla recente sentenza *Ardimento e altri c. Italia*.

D'altro lato, e in certa misura correlativamente, la scelta della Corte EDU di non affrontare le questioni delle conseguenze delle emissioni inquinanti sotto il profilo della tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) - che, *de lege lata*, nel caso Ilva pare invece poter venire in rilievo nella sua declinazione di messa in serio pericolo della vita - contribuisce al carattere non adeguato della tutela delle vittime dei reati ambientali. Si pensi, tra l'altro, all'ampiezza degli obblighi di incriminazione in relazione al diritto alla vita, obblighi che, in relazione al caso Ilva, avrebbero potuto condurre a mettere in discussione la legittimità delle immunità penali e amministrative previste dai decreti "salva-Ilva"; si pensi, ancora, al profilo del risarcimento del danno, che, in caso di violazione del diritto alla vita (anche in termini di messa in serio pericolo di quest'ultima), difficilmente potrebbe esaurirsi nella mera constatazione della violazione della Convenzione; si pensi, infine, alle misure per l'esecuzione della sentenza, che, in caso di accertata violazione del diritto alla vita, consisterebbero nell'apprestare tutte le misure capaci di ridurre i rischi per la vita ad un livello vicino allo zero, con il margine di apprezzamento dello Stato limitato alla scelta delle misure concrete da adottare per raggiungere tale scopo.

Più in generale, in prospettiva *de lege ferenda*, lo stesso caso Ilva mostra la necessità di ritornare sulla questione dell'introduzione del "diritto ad un ambiente salubre", autonomo rispetto al diritto alla vita e a quello alla vita privata e familiare, quale diritto fondamentale nel sistema di tutela apprestato dalla CEDU.

A quest'ultimo proposito, e spostandoci così sul piano nazionale, è importante sottolineare come, con la legge costituzionale n. 1/2022, il legislatore italiano abbia introdotto un nuovo terzo comma nell'art. 9 della Costituzione in base al quale, tra l'altro, la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.». Inoltre, la stessa legge ha modificato l'art. 41 della Costituzione, che oggi stabilisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno, tra l'altro, alla salute e all'ambiente e include i fini ambientali tra quelli per perseguire i quali la legge determina i programmi e i controlli opportuni per indirizzare l'attività economica pubblica e privata.

Sebbene la Corte costituzionale negli anni fosse già giunta all'affermazione del valore della tutela dell'ambiente come bene unitario attraverso una lettura sistematica degli artt. 9 (tutela del paesaggio) e 32 (tutela della salute) della Costituzione, l'esplicita rilevanza oggi attribuita all'ambiente, soprattutto attraverso la modifica dell'art. 9, disposizione che è inserita tra i principi fondamentali, ne sancisce il valore fondamentale e il carattere di bene costituzionalmente protetto.

Si tratta di un intervento di grande rilievo sia nella prospettiva del ruolo e della responsabilità dello Stato in questa materia sia in quella delle ricadute in termini di responsabilità degli individui e delle persone giuridiche.

A quest'ultimo proposito, non può non valutarsi con favore la rivisitazione del sistema dei reati ambientali, recata dalla legge n. 68/2015, e del connesso meccanismo della responsabilità da reato delle persone giuridiche e degli enti collettivi, iniziata con il d.lgs. n. 121/2011 e portata avanti con la stessa legge n. 68/2015: sebbene diverse questioni restino aperte (si pensi alla possibilità di costituirsi parte civile nel processo a carico dell'ente), l'irrobustimento dell'apparato sanzionatorio e l'introduzione di fattispecie delittuose volte a punire severamente le condotte più gravi in termini di offesa al bene ambiente, insieme alla corresponsabilizzazione degli enti ex d.lgs. n. 231/2001, pare un passaggio fondamentale nella prospettiva della valorizzazione del ruolo della responsabilità degli individui e delle persone giuridiche nella tutela delle vittime dei reati ambientali.

Contestualmente, con altrettanto favore è da valutare la generale tendenza del sistema normativo penale italiano che, per lo più sotto l'impulso di istanze sovranazionali, nel corso degli ultimi anni è passato da una tendenziale indifferenza nei confronti della vittima del reato all'idea della vittima come protagonista del discorso penalistico, idea, questa, da ultimo concretizzatasi nella disciplina organica della giustizia riparativa introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 e nella valorizzazione della vittima che essa sottende.

In questa prospettiva, l'esame delle questioni attraverso la lente metodologica dell'aporofobia, nel porre la vittima al centro delle analisi in tema di criminalità economica, costituisce un importante grimaldello sul quale far leva per individuare fondamento, modalità e contenuti di ulteriori miglitorie da recare al complessivo sistema normativo in prospettiva *de iure condendo*.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMARELLI, Giuseppe. “I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa”, in *Cassazione Penale*, 2016, p. 405-424.
- ANDREAS, Peter. “Transnational Crime and Economic Globalization”. In: Mats Berdal and Mónica Serrano (a cura di). *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*. Boulder: Lynne Rienner, 2002, p. 37-52.
- BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, PEREZ CEPEDA, Ana (a cura di). *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho penal en clave anti-aporofobia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- CATENACCI, Mauro. “L’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre”, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2/2015, p. 32-47.
- CORNACCHIA, Luigi, PISANI, Nicola (diretto da), 2018. *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*. Bologna: Zanichelli.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.
- D’ALESSANDRO, Francesco. “La tutela penale dell’ambiente tra passato e futuro”. In: *Jus*, n.1/2016, 83-111.
- ELLIOT, Lorraine, SCHAEDELA, William H. (a cura di). *Handbook of Transnational Environmental crime*. Cheltenham UK, Northampton USA: Edward Elgar, 2016.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, 2019. *Diritto penale Parte Generale*. Bologna: Zanichelli.
- GRECO, Chiara. “Lo “scudo penale” dell’Ilva tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali”, in *La Legislazione penale* [data di consultazione: 15/10/2022] 08/05/2020, p. 1-31. Disponibile all’indirizzo: <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/05/Greco-approfondimenti.pdf>.
- MAGLIARO, Letizio. “La vittima del reato nel processo penale”, in *Questione Giustizia*, ottobre 2019 (speciale), p. 106-126.
- MARTINEZ-ALIER, Joan, 2002. *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*. Cheltenham UK, Northampton USA: Edward Elgar.
- PADOVANI, Tullio. “Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente”, in *Guida al Diritto*, n. 32/2015, p. 10 ss.
- PALAZZO, Francesco. “I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell’ente”, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2018, p. 329-334.
- RUGA RIVA, Carlo, 2015. *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015*, n. 68, Torino: Giappichelli.
- RUGA RIVA, Carlo, 2021. *Diritto penale dell’ambiente*. Torino: Giappichelli.
- RUIZ ARIAS, Miriam. “La víctima del delito ambiental: estudio desde la aporofobia”, in *Justicia*, 20/02/2022 [data di consultazione: 15/10/2022]. Disponibile all’indirizzo: <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/4891/5451#toc>.
- SAIPENS, Toine, WHITE, Rob, HUISMAN, Wim (a cura di). *Environmental Crime in Transnational Context*. London: Routledge, 2016.
- SCARCELLA, Alessio. “Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell’ambiente: i principali “filoni” della Corte di Strasburgo”, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 2/2013, p. 129-137.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. “Exclusión Social y Criminalidad”, in *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, p. 587-617.
- SEVERINO, Paola. “Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori”, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2018, p. 190-195.
- SIRACUSA, Licia, “La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta quasi “epocale” per il diritto penale dell’ambiente”, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, p. 197-224.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, 2020. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Ed. J.M Bosch.

VAGLIASINDI, Grazia Maria. “Dalla direttiva 2008/99/CE alla legge n. 68/2015: le traiettorie europee in materia di tutela penale dell’ambiente e l’impatto sul diritto penale ambientale nazionale”. En: A.M. Maugeri, V. Scalia, G.M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica. Tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell’Unione Europea*. Pisa: IUS Pisa University Press, 2019, p. 89-121.

VERRI, Paolo, 2007. “Le ecomafie: crimini senza vittime?”, en *Diritto all’ambiente*, 15 giugno [data di consultazione: 15/10/2022], p. 1-18. Disponibile all’indirizzo: http://dirittoambiente.net/file/vari_articoli_132.pdf.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. “El Derecho penal frente a la aporofobia”, en *CRIMINALIA. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, dicembre 2020 (commemorativa), p. 301-316.

VOZZA, Donato. “Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale”, en *Dir. pen. cont.* – Riv. Trim., n. 2/2016, p. 41-53.

WHITE, Rob, 2011. *Transnational Environmental Crime. Toward an eco-global criminology*. London: Routledge.

ZIRULIA, Stefano. “Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva. Nota a C. eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia”, en *Dir. pen. cont.* – Riv. Trim., n. 3/2019, p. 135-162.

ZIRULIA, Stefano. “La (perenne) crisi dell’Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro”, en *Sistema penale* (18 novembre 2019).

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**LA DECISIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA STS 607/2020, DE 13 DE
NOVIEMBRE Y SU NECESARIO EXAMEN DESDE EL DERECHO
A LA LEGALIDAD PENAL, EX ART. 25 CE Y 7 CEDH, CON MOTIVO DE LA
NATURALEZA PUNITIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO**

**THE DECISION ON THE IMPRESCRIPTIBILITY OF THE SUPREME
COURT RULING 607/2020, OF 13 NOVEMBER AND ITS NECESSARY
EXAMINATION FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO
CRIMINAL LEGALITY, EX ART. 25 EC AND 7 ECHR, ON THE GROUNDS
OF THE PUNITIVE NATURE OF THE EX DELICTO CIVIL LIABILITY**

Cristina del Alcázar Viladomiu

*Profesora Asociada
Universidad Pompeu Fabra*

RESUMEN:

El presente artículo tiene por objeto examinar si la decisión del Tribunal Supremo de declarar imprescriptible la responsabilidad civil ex delicto es respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad penal, ex art. 25 CE y art. 7 CEDH. Existen razones normativas y jurisprudenciales que llevan a considerar que a día de hoy la responsabilidad civil ex delicto no es una obligación puramente civil sino que es un instituto que tiene dimensión punitiva, y, por tanto, son de aplicación las garantías del art. 25 CE y 7 CEDH. El Tribunal Supremo no considera tales garantías en su decisión de imprescriptibilidad con motivo de que parte de la postura inmovilista de que la rc ex delicto tiene naturaleza civil carente de cualquier contenido sancionador. El presente trabajo trata de fundamentar la postura contraria, y en base a la misma, determinar si la decisión de imprescriptibilidad es acorde o no con el art. 25 CE y 7 CEDH..

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to examine whether the Supreme Court's decision to declare civil liability ex delicto imprescriptible is respectful of the fundamental right to criminal legality, ex Art. 25 EC and Art. 7 ECHR. There are normative and jurisprudential reasons that lead us to consider that nowadays civil liability ex delicto is not a purely civil obligation but rather a legal principle that has a punitive dimension and, therefore, the guarantees of Art. 25 EC and 7 ECHR are applicable. The Supreme Court does not consider such guarantees in its decision on imprescriptibility because it is based on the immobilist position that civil liability ex delicto is of a civil nature, devoid of any punitive content. This paper attempts to support the contrary position and, on the basis of this, to determine whether or not the decision on imprescriptibility is in accordance with Art. 25 EC and 7 ECHR.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad civil derivada del delito, derechos fundamentales, proceso penal, cumplimiento de penas, prescripción, retroactividad.

KEYWORDS:

Civil liability arising from crime, fundamental rights, criminal proceedings, enforcement of sentences, prescription, retroactivity.

SUMARIO:

1. PUNTO DE PARTIDA: SOBRE EL CONTENIDO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA STS 607/2020 DE 13 DE NOVIEMBRE. 1.1 Sobre el supuesto de hecho e iter procesal: contenido fáctico de la sentencia. 1.2 Sobre la decisión y su razonamiento: contenido jurídico de la sentencia. 2. SOBRE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO. 2.1 La naturaleza civil de la Responsabilidad Civil ex delicto. 2.2 Naturaleza penal de la rc ex delicto. 2.3 Toma de postura: la Responsabilidad Civil ex delicto tiene dimensión punitiva. 3. LA DECISIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD A LA LUZ DEL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL. 3.1 Breve consideración: denominadores comunes del art. 25 CE y art. 7 CEDH. 3.2 La decisión de imprescriptibilidad a la luz del derecho fundamental, ex art. 25 C. 3.3 La decisión de imprescriptibilidad a la luz derecho del art. 7 CEDH. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. PUNTO DE PARTIDA: SOBRE EL CONTENIDO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA STS 607/2020 DE 13 DE NOVIEMBRE

El juicio de respeto a derechos fundamentales no puede efectuarse en abstracto. Si una decisión es acorde o no con el art.25 CE y 7 CEDH debe determinarse a partir de las circunstancias concretas del caso resuelto, más allá de que la resolución judicial asiente premisas de carácter general con vocación nomofiláctica. Conforme a ello, procede exponer el supuesto de hecho e iter procesal sobre el que se pronuncia la STS 607/2020, de 13 de noviembre.

SOBRE EL SUPUESTO DE HECHO E ÍTER PROCESAL: CONTENIDO FÁCTICO DE LA SENTENCIA

Los hechos sobre los que se pronuncia la sentencia son los siguientes: en fecha 12 de mayo de 2001 se condenó a un ciudadano como autor de incendio forestal y, entre otros pronunciamientos, se le condenó a abonar a la Generalitat de Catalunya la cantidad de 22.301.372 pesetas en concepto de responsabilidad civil (en adelante *rc ex delicto*). La sentencia devino firme el 17 de septiembre de 2001 y en fecha 20 de noviembre de 2011 el penado fue requerido de pago. En fecha 22 de noviembre de 2016, más de quince años después del requerimiento de pago y sin que durante este tiempo se hubiera realizado ninguna actuación dirigida a la exacción de la *rc ex delicto*, la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado (Audiencia Provincial Sección 5ª) declaró prescrita la *rc ex delicto*.

Contra dicho auto, el Ministerio Fiscal y el Abogado de la Generalitat presentaron recurso de apelación. En fecha 19 de marzo de 2018 el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (en adelante TSJ Catalunya) dictó auto estimando el recurso y declarando imprescriptible la *rc ex delicto*.

Contra el auto del TSJ Catalunya, el penado interpuso recurso de casación únicamente por infracción de ley (849.1 LECrim) con motivo de que le estaba vetado el recurso de casación por infracción de precepto constitucional. El recurso se centró en la aplicación de normas civiles en materia de prescripción (1930, 1932, 1961, 1964, 1971 CC)¹.

SOBRE LA DECISIÓN Y SU RAZONAMIENTO: CONTENIDO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Tribunal Supremo, cumpliendo con la función nomofiláctica del mismo, resuelve una cuestión interpretativa controvertida con posturas diametralmente opuestas.

Por un lado, la decisión del auto de la Magistrada-Presidenta de declarar prescrita la *rc ex delicto* descansa sobre la premisa esencial de que la ejecutoria es un nuevo y auténtico título judicial que determina que se ejerza una nueva acción civil dirigida a la ejecución de la *rc ex delicto* declarada en sentencia. Correlativamente, el auto sostiene que en la medida que la ejecutoria es un nuevo título judicial que determina una nueva acción civil, el auto de firmeza e inicio de ejecución constituye el dies a quo para ejercer la acción para materializar y ejecutar el cumplimiento de la *rc ex delicto*, siendo de aplicación el art. 1930 y art. 1964 CC. Si no se ejerce esa acción para ejecutar la *rc ex delicto* prescribe en el plazo previsto por ley entonces la misma prescribe.

Por otro lado, en contraposición a dicha postura, el TSJ Catalunya expresa que, una vez la sentencia condenatoria declara condenar al pago de responsabilidad civil, la acción civil ya se ha ejercitado por el ciudadano y, por tanto, ninguna acción civil más debe ejercitarse: si no hay acción a ejercitar no hay prescripción de tal acción. En apoyo a dicha tesis sostiene que, a diferencia del proceso civil que sí exige al ciudadano que ejerza acción para la ejecución de responsabilidad civil declarada en sentencia (549 LEC), en el proceso penal la ejecución de la *rc ex delicto* es de oficio (984 LECrim). La decisión del auto se fundamenta exclusivamente en términos de normas civiles y razonamientos relacionados con otras figuras y acciones del derecho privado, proclamando el auto, como eje vertebral de todo su razonamiento, que la *rc ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercida simultáneamente junto con la acción penal, declarando expresamente que tiene un carácter exclusivamente patrimonial no sancionador y, por tanto, se rige por normas civiles no siendo de aplicación las garantías y principios del proceso penal².

Frente a ese doble escenario interpretativo descrito ut supra, el Tribunal Supremo confirma la decisión del TSJ Catalunya consistente en que la *rc ex delicto* no había prescrito porque es imprescriptible.

La STS 607/2020, de 13 de noviembre parte de la premisa de que era jurisprudencia pacífica que si una ejecu-

¹ Fundamento de derecho primero de la STS 607/2020, de 13 de noviembre.

² Fundamento de derecho quinto 1 del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala Civil y Penal) 38/2018, de 19 de marzo.

toria estaba paralizada durante 15 años la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de la sentencia prescribía, ex art. 1964 y 1971 CC. Sin embargo, la sentencia expresa que, en vistas de las modificaciones legislativas operadas en materia de prescripción de responsabilidad civil, la cuestión de prescripción debe ser reconsiderada cambiando la interpretación jurisprudencial consolidada hasta entonces y declara la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* aplicando retroactivamente esa nueva interpretación jurisprudencial contra reo. La sentencia reafirma expresamente el razonamiento del Auto del TSJ Catalunya acerca de que no tiene razón de ser que se reconozca un plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva porque el derecho declarado en sentencia no requiere de esa acción, por mor del art. 984 LECrim, por lo que decaería el art. 1971 CC. El Tribunal Supremo adiciona además como nuevo razonamiento, para reforzar esa decisión de imprescriptibilidad de la *rc ex delicto*, la especial y reforzada tutela de la víctima del delito, lo que justifica que las normas del proceso de ejecución deban ser en el sentido más favorable para dotar de efectividad a esa tutela. La STS 607/2020, de 13 de noviembre parte de la premisa de que era jurisprudencia pacífica que si una ejecutoria estaba paralizada durante 15 años la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de la sentencia prescribía, ex art. 1964 y 1971 CC. Sin embargo, la sentencia expresa que, en vistas de las modificaciones legislativas operadas en materia de prescripción de responsabilidad civil, la cuestión de prescripción debe ser reconsiderada cambiando la interpretación jurisprudencial consolidada hasta entonces y declara la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* aplicando retroactivamente esa nueva interpretación jurisprudencial contra reo. La sentencia reafirma expresamente el razonamiento del Auto del TSJ Catalunya acerca de que no tiene razón de ser que se reconozca un plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva porque el derecho declarado en sentencia no requiere de esa acción, *por mor* del art. 984 LECrim, por lo que decaería el art. 1971 CC³. El Tribunal Supremo adiciona además como nuevo razonamiento, para reforzar esa decisión de imprescriptibilidad de la *rc ex delicto*, la especial y reforzada tutela de la víctima del delito, lo que justifica que las normas del proceso de ejecución deban ser en el sentido más favorable para dotar de efectividad a esa tutela⁴.

Frente a ese pronunciamiento, el penado formuló incidente de nulidad por vulneración de derechos fundamentales con motivo de que la decisión de imprescriptibilidad era lesionadora del derecho fundamental a la igualdad, ex art. 14 CE, a la legalidad penal, ex art. 25 CE, y a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE. El incidente de nulidad, que fue admitido a trámite en un primer momento, fue ulteriormente inadmitido en Auto de 19 de abril de 2021. En dicho Auto se descarta que la decisión de imprescriptibilidad vulnere derechos fundamentales. En particular, en lo que al derecho fundamental a la legalidad penal se refiere, expresa que no es atendible el argumento de que la reclamación civil que se ejerce en el proceso penal constituye una pena de *facto* o un factor que determina el cumplimiento de la pena. Fundamenta tal postura de ausencia de dimensión punitiva afirmando que estamos ante un instituto civil bajo la premisa que si se ejerce tal acción en el proceso penal es por razones exclusivas de economía procesal y mejor tutela a las víctimas⁵.

2. SOBRE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

La STS 607/2020, de 13 de noviembre, en lo que a derechos fundamentales se refiere, y en particular, al derecho fundamental a la legalidad penal, ex art. 25 CE, vuelve a poner encima de la mesa una cuestión, la naturaleza jurídica de la *rc ex delicto*, que, lejos de ser exclusivamente dogmática, trasciende y tiene impacto en todo ciudadano condenado a una *rc ex delicto*, pues en función de la misma se activan o no las garantías propias de los derechos contenidos en el art. 25 CE y 7 CEDH.

2.1 NATURALEZA CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

La sentencia que declara la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* por la que se produce un cambio de jurisprudencia ha sido examinado por la doctrina civilista⁶. Parece que no hay pronunciamientos por parte de la doctrina penal que hayan trabajado por el momento tal decisión. Ello es coherente con la naturaleza exclusivamente civil que se ha otorgado a la *rc ex delicto* y que ha motivado que tradicionalmente sea la doctrina civilista la que se ha preocupado mayoritariamente por abordar dicho instituto⁷.

³ Apartado 2.4 del fundamento de derecho segundo de la STS 607/2020 de 13 de noviembre.

⁴ Apartado 2.2 del fundamento de derecho segundo de la STS 607/2020, de 13 de noviembre

⁵ Fundamento de derecho 2 del del ATS de 19 de abril de 2021.

⁶ Véase BADILLO ARIAS, J.A. (2021). La imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*. Nº1; MUÑOZ CUESTA, J. (2022). Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil nacida del delito. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº2.

La doctrina que defiende la naturaleza civil de la *rc ex delicto*, que es identificada y definida como responsabilidad civil extracontractual, lo hace desde su fundamento: la obligación civil nace con la existencia de un daño, que es a su vez el resultado de una acción delictiva, pero esa responsabilidad civil extracontractual no dimana de la calificación de la acción delictiva propiamente sino de la existencia de un daño ilícito que es lo que fundamenta su existencia, con independencia de que el mismo resulte de un delito o no⁸. Algunos autores expresaron ciertas reservas sobre si efectivamente la responsabilidad civil *ex delicto* es, en términos idénticos, responsabilidad civil extracontractual dado la diferente regulación de ambas⁹. Pese a ello, esa misma doctrina se inclinó finalmente por continuar defendiendo la naturaleza civil y extracontractual de la responsabilidad civil *ex delicto* aferrándose a que el presupuesto y condición de la existencia de responsabilidad civil *ex delicto* es el la misma que la responsabilidad civil extracontractual (el daño ilícito)¹⁰. Tal concepción de que el fundamento y origen de esa *rc ex delicto* es lo que determina su naturaleza civil y no penal se halla de lo más arraigada no sólo en la doctrina sino también en la jurisprudencia¹¹.

Además del fundamento, dicho sector doctrinal civilista, en apoyo a la naturaleza civil de la *rc ex delicto*, ha argüido también que si la misma se halla contenida en el código penal lo es por motivos coyunturales de codificación¹². Sin embargo, esa postura no da razón de por qué transcurridos más de dos siglos, si era coyuntural tal inserción en el Código Penal a falta de un Código Civil, tal mecanismo no ha sido reconducido ulteriormente al Código Civil. La STS 607/2020, de 13 de noviembre da una explicación de ello: razones de economía procesal y tutela a las víctimas justifican el mantenimiento de la *rc ex delicto* dentro el código penal, siendo que ambas razones ya habían sido invocadas con anterioridad¹³. Ahora bien, tal razonamiento por el que se excluye toda naturaleza penal de la *rc ex delicto* corre el riesgo de ser cuanto menos simplista (véase epígrafe 2.3 *ut infra*).

2.2 NATURALEZA PENAL O CARGA PUNITIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

El posicionamiento de la STS 607/2020, de 13 de noviembre, es una oportunidad para cuestionar una premisa que parece inquebrantable, la naturaleza civil de la *rc ex delicto*, respecto de la que sólo unos pocos audaces se han atrevido a cuestionar su naturaleza exclusivamente civil:

HORTAL IBARRA acude a la no reparación del daño y sus efectos penales (el no pago de la responsabilidad civil con carácter previo al juicio oral lleva aparejada mayor pena) y señala cómo ese cumplimiento y satisfacción de la *rc ex delicto* puede llevar a “beneficios” en sede de ejecución de condena (obtención de suspensión o libertad condicional) para sostener que a la naturaleza única de debe adicionarse su íntima conexión con el derecho penal¹⁴. QUINTERO OLIVARES fundamenta que toda norma incardinada en el Código Penal debe participar de la función propia de esa rama del ordenamiento, de ahí que se ubique en dicho código y no en el Código Civil, además de que su aplicación y configuración jurisprudencial vine inexorablemente conectada a conceptos sujetos a la interpretación penal y su aplicación por la jurisdicción penal, añadiendo que su cumplimiento tienen efectos en ejecución de pena (determinación de pena por cuanto reparación del daño y alternativa al congreso en prisión, ex art. 80 CP)¹⁵.

Ninguna de las posturas ha conseguido imponerse y abrirse paso. La postura de que la *rc ex delicto* tiene

⁷ Tal abandono por parte de los penalistas ha sido calificado de “cuasiorfandad”. Véase HORTAL IBARRA, J.C. (2014). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* o cómo <<resolver>> la cuadratura del círculo. *Indret*. Nº 4, pp.2.

⁸ Véase, SANCHEZ RICARD, J (2004). *La responsabilidad civil en el proceso penal*, pp 43; GRANADOS PEREZ, C (2010). *Responsabilidad civil ex delicto*. pp 26 y 39. GONZALEZ ORTIZ, M.E (2008). *Responsabilidad civil derivada de delito*, pp. 9.

⁹ Sobre las diferencias en su regulación véase LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C (1997). *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp 19.

¹⁰ Ahora bien, algunos autores utilizan una denominación distintiva para discernir *rc ex delicto* de la responsabilidad civil extracontractual dadas las diferencias regulatorias. *Ad exemplum*, SANCHEZ, RICARD distingue entre responsabilidad civil extracontractual común y responsabilidad civil extracontractual derivada de delito; BERMEJO CASTILLO habla de “modalidad específica” de responsabilidad civil extracontractual.

¹¹ La STC 246/2007 de 10 de diciembre declaró que la responsabilidad civil *ex delicto* no constituyen una sanción ni penal ni administrativa.

¹² BERMEJO CASTRILLO, M.A (2016). *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, pp. 54.

¹³ *Ad exemplum*, Sentre otras, STS 29 de febrero de 1989 y STS 25 de noviembre de 1992.

¹⁴ HORTAL IBARRA, J.C (2014). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* o cómo “resolver” la cuadratura del círculo. *Indret*. Nº 4, pp 5.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA (2002), *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*.

naturaleza civil continúa arraigada inmune a los cambios normativos a los que se ha visto sometida¹⁶. La STS 607/2020, de 13 de noviembre, invoca que los cambios normativos en materia de prescripción de acción civil obligan a revisar y es lo que ha abocado al cambio jurisprudencial sobre prescripción de *rc ex delicto*¹⁷. Si los cambios normativos sobre prescripción obligan a revisar posturas jurisprudenciales sobre prescripción de *rc ex delicto* entonces los cambios normativos en sede penal sobre *rc ex delicto* también deberían obligar a revisar una naturaleza puramente civil de un instituto que ha virado, con tales cambios normativos en sede penal, hacia un mecanismo con carga punitiva.

La naturaleza civil de la *rc ex delicto* no puede determinarse única y exclusivamente en función de porqué y cuáles son las razones por las que está insertada en el Código Penal, economía procesal y tutela a la víctima según la STA 607/2020 de 13 de noviembre, sino que debe atenderse también a su regulación y régimen jurídico dentro del Código Penal. La regulación de la *rc ex delicto* no ha permanecido insertada estáticamente en el Código Penal por razones de economía procesal o de tutela a las víctimas, por el contrario, se ha producido un auténtico proceso de normativización en dicho Código Penal que ha ido dotando a la responsabilidad civil *ex delicto* de características con carga punitiva propia, convirtiéndose en un instituto que se interrelaciona con las penas y consecuencias del delito. Ello es un contraargumento a la postura tradicional y de discurso simplificador que defiende que si la *rc ex delicto* continúa permaneciendo en el Código Penal es por razones procesales y de tutela de la víctima pero sin naturaleza ni dimensión penal alguna. Si fuera así y su inserción en el Código Penal sólo obedece a las citadas razones, entonces, su estructura y régimen jurídico hubieran podido permanecer tal y como estaban configurados y regulados en el Código Penal de 1973 sin incidencia ni eficacia en ningún tipo de pena.

2.3 TOMA DE POSTURA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO TIENE DIMENSIÓN PUNITIVA

Avanzado que existen razones para negar el carácter *iusprivatista* de la *rc ex delicto*, no puedo más que alinearme con el posicionamiento de HORTAL IBARRA, pero con matices.

A la íntima conexión con el derecho penal apuntada por HORTAL IBARRA debe añadirse que la *rc ex delicto* tiene una dimensión punitiva que viene determinada por el contenido sancionador que presenta normativamente el cumplimiento de la misma, sobre todo tras la LO 1/2015. No estamos únicamente ante un instituto facilitador de “beneficios” a efectos de cumplimiento de penas¹⁸. Tiene una dimensión afflictiva y consecuencias negativas. Su no cumplimiento voluntario lleva aparejado un castigo, siendo que las sucesivas reformas del Código Penal han dotado a la *rc ex delicto* de ese contenido sancionador, manifestación de ello es la revocación de suspensión de ejecución de pena, ex art. 86.4 d) CP, o revocación de la libertad condicional, ex art. 90.5 CP.

Ese carácter sancionador y reactivo de la *rc ex delicto* ante su incumplimiento es una realidad al margen de que, en relación a otros mecanismos, el cumplimiento de la *rc* sea un facilitador de “beneficios”. *Ad exemplum*, tercer grado, ex art. 72.5 LOGP, o en su día, cancelación de antecedentes penales, ex art. 136 CP. La LO 1/2015 de 22 de junio de reforma del Código Penal dotó de mecanismos compulsivos y de coerción al cumplimiento de la *rc ex delicto* que determinan que dicha *rc ex delicto* tenga actualmente dimensión punitiva¹⁹. Dicha reforma viene a intensificar la senda iniciada tímidamente por el legislador en el año 1995 y posteriormente en el año 2003. La LO 1/2015 de 22 de junio va un paso más allá y, además de endurecer el cumplimiento de pago como condición de suspensión de pena, configura consecuencias específicas de carácter punitivo al penado en caso de no cumplimiento de la *rc ex delicto*.

¹⁶ Antes del Código Penal de 1995 el cumplimiento y ejecución de la *rc ex delicto* carecía de cualquier eficacia e impacto en la privación de libertad (su regulación en el CP 1973 se ceñía a los arts. 101 a 111). Con el CP 1995 se dotó a la misma de “condición necesaria” para la suspensión de ejecución de penal ex, art. 80 CP, salvo insolvencia. Posteriormente, con la reforma operada por LO 7/2003 de 30 de junio (en adelante LO 7/2003) fue condición de acceso a tercer grado, libertad condicional y cancelación de antecedentes penales. Finalmente, la LO 1/2015, de 30 de marzo (en adelante LO 1/2015) le ha de mayor dimensión punitiva configurando su cumplimiento no sólo como presupuesto de concesión de suspensión y libertad condicional sino también como causa de revocación. Se ha pasado de un régimen jurídico completamente civil a un instituto penal dado la trascendencia e impacto que tiene directamente en el cumplimiento de penas.

¹⁷ Fundamento de derecho segundo, apartado 2.2, de la STC 607/2020, de 13 de noviembre.

¹⁸ HORTAL IBARRA, J.C (2014). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* o cómo “resolver” la cuadratura del círculo. *Indret*. Nº 4, pp 5. El autor parece que utiliza indistintamente ambos conceptos beneficios y consecuencias negativas como si fueren lo mismo cuando no lo son.

¹⁹ La privación de libertad es un mal con el que amenaza el art. 86.4 d CP en caso que no se cumpla con la *rc ex delicto*. La pérdida de la libertad condicional también es un mal con el que se amenaza si la conducta del ciudadano condenado es de incumplimiento (art. 90 CP).

I) El cumplimiento de la *rc ex delicto* como condición y presupuesto de suspensión de ejecución

La LO 1/2015 introdujo un inciso segundo en el art. 80.2, párr. 2, CP consistente en que definir qué se entiende por satisfacción de la *rc ex delicto* como condición necesaria de la suspensión de ejecución de pena²⁰. Se ha dicho que tal inciso suaviza la inicial y taxativa exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil²¹ y, por tanto, operaría como una suerte de cláusula de flexibilización del requisito de pago. Tal flexibilización es sólo aparente por tres razones.

En primer lugar, con anterioridad a dicha reforma con el originario artículo 81.3 CP bastaba la declaración de insolvencia para considerar cumplido el pago de responsabilidad civil. Sin embargo, con la reforma de la LO 1/2015, si bien es cierto que se prevé la posibilidad de plan de pago para entender que se cumple con la responsabilidad civil, se exige que ese plan de pago comporte que la responsabilidad civil quede abonada en un “plazo prudencial” (vigente artículo 80.2.3 CP), habida cuenta que se considera que la declaración de insolvencia es una declaración formal que no necesariamente refleja capacidad económica real que impide todo plan de pago²². Atendiendo a esos parámetros, no puede considerarse que tal inciso sea efectiva y materialmente una cláusula de flexibilización del cumplimiento de la *rc ex delicto*. Todo lo contrario, en este sentido, se ha pronunciado algún órgano judicial que elevó incluso cuestión de constitucionalidad al respecto²³. Correlativamente a ello, y dada la literalidad del art. 80 CP, la norma aboca a que si no hay pago de la responsabilidad civil ni hay compromiso de pago en el que fundamentar la misma, la conclusión sería la denegación de la suspensión por no concurrir todas y cada una de las “condiciones necesarias”.

En segundo lugar, con la meritada reforma se condiciona expresamente la concesión de suspensión ordinaria excepcional, ex art. 80. 3 CP al cumplimiento de la *rc ex delicto*. Dicho precepto establece imperativamente que “la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas”. Con carácter previo a dicha reforma, ni la concesión de suspensión ni la antigua sustitución de penas llevaban inexorablemente aparejada tal causa de condición, que posteriormente en sede de remisión de la suspensión, tiene que haberse cumplido *so pena* de privación de libertad, ex art. 86 CP.

II) El incumplimiento de la *rc ex delicto* como causa de revocación de suspensión y consecuente privación de libertad

La LO 1/2015 introdujo como causa específica de revocación de suspensión y privación de libertad, ex art. 86 CP, el no cumplimiento y pago de la *rc ex delicto*. El art. 86.4 CP prevé como causa de revocación que el penado “no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Con anterioridad a la LO 1/2015, el art. 84 CP, preveía como causas de revocación, haber delinquido o “infringir las obligaciones o deberes impuestos”, entre los que se podía encontrar, o no, condición de cumplimiento de la *rc ex delicto*.

La consecuencia sancionadora del no cumplimiento de la *rc ex delicto* no sólo se ha configurado normativamente en cuanto a que el no cumplimiento puede abocar a la privación de libertad sino que también tiene apoyo

²⁰ Dicho inciso dispone: “este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.

²¹ Hay autores que consideran que con dicho inciso se equipara la satisfacción de pago al compromiso de pago. Véase: ALONSO BUZO, R. (2022). La incapacidad de pago de la responsabilidad civil en los supuestos de suspensión de la condena. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº 156.

²² Véase GIL HEREDIA, J.A (2020). Ejecución penal y responsabilidad civil derivada de delito: la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad. *Diario La Ley*. Nº 9758.

²³ El Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 3/2018, de 23 de enero resuelve la cuestión de inconstitucionalidad resuelve la cuestión de constitucionalidad formulado por el Juzgado de lo Penal nº1 de Orihuela consistente en “elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la condición tercera del apartado segundo del artículo 80 del Código Penal, según redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2015, por si tal disposición fuera contraria al artículo 25.2 de la Constitución, y al artículo 14, en relación con el artículo 17, de la Constitución”. El auto inadmitió a trámite la cuestión por considerar que había interpretación posible del art. 80 en relación al pago de la responsabilidad civil compatible con los art. 14, 17 y 25 CE.

jurisprudencial, siendo que los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria están acordando privaciones de libertad e ingresos en prisión por el cauce de revocación ex art. 86 CP, por incumplimiento del pago de la *rc ex delicto*²⁴.

Es una realidad, no sólo normativa sino también fáctica, que el no cumplimiento de la *rc ex delicto* lleva aparejada una consecuencia negativa, un castigo. Frente a ello, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre la cuestión hasta en 3 ocasiones advirtiendo a la jurisdicción ordinaria del riesgo de vulneración de derechos fundamentales si no se pondera debidamente el valor en juego y la capacidad económica, pues la ausencia de capacidad económica del condenado puede llevar a una prisión por deudas, debiendo contener las resoluciones en materia de suspensión un canon de motivación reforzada²⁵.

A pesar de las advertencias, se constata que el pago de la responsabilidad civil es piedra angular de la concesión de la suspensión y se configura como una condición de dicha suspensión cuyo cumplimiento debe verificarse una vez transcurrido el plazo de suspensión. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido dos premisas: i) que a efectos de concesión de suspensión basta un plan de pago²⁶; ii) en sede de revocación de la suspensión debe examinarse, el art. 86.4, apartado d, CP, el pago de la *rc ex delicto*²⁷. Tras ese auto se sucedió uno posterior en el que matiza que la revocación de suspensión de ejecución de pena por incumplimiento o no del pago de la *rc ex delicto* exige un canon de motivación reforzada, siendo que en ningún caso podrá revocarse la suspensión ante la auténtica incapacidad de poder cumplir, pero mantiene las premisas básicas del precedente ATC 3/2018 en materia de responsabilidad civil.

Al margen de lo anterior, y a efectos de lo que aquí es objeto de consideración, es una constatación que el no cumplimiento de la *rc ex delicto* tiene carga punitiva, más allá que deba valorarse la capacidad económica del penado a efectos de evitar la prisión por deudas.

III) El cumplimiento de la *rc ex delicto* como condición de concesión la libertad condicional y causa de revocación de la misma

La LO 7/2003 cuya rúbrica es de “medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas” configuró la responsabilidad civil *ex delicto* y su cumplimiento como un presupuesto inexcusable para la concesión de la

²⁴ *Ad exemplum*, al menos hasta 19 personas, entre el 1 de diciembre de 2021 y el 1 de diciembre de 2022, les fue revocada la suspensión de ejecución de pena de prisión, ex art. 86.4 d) CP, acordando ingreso en prisión y privación de libertad única y exclusivamente por no haber pagado la *rc ex delicto* en su totalidad o parcialmente. En el CENDOJ constan publicados 19 autos de distintas Audiencias Provinciales que tuvieron que resolver recursos de apelación contra decisiones de revocaciones de suspensión (ex art. 86.4 d CP) de Juzgados de lo Penal con motivo de no cumplimiento de *rc ex delicto* a, siendo que algunos autos dejaron sin efecto la revocación y otros no. Ese dato de 19 resoluciones ha obtenido de la base datos CENDOJ con los siguientes criterios de búsqueda: fechas (1/12/21 a 1/12/22), resolución (autos), tribunal (Audiencia Provincial), norma (artículo 86 CP), texto (revocación Y responsabilidad civil Y pago Y «de cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta»). El resultado fue de 48 resoluciones de las que se han descartado todas aquellas resolvieron sobre revocación de suspensión por motivos distintos al incumplimiento de pago de la *rc ex delicto* o bien el incumplimiento de pago de la *rc ex delicto* no era el único motivo de revocación sino un elemento más adicional. Esos 19 casos son los siguientes: AAP Santander, Sección 3, 158/2022, de 22 de marzo; AAP Sevilla, Sección 1, 206/2022, de 21 de febrero; AAP Barcelona, Sección 6, 106/2022, de 14 de febrero; AAP Barcelona, Sección 2, 101/2022, de 10 de febrero; AAP Santander, Sección 3, 72/2022, de 7 de febrero; AAP Avila, Sección 1, 42/2022, de 3 de febrero; AAP Madrid, Sección 30, 56/2022, de 24 de enero; AAP Mérida, Sección 3, 465/2021, de 22 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 2, 4/2022, de 21 de diciembre; AAP Bilbao, Sección 6, de 21 de diciembre (nº rec. 464/2021); AAP Barcelona, Sección 5, 987/2021, de 20 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 7, 920/2021, de 20 de diciembre; AAP Granada, Sección 2, 797/2021, de 16 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 9, 703/2021, de 13 de diciembre; AAP Madrid, Sección 27, 1739/2021, de 9 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 6, 788/2021, de 7 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 6, 790/2021, de 7 de diciembre; AAP Barcelona, Sección 5, 947/2021, de 2 de diciembre; AAP Logroño, Sección 1, 532/2021, de 1 de diciembre.

²⁵ STC 132/2022, de 24 de octubre; STC 32/2022, de 7 de marzo; ATC 3/2018, de 23 de enero. Todos los pronunciamientos lo son sobre suspensión de ejecución y el cumplimiento de pago de la responsabilidad civil, bien como condición necesaria o bien como causa de revocación.

²⁶ El inicial ATC 3/2018, de 23 de enero estableció que “como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea”. Se trata, de vincular la concesión de la suspensión, “en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades”.

²⁷ El inicial ATC 3/2018, de 23 de enero estableció declaró que “durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado”.

libertad condicional: “no se concederá”, ex artículo 90 CP vigente, sino se ha abonado la responsabilidad civil. Dicha condición taxativa es matizada aparentemente por una suerte de cláusula de flexibilización contenida en el art. 72.5 LOGP. Dicha cláusula dispone que a efectos de tener por cumplido ese pago de *rc ex delicto* en relación a la libertad condicional deben valorarse 7 parámetros²⁸ pero añade que en relación a determinados delitos dicho requisito deberá valorarse “singualmente”²⁹. El Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre la cuestión pues se estaban dando casos en los que se denegaban libertades condicionales por no haber abonado la responsabilidad civil cuando incluso se carecía de capacidad económica o bien se condicionaba su concesión a condiciones de pago que no eran acordes con principios y derechos del penado³⁰.

Por LO 1/2015 se introducen causas de denegación de la libertad condicional y causas específicas de revocación en relación a la *rc ex delicto*. Por un lado, aún y cuando concurren los parámetros del art. 72.5 LOGP para considerar que concurre el pago de la *rc ex delicto*, se introduce como causas de denegación que el penado no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, ex art. 90.4 CP. Asimismo, se introducen las mismas causas de revocación de suspensión, al remitirse al art. 86 CP (art. 90.5 CP).

A la vista de las sucesivas reformas ut supra de la LO 1/2015 se constata esa dimensión punitiva de la *rc ex delicto* cuyo no cumplimiento aboca a la privación de libertad (ex art. 86 CP) o libertad deambulatoria (ex art. 90 CP). No puede afirmarse que dicha reforma operada por la LO 1/2015 relaje la exigibilidad de la *rc ex delicto* como presupuesto de cumplimiento de otras penas.

Por otro lado, la *rc ex delicto* se halla configurada actualmente como un factor determinante y transversal en el cumplimiento de penas, comportando su no cumplimiento graves consecuencias a efectos de ejecución de penas. Conforme a ello, no puede suscribirse el posicionamiento del ATS de 19³¹ de abril de 2021 resolutorio del incidente de nulidad que descarta tal carga punitiva bajo la premisa de que la responsabilidad civil es un factor más “entre otros factores” para conceder la suspensión o para acceder a determinados beneficios. Es un factor determinante de concesión y, sobre todo, de revocación. Conforme a lo anterior, no procede continuar sosteniendo que la responsabilidad civil *ex delicto* es un instituto estrictamente civil desvinculado del derecho penal y carente de cualquier carga punitiva.

Esa carga punitiva, a juicio de quien suscribe, debe conectarse con la idea apuntada por HORTAL IBARRA conforme, valorativamente, la infracción de la que deriva la *rc ex delicto* no es la misma que la infracción de la que deriva una responsabilidad civil extracontractual de un ilícito civil sino mayor. En ambos casos existe un ilícito, pero en el primer caso el ilícito se incardina de las categoría de conductas más graves con afectación a bienes jurídicos objeto de protección penal. El mayor o menor desvalor del ilícito se traslada a la respuesta proporcionada por el ordenamiento jurídico, y, desde ese prisma de gravedad del ilícito se puede explicarse

²⁸ Dichos parámetros, ex art. 72.5 LOGP, son: “la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”.

²⁹ Dichos delitos son: “a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; b) Delitos contra los derechos de los trabajadores; c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.

³⁰ La STS 59/2018, de 2 de febrero de pronuncia sobre un supuesto de hecho consistente en que un penado cuyos ingresos (prestación por desempleo) no llegaban al salario mínimo interprofesional se le concede la libertad condicional condicionado a “continuar con abono de Responsabilidad Civil, si es que hubiere cantidad pendiente de pago, en la medida en que se lo permita su situación económica”. Ante ello el penado no abonó la *rc ex delicto* frente a lo que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ordenó al penado, que en cumplimiento de la condición de libertad condicional, destinara del 20% de sus ingresos. El Tribunal Supremo resuelve que “es llano afirmar que el juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la situación del penado, o del liberado, e imponer medidas tendentes a la satisfacción de la responsabilidad civil o en la adopción de medidas tendentes a la realización de un esfuerzo reparador que satisfaga la exigencia del art. 90 del Código penal” pero que “en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 la Ley de enjuiciamiento civil”.

³¹ HORTAL IBARRA, J.C. (2014):). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* o cómo <<resolver>> la cuadratura del círculo. *Indret*. N°4, pp.4.

porque la *rc ex delicto* tiene además de una función de resarcimiento una carga punitiva³².

Asumiendo esa dimensión punitiva, entonces, con carácter previo a declarar la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* con aplicación retroactiva, debieron activarse las garantías propias del art. 25 CE y 7 CEDH, objeto de consideración *ut infra*. Ahora bien, la naturaleza punitiva de la *rc ex delicto* sólo permitiría someter a enjuiciamiento y preguntarse si tal decisión es acorde conforme las garantías de los citados derechos pero no necesariamente tiene que abocar a declarar que efectivamente tales derechos se han visto vulnerados en el caso del ciudadano del supuesto de hecho objeto de pronunciamiento.

3. LA DECISIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD A LA LUZ DEL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL

3.1 BREVE CONSIDERACIÓN: DENOMINADORES COMUNES DEL ART. 25 CE Y ART. 7 CEDH

La STS 607/2020, de 13 de noviembre aplica retroactivamente una interpretación jurisprudencial desfavorable y del todo imprevisible para el ciudadano a quien se aplicó tal decisión. En fecha en que el ciudadano cometió los hechos (2001) era jurisprudencia pacífica y consolidada que la *rc ex delicto* prescribía a los 15 años desde que se declarara firme la misma y se incoara ejecutoria. Casi veinte años después se acuerda que esa *rc ex delicto* no prescribe nunca, con las consecuencias que conlleva que planea de por vida sobre el ciudadano tal exigencia cumplimiento de *rc ex delicto*: desde la imposibilidad de tener patrimonio so riesgo de ser embargado hasta la ampliación de temporal de incurrir en delito de alzamiento de bienes en relación a la *rc ex delicto*³³ o el lastre psicológico de soportar tal carga. En fecha de comisión delictiva del supuesto de hecho resuelto por el Tribunal Supremo todo ciudadano conocía o podía conocer, con previsibilidad y certeza jurídica, las consecuencias de sus acciones, lo que incluía la responsabilidad civil prescribía en el plazo de 15 años. Veinte años después se adopta un criterio completamente distinto y aplicando retroactivamente tal cambio jurisprudencial desfavorable, lo que puede contravenir el derecho a la legalidad penal contenido en el artículo 25 CE y 7 del CEDH.

La prohibición de aplicación retroactiva desfavorable (normas en el caso del art. 25 CE y derecho desfavorable, en el caso del art. 7 CEDH) es una de las vertientes específicas del derecho a la legalidad penal siendo que la misma sólo se activa respecto de normas o institutos que tienen un contenido sancionador³⁴. Tomando como punto de partida que la *rc ex delicto* tiene dimensión punitiva mediante el presente apartado se examina si esa aplicación retroactiva de la declarar imprescriptible la *rc ex delicto* es conforme el art. 25 CE y art. 7 CEDH. Ambos preceptos tienen como denominador común el principio de legalidad y lo configuran como derecho individual de todo ciudadano. Tal principio de legalidad configurado como derecho susceptible de protección persigue proporcionar garantías y mecanismos de protección efectivos contra posibles condenas o castigos arbitrarios³⁵. Ambos preceptos consagran el “*nullum crimen nulla poena sine lege*” existiendo autores que defienden que el derecho consagrado en el art. 25 CE y su normativización tuvo como referencia e inspiración el art. 7 CEDH³⁶.

Ambos derechos también comparten el mismo vector: el principio de que sólo un derecho preexistente a la acción del ciudadano puede definir el delito y la pena a la que puede ser condenado el ciudadano. A partir de ese vector, los dos intérpretes de cada una de ambas normas, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han desarrollado un *corpus iuris* por el que han dotado de efectividad a dicho principio. A través de ese *corpus iuris* han ido proporcionando específicas vertientes del derecho a la legalidad penal, no

³² En el presente trabajo la naturaleza penal viene focalizada desde esa función punitiva, en términos de retribución, a diferencia de otros autores que han defendido que la naturaleza híbrida, en su dimensión penal, viene dada por función preventivo-disuasoria. Véase HORTAL IBARRA (Ibid, pp. 15).

³³ El art. 257 CP contiene una protección específica en relación a la conducta de alzamiento de bienes en relación a la *rc ex delicto*: “será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder”.

³⁴ El artículo 25.1 CE alude a condena o sanción (“condenado o sancionado”) siendo que el ámbito de protección no se circunscribe únicamente a la jurisdicción penal. El art. 7 CEDH alude a condena y pena.

³⁵ BAUMBACH Trine (2011). The notion of Criminal Penalty and Lex Mitios Principle in the Scoppola v. Italy. Case. *Nordic Journal of International Law*. Nº 80, pp. 126.

³⁶ Véase SUAREZ COLLIA, J. (2006). *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 28.

previstas todas literalmente por art. 25 CE y art. 7 CEDH, que actúan como limitaciones a la aplicación e interpretación de normas y conceptos penales o sancionadores. La prohibición de analogía *in malam partem* o prohibición de aplicación retroactiva desfavorable son dos de esas vertientes específicas³⁷.

Considerados los denominadores comunes del art. 25 CE y art. 7 CEDH, aquello que diferencia los derechos contenidos en uno y otro es el ámbito de aplicación el cual no es plenamente coincidente. Consecuentemente, el alcance y eficacia del derecho a la legalidad penal no es idéntico. Ello explica por qué una determinada decisión puede ser respetuosa con el art. 25 CE pero no conforme el art. 7 CEDH, debiendo examinar la aplicación retroactiva de la decisión de imprescriptibilidad en relación a uno y otro derecho.

3.2 LA DECISIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD A LA LUZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL, EX ART. 25 CE

La decisión de la STS 607/2020 de 13 de noviembre es respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad penal, ex art. 25 CE, cuál prevé que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Aun asumiendo que la *rc ex delicto* encierre una naturaleza punitiva, y entre dentro del ámbito sancionador, y, por ende, se activara la prohibición de aplicación retroactiva desfavorable sobre su prescripción³⁸, la decisión del Tribunal Supremo es respetuosa con el derecho fundamental, en su vertiente de prohibición de aplicación retroactiva de normas desfavorables

El ámbito de aplicación y protección del derecho fundamental a la legalidad penal alcanza sólo a normas y disposiciones, contemplando el art. 25.1 CE únicamente la “legislación vigente”. Consecuentemente, sólo la aplicación retroactiva de normas desfavorables lesiona el derecho fundamental pero no la interpretación jurisprudencial de las mismas. Un sector doctrinal se ha mostrado disconforme con dicha limitación de alcance prohibición de retroactividad desfavorable por cuanto igual importante que la ley, o más, es su aplicación e interpretación pues sin modificación legal alguno, la jurisprudencia puede alterar de forma sustancial, y en sentido de mayor dureza, la condena por unos mismos hechos³⁹. Sin embargo, no hay visos de que el Tribunal Constitucional vire y amplíe el concepto de legislación no sólo a las normas sino también a su interpretación. Es pacífico en su jurisprudencia que el derecho del art. 25.1 CE establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente.⁴⁰

Conforme a lo anterior, sólo para el caso que la decisión de imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* acordada en el año 2020 obedeciera a la aplicación de una norma que recoge y regula tal imprescriptibilidad aprobada con posterioridad a los hechos, 2001, ello colisionaría con el derecho fundamental examinado. No es el caso al hallarnos ante una interpretación jurídica desfavorable y no aplicación directa de una norma desfavorable.

³⁷ Véase BAUMBACH Trine (2011). The notion of Criminal Penalty and Lex Mitios Principle in the Scoppola v. Italy Case. *Nordic Journal of International Law*. Nº 80, pp. 130, 131.

³⁸ El Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que las normas sobre prescripción de penas entran dentro del ámbito del art. 25.1 CE: STC 63/2015, de 13 de abril o STC 49/2014, de 4 de noviembre, entre otras.

³⁹ Véase SUAREZ COLLIA, J. (2006). *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 28. y 59. No le falta razón. De hecho exponente y ejemplo de de ello es la STS 609/2020 de 23 de noviembre que sin una norma que declare expresamente que la *rc ex delicto* es imprescriptible, sino que todas las normas acotan prescripción incluso las penas, mediante una interpretación sistemática resuelve que es imprescriptible, condenando de por vida al penado.

⁴⁰ La STC 146/2015, de 25 de junio acota el art 25.1 CE a la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad. Expresa que “el principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre) Expresamente sobre prohibición de retroactividad y norma se pronuncia la sentencia 116/2007, de 21 de mayo: “En efecto, si bien este Tribunal ha reiterado que el art. 25.1 CE consagra el principio de irretroactividad de la normativa sancionadora como “la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho” (STC 21/1993 de 18 de enero).

Fundamentado que la decisión es acorde con el art. 25.1 CE en su vertiente de prohibición de aplicación retroactiva desfavorable, queda por plantear la cuestión, si dicha decisión es acorde con la prohibición de interpretaciones extensivas contra reo, proscritas por el art. 25.1 CE. Para abordar y tratar de resolver dicho interrogante debe atenderse a los siguientes datos a la luz del razonamiento de la sentencia analizada: ninguna norma prevé la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto*, careciendo de una norma cierta que regule y disponga tal imprescriptibilidad. Pese a ello, se abocando al ciudadano a estar expuesto de por vida a ser susceptible de acciones dirigidas a la ejecución de dicha *rc ex delicto* durante toda su vida⁴¹ mediante interpretación sistemática de dos normas⁴². Con tal decisión de imprescriptibilidad se convierte en perpetua una consecuencia del delito que tiene carácter punitivo⁴³.

Igual que ocurre con la prohibición de retroactividad desfavorable la prohibición de interpretación extensiva sólo operaría en materia de prescripción siempre y cuando dicha prescripción lo fuere considerando que la *rc ex delicto* encierra contenido aflictivo y puede considerarse que tiene naturaleza punitiva o sancionadora. Partiendo de esa premisa, las normas que regulen la prescripción de un instituto con dimensión punitiva deberían ser ciertas, y estaría proscrita su interpretación extensiva⁴⁴. Descendiendo al caso analizado no existe norma con precisión suficiente sobre esa imprescriptibilidad que acarrea un contenido aflictivo, pese a lo que se acuerda. Tal ausencia de norma constituye *per se* una lesión del art. 25.1 CE. Por otro lado, aún y cuando no se suscribiera tal postura, y se considerara que el art. 1971 CC en relación con el art. 984.3 LECrim son normas suficientemente precisas, la interpretación e inferencia formulada por la sentencia conforme al ser ejecutable y promovible de oficio ya no existe plazo de prescripción operable es una interpretación extensiva, vetada por el art. 25.1 CE. Se prevé una consecuencia no contenida en la literalidad de la norma ni en uno de sus posibles significados sino en méritos a una interpretación sistemática *contra reo*. Desde esa perspectiva es cuanto menos cuestionable que la decisión de imprescriptibilidad sea acorde con el derecho fundamental a la legalidad penal.

Más allá de que la jurisprudencia tiene por objeto por objeto y límite la interpretación de un determinado precepto y no la reescritura de una determinada norma⁴⁵, dotándole de un contenido nuevo o distinto, porque entonces se excedería el límite de la interpretación para legislar o crear encubiertamente una norma, aquello

⁴¹ Frente a la ausencia de norma que acote la imprescriptibilidad de la *rc ex delicto* tanto la prescripción como la imprescriptibilidad de las penas se hallan previstas expresamente por ley. El art. 133.2 CP prevé que “las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso”.

⁴² El artículo 984 LECrim que prevé que “para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien será en todo caso promovida de oficio por el Juez que la dictó”. El art. 1971 CC dispone que “el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme”. Expone la sentencia que “de estos preceptos se deduce que la prescripción presupone la necesidad del ejercicio de la acción ejecutiva por el acreedor, y en el proceso penal, una vez dictada sentencia, no hay necesidad de promover dicha acción porque es el propio órgano judicial el que activa la ejecutoria”. Más allá de que las penas *strictu sensu* son ejecutables de oficio sin que por ello sean imprescriptibles, de lo que se trata es que nos hallamos ante una consecuencia punitiva.

⁴³ Con la imprescriptibilidad es susceptible de sufrir de por vida acciones del estado o de particulares dirigidos a esa ejecución. No sólo porque se esté a expensas de acciones sino porque puede comportar un auténtica carga punitiva. Pongamos por ejemplo, el ciudadano como el caso analizado que tiene una elevadísima responsabilidad civil, o en los casos de delito fiscal por ejemplo, en el que va a ser imposible que el ciudadano abone tal cuantía, lo que va impedir que pueda compararse una vivienda, pues le va a ser embargada inmediatamente, o un vehículo, afectando y coartándole su vida y decisiones.

⁴⁴ Recientemente, de nuevo, la STC 33/2022 de 7 de marzo expresa que “o, la concreta regulación de la prescripción de la pena constituye una opción de política criminal del legislador, quien debe fijar las peculiaridades de su régimen jurídico y decidir sobre la clase de delitos y de penas que quedan sometidos al régimen de prescripción, en qué condiciones, con qué plazos, y cómo deben computarse estos” debiendo estar “configurado normativamente el alcance de la prescripción. Con ello al Tribunal Constitucional recuerda que en materia de prescripción de penas debe regir el mandato de determinación (*les stricta*) en tanto que la ley precise de forma suficiente la prescripción de penas que afecta directamente al mal que puede acarrear el ciudadano consecuencia del delito.

⁴⁵ El artículo 1.6 CC dispone que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. En este sentido se detecta en la sentencia analizada cierta discrepancia con el legislador en la medida que expresa que “la Ley 42/2015, de 5 de octubre, por su parte, también ha recibido numerosas críticas, si bien no puede desconocerse que sigue las últimas tendencias del derecho comparado, que abogan por reducir los plazos de prescripción. Sin embargo, un plazo de prescripción o caducidad de 5 años no guarda correlación con los plazos de prescripción de los delitos y las penas y se considera extremadamente corto, si se atiende al tiempo que en este orden jurisdiccional precisan muchas ejecutorias por circunstancias de sobra conocidas” (Fundamento de Derecho Segundo, ap. 2.1).

que no procede en sede de ejecución o imposición de respuestas de naturaleza punitiva es la interpretación extensiva y ajena a la literalidad de la norma⁴⁶.

3.3 LA DECISIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD A LA LUZ DEL ART. 7 CEDH

El art. 7 CEDH, bajo la rúbrica “no hay pena sin ley” dispone que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”. Avanzo que la decisión de imprescriptibilidad, conforme mi postura, es que es cuanto menos cuestionable que sea conforme con el art. 7 CEDH, siendo que el artículo 7 CEDH *prima facie* tiene un ámbito de aplicación más amplio, tanto por su previsión normativa como por la jurisprudencia del TEDH, que el art. 25 CE.

I) Sobre el concepto de derecho

A diferencia del art. 25 CE que despliega eficacia única y exclusivamente a las normas (“legislación”) el artículo 7 CEDH lo es en relación al “derecho”, siendo que se incluye como derecho la ley escrita y no escrita, y tanto las disposiciones legislativas positivas como la jurisprudencia⁴⁷. La noción de “Derecho” (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Derecho» que figura en otros artículos del Convenio; e incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad. Conforme a ello el artículo 7 CEDH alcanza no sólo a la prohibición de retroactividad de normas penales desfavorables, sino también a la prohibición de retroactividad de giros jurisprudenciales desfavorables, e imprevisibles, por el ciudadano en el momento de cometer los hechos por los que es condenado.

Partiendo de esa premisa, a efectos de constatar si la decisión de imprescriptibilidad es respetuosa o no con el derecho a la legalidad penal contenido en el art. 7 CEDH hay que atender a dos premisas: i) Que la prohibición de aplicación retroactiva desfavorable alcanza también a una determinada interpretación jurisprudencial: aquella que es en perjuicio del ciudadano y que en fecha en el mismo cometió la acción era del todo imprevisible; ii) Que esa prohibición de aplicación retroactiva desfavorable opera en relación a delitos y penas⁴⁸.

Relativo a la primera premisa, se considera que hay una violación del art. 7 CEDH. El giro jurisprudencial interpretativo operado por la STS 607/2010, de 13 de noviembre era imprevisible para el ciudadano en tanto que en fecha de la acción que le llevó a soportar esa respuesta punitiva no existía indicio alguno sobre esa posibilidad interpretativa⁴⁹. En relación a la condición de previsibilidad por parte de un ciudadano *ex ante* dicha condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la norma que se le aplica, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, a qué pena se enfrentaría por su acción⁵⁰.

Descendiendo al caso que es objeto de análisis el ciudadano en el año 2001 no podía prever que a consecuencia de su acción tendría de por vida una *rc ex delicto* por ser imprescriptible, no existiendo visos jurisprudencial al respecto en aquel momento en relación a dicha posibilidad interpretativa⁵¹. A ello se aúna que la norma utilizada en la STS 607/2020, de 13 de noviembre, ex art. 984.3 LECrim conforme son juzgadores de oficio quiénes tiene que promover el cumplimiento y ejecución de *rc ex delicto*, no existía en fecha de los hechos del ciudadano sino que tal mandato se introdujo 9 años después con la LO 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

⁴⁶ Vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas, STC 87/20210, de 4 de octubre, STC 2/2015, de 19 de enero).

⁴⁷ SCHABAS, W (2005). The European Convention on Human Rights. A commentary, pp. 337.

⁴⁸ Ibid, pág. 335.

⁴⁹ STEDH, caso Rio Prada contra España de 21 de octubre de 2013, 73. El TEDH consideró a que había violado la aplicación retroactiva desfavorable del derecho a raíz del cambio jurisprudencial sobre acumulación de condenas (doctrina parot) por cuanto consideró imprevisible para los ciudadanos en fecha de la acción delictiva tal posibilidad jurídica e impacto en su pena por cuanto no había indicios de ninguna línea perceptible de desarrollo de la jurisprudencia por la que se aumentaría la duración efectiva de la pena. En el mismo sentido, STEDH, *Plechkov v. Rumania*, 16 de septiembre de 2014.

⁵⁰ STEDH, *Kafkaris v. Chipre*, de 12 de febrero de 2008.

⁵¹ El Auto de TSJ Cataluña de 19 de marzo de 2008, que dio lugar a la sentencia analizada expresa que existen visos de esa interpretación a partir del año 2008 por alguna Audiencia Provincial (fundamento de derecho cuarto)

Lo expuesto hasta el momento, no bastaría para considerar vulnerado el art. 7 CEDH, pues esa imprevisibilidad y aplicación retroactiva desfavorable tiene que serlo en relación a una pena. En relación a esta segunda premisa, procede considerarla separadamente *ut infra*.

II) Sobre el concepto de pena

El art. 7 CEDH contempla únicamente las “penas”, a diferencia del art. 25 CE que alude a penas y sanciones. Desde ese prisma el ámbito de aplicación del art. 25 CE debería ser más amplio que el del art. 7 CEDH. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH ha desarrollado un concepto autónomo y material de pena desvinculado del concepto formal⁵², así como desvinculado del concepto de pena definido y configurado por los ordenamientos internos, ampliando así de una efectiva aplicación y eficacia al art. 7 CEDH. Por otro lado, el art. 7 CEDH contiene el expreso mandato que “no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”⁵³.

El concepto de “pena” utilizado en el artículo 7 del Convenio es un concepto autónomo no necesariamente coincidente con la categoría y etiqueta formal prevista en los ordenamientos nacionales. Por tanto, aún y cuando la *rc ex delicto* no se encuentre formalmente definida como pena en el art. 32 del Código Penal, sí puede ser considerada como pena con arreglo a los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a efectos del art. 7 CEDH.

Aquello que se impone a la hora de considerar si una determinada respuesta o consecuencia derivada de un delito es una pena o no es el *nomen iuris* ni las apariencias, debiendo valorarse de manera autónoma si una determinada medida o respuesta específica es, “en sustancia” una pena en el sentido del artículo 7 § 1, siendo que el concepto de pena es dinámico y hay que atender a distintos factores que determinan si una medida consecuencia de un delito es una pena o no, cuales además pueden ir cambiando⁵⁴.

Hay que atender a distintos factores que materialmente determinan si el instituto o medida en cuestión es pena o no, con independencia de lo considerado por los tribunales y derecho internos, siendo que es la combinación de distintos elementos punitivos es lo que determina que una medida o respuesta al delito sea materialmente una pena⁵⁵.

El primer criterio para determinar la naturaleza penal de un instituto es si dicho instituto o mecanismo se impone tras la condena por un delito⁵⁶ pero no lo es todo, debiendo atender a otros parámetros, como la finalidad o severidad de dicha medida⁵⁷. En relación a respuestas o medidas de carácter pecuniario, debe dilucidarse si van dirigidas a infligir un castigo y disuadir de futuras conductas o más bien es una medida de reparación por daños. Si la medida pecuniaria tiene contenido disuasorio y punitivo, la conclusión bien puede ser que es de naturaleza criminal, habiéndose barajado como criterio de ello si el incumplimiento de esa medida pecuniaria impuesta en sentencia podía llevar a la privación de libertad⁵⁸.

Aplicando esos criterios al caso que nos ocupa partiendo de la postura defendida hasta el momento conforme la *rc ex delicto* tiene una dimensión y fin punitivo con un impacto afflictivo en el ciudadano, que se impone como consecuencia de un delito y que incluso puede abocar a la privación de libertad, podría invocarse que es una pena a efectos del art. 7 CEDH, si bien la jurisprudencia es muy casuística. En esa casuística, se ha dicho que no cabe confundir lo que es una aplicación retroactiva en relación a una pena que en relación a un modo de cumplimiento de dicha pena, siendo que sólo lo primero estaría vetado por el artículo 7 CEDH⁵⁹, pudiendo

⁵² El Tribunal Constitucional aplica un concepto formal de pena. Manifestación de ello es que disponiendo el art. 32 CP que únicamente son penas las “privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa” no considera el comiso como una pena aunque sí alude al mismo como sanción (STC 151/2002, de 15 de junio). En relación a la *rc ex delicto* la STC 246/2007 de 10 de diciembre declaró que la responsabilidad civil *ex delicto* no constituye una sanción penal ni administrativa.

⁵³ Dicha prohibición específica no se halla positivizada en el art. 25 CE. Si lo recoge el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

⁵⁴ STEDH *Ilseher v. Alemania*, de 4 de diciembre de 2018

⁵⁵ STEDH *Welch v. United Kingdom* de 9 de febrero de 1995

⁵⁶ STEDH *Del Rio Prada v. España*, de 13 de octubre; *Gurguchiani v. España* 15 de diciembre de 2009.

⁵⁷ AUMBACH Trine (2011): “The notion of Criminal Penalty and Lex Mitius Principle in the Scoppola v. Italy” Cases en Nordic Journal of International Law, 80, p. 131.

⁵⁸ Incluso en ese caso recoge SHABAS que no tienes porqué.

⁵⁹ STEDH *Del Rio Prada v. España*, de 13 de octubre

sostener que en este caso la imprescriptibilidad no es una cuestión de modo cumplimiento sino que puede tener impacto en la duración y tiempo que el ciudadano sufre dicha carga punitiva y, por tanto, podría incardinarse en que una decisión con afectación atinente a la pena y no a modo de cumplimiento. Consecuentemente, asumiendo ese concepto autónomo la decisión de imprescriptibilidad en relación al ciudadano en concreto no sería conforme al art. 7 CEDH y que no estamos ante una medida que modifica el cumplimiento de una pena sino que afecta a la pena *strictu sensu*.

4. A MODO DE CONCLUSION

Han transcurrido dos años desde que el Tribunal Supremo declara que el cumplimiento de la *rc ex delicto* es imprescriptible, habiendo aplicado con carácter retroactivo tal decisión y sin norma cierta que regule tal efecto. La aplicación retroactiva desfavorable y a interpretación extensiva contra reo no parece haber sido cuestionada sin que se haya sometido a juicio de constitucionalidad alguno. Ello tiene explicación en la contumaz y arraigada postura de que nos hallamos ante una naturaleza civil.

Sin embargo, la decisión de imprescriptibilidad constituye una oportunidad para reconsiderar la naturaleza exclusivamente civil de dicho instituto, respecto del que en el presente trabajo, defiende que ya no concurre. El dato de que dentro de la propia doctrina civilista algunos sectores distinguan a la *rc ex delicto* como una modalidad específica de responsabilidad civil extracontractual ya es significativo pero sobre todo lo determinante es que tal y como está configurada y siendo aplicada la satisfacción de la *rc ex delicto*, hay razones para sostener que la misma encierra una dimensión punitiva. Que tenga una connotación de castigo y aflicción por el ilícito, que no es civil sino constitutivo de delito, puede explicar porque su cumplimiento es tan trascendental a efectos de ejecución de penas y puede abocar a la privación de libertad.

Las distintas reformas de la *rc ex delicto* dentro del Código Penal es otro elemento que obliga a replantear si continuamos frente a un mecanismo exclusivamente civil tal y cómo está regulado a día de hoy, existiendo un abismo entre la regulación del CP de 1973, en que el CP únicamente contenía disposiciones de carácter civil, y al regulación actual, en que lejos de erigirse como un mecanismo privado e independiente de las penas, se erige como factor determinante, que puede determinar la privación de libertad de un ciudadano y, por tanto, es una figura con dimensión punitiva. Ese planteamiento es descartado de plano por la STS 647/2020, de 20 de 13 de noviembre, y correlativo auto de inadmisión de incidente nulidad de 19 de abril de 2021. Sin embargo, el fundamento de tal naturaleza civil aludido por el Tribunal Supremo no parece ser suficiente para descartar de plano, como hace el pronunciamiento, cualquier dimensión punitiva atendiendo a su evolución histórica en cuanto a regulación dentro del propio Código Penal.

La premisa de salida adoptada por la STS 607/2020, de 13 de noviembre, conforme la *rc ex delicto* es una obligación de naturaleza civil determina que la decisión de imprescriptibilidad sea respetuosa con el derecho fundamental. Ahora bien, si se considera que la misma tiene una dimensión punitiva y, que la misma se incardinaria dentro del ámbito sancionador, entonces debería examinarse si tal decisión es constitucionalmente acorde con el derecho fundamental a la legalidad penal, ex art. 25 CE y art. 7 CEDH. Desde esta perspectiva, la aplicación retroactiva desfavorable de imprescriptibilidad, por la que se convierte en perpetuo tal cumplimiento de *rc ex delicto*, podría colisionar con el art. 7 CEDH pero no con el art. 25 CE, si bien desde este último, la interpretación de imprescriptibilidad efectuada por el Tribunal Supremo a partir de una interpretación sistemática podría colisionar con el derecho fundamental a la legalidad penal, ex art. 25 CE, en su vertiente de proscripción de interpretaciones extensivas contra reo.

5. BIBLIOGRAFIA

ALONSO BUZO, R. (2022). La incapacidad de pago de la responsabilidad civil en los supuestos de suspensión de la condena. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Nº 156. ISSN 1697-5758.

BADILLO ARIAS, J.A (2021). La imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. Nº1; ISSN 1133-6900.

BAUMBACH Trine (2011). The notion of Criminal Penalty and Lex Mitios Principle in the Scoppola v. Italy. Case. Nordic Journal of International Law. Nº 80. ISSN 0902-7351

BERMEJO CASTILLO, M.A. (2016). Responsabilidad Civil y delito en el derecho histórico español. Madrid: Dykinson. ISBN: 978-84-9148-054-9.

- GIL HEREDIA, J.A (2020). Ejecución penal y responsabilidad civil derivada de delito: la suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad. Diario La Ley. Nº 9758. ISSN 1989-6913,
- GONZALEZ ORVIZ, M.E.(2008). Responsabilidad Civil derivada de delito. Sabadell: Bosch. ISBN: 9788497903912
- GRANADOS PEREZ, C (2010). Responsabilidad civil ex delicto. Madrid: La Ley. ISBN: 9788481265231
- HORTAL IBARRA, J.C (2014). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto o cómo <<resolver>> la cuadratura del círculo. Indret. Nº4. ISSN-e 1698-739X
- LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA; C. (1997). Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 84-8002-514-X
- MUÑOZ CUESTA, J (2022) . Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil nacida del delito. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº2. ISSN 1889-4380
- QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BARCENA (2002), La Responsabilidad Civil «Ex Delicto». Navarra: Aranzadi Thomson Reuters. ISBN: 84-8410-947-X
- ROIG TORRES, M. (2000). La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales). Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 9788484421405
- SANCHEZ RICARD, J. (2004). La responsabilidad civil en el proceso penal. Madrid: Wolters Kluwer. ISBN: 84-9725-575-5
- SCHABAS, W (2005). The European Convention on Human Rights. A commentary
- SUAREZ COLLIA, J. (2006). La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 28. ISBN: 84-8004-728-3

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA OBLIGACIÓN DE PERSEGUIR A LOS RESPONSABLES DE LOS
CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS**

**THE INTERNATIONAL SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS
AND THE OBLIGATION TO PROSECUTE THOSE RESPONSIBLE FOR CRIMES
AGAINST HUMAN RIGHTS**

Hernán Hormazábal Malarée

*Catedrático de Derecho Penal
España*

RESUMEN:

Sólo a partir del momento en que los derechos humanos de la Declaración Universal de 1948 se plasmaron en normas jurídicas contenidas en convenciones internacionales se puede entender que comenzó el proceso de la construcción, aún no acabada, de un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Los Estados parte de estas convenciones se han obligado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se dio un paso importante con la regulación de la responsabilidad penal a nivel internacional de los responsables de crímenes contra los derechos humanos. Pero al establecer que serían las jurisdicciones nacionales las que estarían en la primera línea de defensa de los derechos humanos se abrieron nuevos problemas como el de la identificación de los crímenes contra los derechos humanos que serían de su competencia y las necesarias reformas en la legislación interna que, conforme a principios del derecho internacional, serían necesarias para evitar la impunidad.

ABSTRACT:

Only from the moment in which the Human Rights of the Universal Declaration of 1948 were embodied in legal norms contained in international conventions can we understand that the construction process of an international system of protection of Human Rights began, although it is yet unfinished. The States party to these conventions have agreed to respect, protect and guarantee Human Rights. With the entry into force of the Rome Statute of the International Criminal Court, an important step was taken with the regulation of criminal responsibility at the international level of those responsible for crimes against human rights. But by establishing that it would be the national jurisdictions that would be in the first line of defense of human rights, new problems were opened, such as the identification of crimes against human rights that would fall within their competence and the necessary reforms in domestic legislation that, according to principles of international law, would be necessary to avoid impunity.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos, protección, responsabilidad estatal, crímenes, prohibición impunidad.

KEYWORDS:

Human Rights, protection, state responsibility, crimes, impunity prohibition.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. EL IMPACTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. 4. EL MANDATO DE PERSEGUIR Y HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE DEL ESTADO POR CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS. 5. LOS OBSTÁCULOS QUE FAVORECEN LA IMPUNIDAD Y LA OBLIGACIÓN DE REMOVERLOS. 5.1. El non bis in idem. 5.2. El principio de territorialidad. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Desde la finalización de la II Guerra Mundial con la entrada en vigor de una serie de convenciones internacionales de protección de los derechos humanos, se estableció, por una parte, la obligación internacional de los Estados de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos y, por la otra, su obligación de reparar en el caso de que se produjera una violación de estos derechos. Los Estados convinieron que el control de estas obligaciones estuviera a cargo de órganos internacionales de carácter permanente. No obstante, en lo que respecta a las responsabilidades penales por crímenes contra los derechos humanos el derecho internacional no previó ningún órgano permanente. Sólo en el año 2002 con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se dio una solución a este problema con la creación de una Corte Penal Internacional que, no obstante, sólo complementaría la competencia de las jurisdicciones nacionales. Esta solución abrió otros problemas alguno de los cuales se expondrán en este trabajo, como propuestas de solución que requiere modificaciones en las legislaciones internas de los Estados parte del Estatuto de Roma.

En efecto, el Estatuto de Roma al crear la Corte Penal Internacional y al mismo tiempo señalar que su competencia sería complementaria de la de las jurisdicciones nacionales colocó en la primera línea de defensa de los derechos humanos a las jurisdicciones nacionales de los Estados parte. Con ello es cierto que dio una respuesta al problema de la falta de una jurisdicción permanente, pero al mismo tiempo abrió a) el problema de identificar los crímenes contra los derechos humanos que estarían bajo la competencia de las jurisdicciones nacionales y b) el problema de impedir la impunidad de los violadores de derechos humanos de acuerdo con el mandato de interdicción que se contiene en diversos instrumentos internacionales y en el Estatuto de Roma en particular.

- a) El problema de la identificación de los crímenes internacionales y en particular de los crímenes contra los derechos humanos. El Estatuto de Roma señala que serán de competencia de la Corte Penal Internacional exclusivamente los que califica como los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Señala que están dentro de ese nivel de gravedad el genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz. En estos crímenes sólo los hechos punibles de los dos primeros, el genocidio y el de lesa humanidad, son violaciones de derechos humanos y, de acuerdo con el Estatuto los más graves de trascendencia internacional. La competencia de las jurisdicciones nacionales en la protección de los derechos humanos no tiene ni debe estar limitada al genocidio y al crimen de lesa humanidad como la de la Corte Penal Internacional sino que debe ampliarse, como consecuencia de la obligación de todos los Estados parte de los convenios de derechos humanos de protegerlos y garantizarlos, a todos los otros graves crímenes entre los cuales el genocidio y el de lesa humanidad destacaron por ser los más graves. La identificación de estos otros crímenes es un problema abierto al que se tratará de dar una respuesta.
- b) El problema de hacer efectiva la interdicción de la impunidad de los crímenes internacionales. El principio de interdicción de la impunidad se puede identificar no sólo en el Estatuto de Roma sino también en otros instrumentos internacionales. Implica para los Estados parte de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos la obligación de remover los obstáculos, sean fácticos o jurídicos, que puedan favorecer la impunidad. Para remover esos obstáculos, que pueden aparecer a lo largo de la investigación, del enjuiciamiento o de la ejecución de la sentencia, los Estados parte deberán hacer las modificaciones que sean necesarias en sus legislaciones internas.

2. EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El comienzo de la todavía inconclusa construcción de un sistema internacional de protección de los derechos humanos lo marcó el momento en que los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) asumieron que las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 debían plasmarse en normas jurídicas que los obligaran ante la comunidad jurídica internacional a respetarlos, protegerlos y garantizarlos¹.

¹ En 1945, el año en que acaba la guerra, se dicta la Carta de las Naciones Unidas que crea el Consejo de Seguridad, un organismo cuya función es preservar la paz y seguridad internacional y en 1948, la Asamblea General de la ONU adopta en París por la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un texto con más valor ético que jurídico que no obstante constituye un referente en los diferentes tratados de Derechos Humanos que se habrían de celebrar en el futuro. Sobre el estado de los Derechos Humanos en diferentes momentos de la historia reciente española y en la actualidad con la vigencia de la Constitución de 1978, ACEBAL MONFORT, Luis, 2014. *Derechos Humanos en España hoy. ¿Retórica o Futuro?* Madrid: Editorial ACCI.

Con este fin se abrieron a la firma de todos los miembros de la ONU, de conformidad con la facultad del artículo 1.3 de la Carta de 1945, una serie de tratados internacionales de protección de derechos humanos². Entre estos tratados destacan, por ser los más próximos a la Declaración de 1948, los que aprobó la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³. El cumplimiento de las obligaciones convencionales lo controlan dos órganos no jurisdiccionales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que después de examinar los informes que a su requerimiento han emitido los Estados parte, expresa sus preocupaciones y recomendaciones en un documento de observaciones finales.

Forman parte también del sistema jurídico internacional de protección de los derechos humanos otros tres tratados que, sin perjuicio de tener cada uno de ellos limitada territorialmente su vigencia, tienen la particularidad de que el órgano de control de cumplimiento de las obligaciones convencionales es jurisdiccional⁴. Cada uno de estos tratados establece un tribunal internacional que condenará al Estado si alguno de sus agentes transgrede alguna norma de protección y garantía de estos derechos. Se trata de a) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH) que instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH); b) la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH) con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y c) la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (en adelante Carta Africana) con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵.

Tanto en los Pactos de Nueva York de 1966 como en los Convenios Europeos y Americanos y en la Carta Africana, se aprecia una coincidencia en la identificación de los derechos humanos básicos. Así, por ejemplo, entre otros derechos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce la vida como derecho a proteger y garantizar, en el artículo 7 se establece la prohibición de la tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el artículo 8 específicamente la prohibición de la esclavitud y en el artículo 9 genéricamente la libertad y la seguridad personal que a su vez correlativamente se encuentran reconocidos en los artículos 2, 3, 4 y 5 CEDH y en los artículos 4, 5, 6 y 7 de CADH. Por su parte la Carta Africana en el artículo 4 prevé la protección de la vida, en el artículo 5 la prohibición de la esclavitud y en el artículo 6 la protección de la libertad y seguridad.

Forma parte también del sistema jurídico internacional de protección de los derechos humanos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER en adelante), en vigor desde el 1º de julio de 2002, con la novedad de que a diferencia de los tratados anteriores establece responsabilidades personales por la comisión de los crímenes contra los derechos humanos que son de su competencia. En efecto, el ER establece responsabilidades penales para los autores de las graves violaciones de derechos humanos previstas en los crímenes de genocidio

² En la Carta de las Naciones Unidas, después de reafirmarse en el Preámbulo “*la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”, se declara en el artículo 1.3. que uno de sus propósitos es cooperar internacionalmente “*en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”.

³ Hasta la fecha se han firmado nueve tratados. Los otros siete que siguieron a los dos Pactos fueron de carácter sectorial. En el año 1969 entró en vigor la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el año 1981 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en el año 1987 la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes; en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño; en el año 2003 la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y en el año 2010 la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁴ Al control de la compatibilidad de un hecho de cualquier poder del Estado con una norma de protección y garantía de un derecho humano reconocido en un tratado internacional se le llama en doctrina “control de convencionalidad”. En el caso del CEDH este control internamente corresponde a los tribunales domésticos de los Estados parte y subsidiariamente, una vez agotados los recursos internos, al órgano instituido en el respectivo tratado, que en este caso será el TEDH. Sobre el control de convencionalidad en el sistema de la Convención Americana GARCÍA RAMÍREZ, 2011. “El control judicial interno de convencionalidad”, en IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 28, México, 123-159. Sobre el control de convencionalidad en el sistema del Convenio Europeo FONDEVILA MARON, Manuel, 2017. “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”. *Estudios de Deusto* 65 (1), 347-360.

⁵ El Convenio Europeo fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 noviembre de 1950 y está en vigor desde 1953. La Convención Americana se suscribió en noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica. La Carta Africana fue aprobada por la Asamblea de la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) el 27 de julio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

y lesa humanidad de los artículos 6 y 7 ER⁶. Los hechos punibles que subyacen en estos crímenes constituyen transgresiones específicas de normas de protección y garantía de derechos humanos pues sólo en ellos concurren todas las condiciones para que puedan ser calificados como violaciones de derechos humanos. Son hechos imputables a un agente del Estado llevados a cabo por una razón de Estado e incompatibles con una norma de protección y garantía de derechos humanos. Son violaciones de derechos humanos que han sido definidas como crímenes internacionales por una convención internacional⁷.

Los hechos punibles que subyacen bajo el genocidio comparten el elemento subjetivo común de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso y los que lo hacen en el crimen de lesa humanidad, el elemento objetivo común de que formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Son actos, como dicen Werle y Jessberger, de violencia organizada por el Estado⁸.

Por la circunstancia de que son actos de violencia organizada por el Estado sólo pueden tener lugar en situaciones de anormalidad democrática. En particular, los hechos punibles englobados en el crimen de lesa humanidad constituyen actos propios de gobiernos dictatoriales que utilizan todo el aparato represivo del Estado con el objetivo de mantenerse en el poder. Son violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por agentes de un Estado controlado por un grupo social, económico, político o religioso que ya ha accedido al poder y quiere seguir manteniéndolo⁹.

Hasta la entrada en vigor del ER la persecución de las responsabilidades personales por los crímenes internacionales en general estuvo principalmente regulada por reglas dispersas de derecho consuetudinario y convencional. Por ejemplo, por los llamados Principios de Nüremberg que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU por encargo de la Asamblea General identificó en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg y en las sentencias de este Tribunal. Entre las convencionales de carácter sectorial están las previstas, por ejemplo, en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y también en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes adoptada en 1987 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin olvidar el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1989 que obligaron a los Estados parte a incorporar estos delitos en sus legislaciones internas.

Con el ER todas las normas de derecho internacional penal vigentes al 1º de julio de 2002, consuetudinarias o convencionales, convergieron en un solo texto. Normas como las consuetudinarias, cuya validez podía cuestionarse, pasaron a integrarse en el derecho internacional convencional¹⁰. Pueden reconocerse en el ER, por

⁶ La competencia de la Corte Penal Internacional se extiende también a los crímenes de guerra (artículo 8 ER) y al crimen de agresión (artículo 8 bis ER) que aún cuando puedan coincidir en los hechos punibles no pueden ser confundidos. El genocidio y el crimen de lesa humanidad se distinguen porque constituyen violaciones de normas convencionales de protección de derechos humanos. La antinormatividad de los de guerra se establece en relación con los Convenios de Ginebra y los de agresión constituyen crímenes que constituyen violaciones manifiestas de la Carta de la ONU.

⁷ Los hechos punibles englobados en el genocidio pueden coincidir con los que subyacen en el crimen de lesa humanidad, pero la diferencia reside en que en el genocidio es exigible la voluntad de exterminar total o parcialmente a un grupo minoritario y en el crimen de lesa humanidad es exigible que el hecho forme parte de un plan de violencia generalizada o sistemática. Antes de Nüremberg se discutió si las víctimas debían ser protegidas contra las atrocidades nazis en cuanto que formaban parte de un grupo nacional, étnico o religioso en cuyo caso los autores serían juzgados por el crimen de genocidio como defendía Rafael Lemkin o simplemente ser protegidas en cuanto personas por crímenes de lesa humanidad como opinaba Hersch Lauterpacht. Sobre la polémica entre Lemkin y Lauterpacht SANDS, Philippe 2017. *Calle Este-Oeste*, trad. Ramos Mena. Barcelona: Anagrama passim. También de PRADA, Pilar Eirene, 2019. “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 191 y 193; De PRADA, José Ricardo, 2019. “Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch p. 29; OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. “¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 530 ss. con jurisprudencia internacional sobre el crimen de genocidio.

⁸ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional* cit. pp. 303 ss.

⁹ SCIDH caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) sentencia de 29 de noviembre de 2006. La Corte en este caso conoció uno de los tantos crímenes cometidos durante el gobierno Fujimori. En su voto razonado complementario el Juez Cançado Trindade calificó estos hechos como terrorismo de Estado. Constituye un acto de terrorismo de Estado la ejecución, a los pocos días del golpe de Estado de Pinochet, el 16 de septiembre de 1973, del dirigente sindical Luis Alfredo Almonacid Arellano delante de su mujer y de sus hijos. Ver SCIDH, caso Almonacid Arellano contra Chile, de 26 de septiembre de 2006.

¹⁰ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch

ejemplo, los Principios de Núremberg. El Principio II que establece que los crímenes internacionales son perseguibles con independencia del hecho de que las leyes internas los castiguen; los Principios I y III que establecen que la responsabilidad internacional de sus autores es perseguible cualquiera que sea su nacionalidad, el lugar donde hayan cometido el crimen y sin que puedan alegar inviolabilidades, inmunidades o cualquier otro privilegio de carácter personal; el Principio IV que declara que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden no la exime de responsabilidad y claramente el Principio VI que define como crímenes internacionales los crímenes de guerra, contra la paz y sobre todo, las violaciones de derechos humanos contenidas en el genocidio y en los crímenes contra la humanidad, hoy crímenes de lesa humanidad, una categoría en la que subyacen comportamientos hasta entonces previstos en diversos convenios sectoriales que obligaban a los Estados parte a perseguir crímenes como la tortura o desapariciones forzadas, por ejemplo.

El otro problema importante, como se ha explicado antes (supra 1.), al que daría una respuesta el ER es el de la jurisdicción competente para conocer de los crímenes internacionales. Desde Núremberg había una demanda de un tribunal internacional permanente al que no se le pudiera cuestionar su falta de imparcialidad objetiva como ocurriría casi cincuenta años más tarde, en 1993, con la creación, por iniciativa del Consejo de Seguridad, de los tribunales para la antigua Yugoslavia¹¹ y un año más tarde para Ruanda¹².

El ER ante la demanda de un tribunal internacional permanente responde con una solución aparentemente sencilla, pero discutible ya que no es una garantía contra la impunidad¹³. Crea efectivamente un tribunal internacional permanente, la CPI (artículos 1 y 5 ER), pero cuando al mismo tiempo dice que su competencia será complementaria de la de las jurisdicciones nacionales prioriza, sobre la de este tribunal, la competencia de los tribunales. De este modo, de acuerdo con el ER y en especial en lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos, en la primera línea de la persecución de los crímenes internacionales contra estos derechos estarían los tribunales internos de los Estados parte y complementariamente la CPI, pero con una competencia limitada sólo a algunos de los crímenes contra los derechos humanos, a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. El problema de cuando se activa la competencia complementaria de la CPI lo resuelve el artículo 17.

1 a) ER. Señala este precepto que la Corte admitirá un asunto cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre él “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. En otras palabras, cuando el Estado no tenga la voluntad política de investigar y enjuiciar a los responsables de los delitos de genocidio y de lesa humanidad o no esté en condiciones de hacerlo por su situación política interna.

De acuerdo con lo expuesto, en consecuencia, en el sistema internacional de protección de los derechos humanos hay que distinguir entre la responsabilidad por un hecho de un órgano del Estado que sea incompatible con una norma de protección de un derecho humano y la responsabilidad por un hecho de un agente del Estado y también incompatible con una norma de esa naturaleza, pero que además haya sido previamente definida como delito. En ambos casos la responsabilidad será del Estado por no haber cumplido su obligación convencional de proteger y garantizar la vigencia de un derecho humano, pero en el segundo también habrá una responsabilidad de carácter personal, penal concretamente, del agente del Estado. En los dos casos, bien sea de responsabilidad exclusiva del Estado o también excepcionalmente, además, personal del agente del Estado cuando la violación del derecho humano sea constitutiva de un crimen, el tribunal competente será un tribunal interno y sólo subsidiariamente del órgano jurisdiccional establecido en el correspondiente convenio que será en el caso del CEDH, el TEDH.

p. 132. Para estos autores el ER no es una fuente originaria del derecho internacional penal, sino que es “una constatación declarativa del derecho consuetudinario existente”.

¹¹ BUERGENTHAL, Thomas y THÜRER, Daniel, 2010. *Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen*. Zürich: Dike Verlag p. 135 s.

¹² El poder del CS para crear Tribunales ad-hoc deriva del art. 7 de la Carta que permite a los órganos principales de las Naciones Unidas los órganos que estime necesarios, pero especialmente del art. 29 que reconoce expresamente al CS el derecho de establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones, es decir preservar la paz y seguridad internacional y también de los Capítulos V a VII de la Carta. Crítica en MACKE, Julia 2010. *UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung* (Berlin, Duncker & Humblot) *passim* y KURTH, Michael E., 2002. *Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat. Unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsresolution 1422*, Baden Baden: Nomos.

¹³ No es este el único aspecto criticable del ER. Por ejemplo, la CPI esté condicionada políticamente por el Consejo de Seguridad de la ONU en el ejercicio de su jurisdicción. El Consejo de Seguridad es un órgano en el que sus cinco miembros permanentes tienen poder de veto y también para activar y desactivar la competencia de la CPI. De esos cinco sólo dos ratificaron el ER. Por otra parte, según artículo 53.1 c) y 2 c) ER, el Fiscal tiene facultades para no iniciar una investigación o un enjuiciamiento.

Si el órgano jurisdiccional estima que el Estado ha incumplido su obligación convencional de proteger y garantizar uno o más derechos humanos lo condenará a la reparación que, no obstante, suele ser más amplia que una simple indemnización de perjuicios¹⁴. Si la transgresión a la norma de protección de un derecho humano ha sido definida como delito, los órganos jurisdiccionales internos del Estado tienen, además, la obligación de perseguir la responsabilidad penal de los autores¹⁵.

Luego, de acuerdo con lo expuesto anteriormente puede concluirse:

- a) que en el sistema internacional de protección de los derechos humanos hay dos líneas complementarias. Por un lado, está la más amplia que regula la responsabilidad del Estado por no haber protegido ni garantizado la vigencia de cualquiera de los derechos humanos reconocidos en el tratado y por el otro, la más restringida que establece también la responsabilidad personal del agente del Estado que lo ha violado, pero sólo si esa concreta violación ha sido previamente definida como delito;
- b) que al tener las jurisdicciones nacionales prioridad sobre la de los órganos internacionales establecidos en los propios tratados internacionales, son los tribunales internos de los Estados parte los que están en la primera línea de protección de los derechos humanos. A estos tribunales les corresponde la obligación de hacer efectiva la responsabilidad del Estado frente a cualquier hecho incompatible con una norma de protección y garantía de derechos humanos y la responsabilidad personal del agente del Estado si la concreta violación ha sido previamente definida como delito.
- c) que la competencia subsidiaria de la CPI está limitada en lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos a los crímenes de genocidio y lesa humanidad. Esta competencia sólo se activa cuando los tribunales internos, de acuerdo con el artículo 17 1 a) ER, no tengan la voluntad política de investigar y enjuiciar o no puedan hacerlo.

3. EL IMPACTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Los tratados internacionales en general y los de protección de derechos humanos en particular, así como la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de control tienen fuerza vinculante para los Estados parte de las convenciones internacionales. En particular para España lo tiene el CEDH y la jurisprudencia del TEDH¹⁶. Del mismo modo, lo tienen tanto el ER en lo que respecta al genocidio y al crimen de lesa humanidad, así como las decisiones de la CPI.

En efecto, las normas de ambos tratados internacionales por su condición de ser normas de derecho internacional creadas por acuerdos libremente celebrados por los Estados que los obligan ante la comunidad jurídica internacional, de conformidad con los artículos 95.1 y 96.1 de la Constitución Española (en adelante CE)¹⁷, se integran en la jerarquía normativa española en una posición inferior a la de la Constitución Española, pero superior a las leyes¹⁸. De esta manera, en caso de conflicto entre lo que previene un tratado y una norma interna, serán

¹⁴ Para la CIDH la obligación de reparar no es solo una *restitutio in integrum* si es posible, sino también medidas simbólicas como un monumento en recuerdo de las víctimas, una calle o beneficios sociales para los familiares de la víctima directa y si la violación del derecho humano es punible, de investigar, enjuiciar y, si procede, condenar a los responsables. Ver SCIDH caso Goiburú y otros vs. Paraguay, de 22/9/2006; SCIDH caso Loayza Tamayo vs. Perú, de 27/11/1998, párrafo 85; también Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16/12/2005 “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, principios y directrices 18 a 23.

¹⁵ SCIDH caso García Lucero vs. Chile de 28/8/2013, párrafo 183. Para la CIDH en la obligación de reparar, si la violación del Derecho Humano es punible, involucra el deber del Estado de investigar de oficio las violaciones cometidas.

¹⁶ Artículo 46 CEDH. Fuerza obligatoria y ejecución de sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

¹⁷ El artículo 95.1. CE dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.” Por su parte el artículo 96.1. CE señala que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Ver SERRANO ALBERCA, José Manuel, 2001. “Artículo 96” en Garrido Falla y otros *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid: Civitas, pp. 1499-1508.

¹⁸ El TC en la STC 140/2018 sin embargo, matiza que el artículo 96 CE “no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones

las disposiciones del tratado las que prevalecerán¹⁹. Luego, si el tratado internacional en conflicto es el CEDH, serán sus disposiciones las que deberán aplicarse por las autoridades españolas.

Por otra parte, en virtud de lo que señala el artículo 10.2 CE²⁰, la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH, sin perjuicio de lo que señala el artículo 46 CEDH, tiene también fundamento constitucional²¹. Este precepto reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos una eficacia interpretativa de los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades. De este modo, como el TEDH es el intérprete supremo del CEDH y la interpretación se plasma en sus sentencias, también de conformidad con esas sentencias deberán ser interpretados los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Española²². La fuerza vinculante de las normas del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH alcanza a todos los órganos de gobierno o judiciales, incluso al Tribunal Constitucional Español (TCE en adelante) que al interpretar los derechos y libertades contenidos en la CE deberán hacerlo no sólo conforme con las disposiciones del CEDH sino también con la jurisprudencia del TEDH²³.

El juez español, en consecuencia, cuando se enfrenta a un caso en el que entran en consideración normas internas y normas internacionales de derechos humanos, está obligado a resolver conforme a estas últimas normas y a su interpretación jurisprudencial. Si comprueba que la norma interna no es compatible con el CEDH, la ignorará y aplicará directamente la disposición del Convenio²⁴. El juez que resuelve un caso en estas condiciones ejerce un control “difuso de convencionalidad”, controla que el hecho del agente del Estado que es objeto del proceso sea compatible con las normas internacionales convencionales que protegen los derechos humanos²⁵.

En lo que respecta al control específico de las violaciones de derechos humanos que han sido definidas como crímenes internacionales, es decir, como genocidio y como lesa humanidad, el Estatuto de Roma, como se ha visto, lo deja en manos de los tribunales domésticos y sólo cuando estos no lo hacen porque no están en condiciones de hacerlo o no quieren, a la Corte Penal Internacional (supra 2.).

Cuando España adhirió al Estatuto de Roma debió incorporar estos crímenes a su ordenamiento jurídico interno conforme al modelo de los artículos 6 y 7 ER. Desde el año 2015 se contemplan en el Código Penal vigente el genocidio en el artículo 607 y el delito de lesa humanidad en el artículo 607 bis²⁶. De esta forma, tanto los tri-

internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación”.

¹⁹ STC 49/1988 de 22 de marzo y STC 26/1991 de 15 de marzo.

²⁰ Artículo 10.2 CE. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

²¹ LÓPEZ GARRIDO, Diego, 2017. “El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes”, en *Parlamento y Constitución*. Anuario Nº 18, pp. 60 ss. STC 245/1991 FJ 3: “El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado”.

²² LÓPEZ GARRIDO, Diego ob. cit. nota anterior, las sentencias del TEDH producen el efecto de “cosa interpretada”, que es otra dimensión de su carácter vinculante y añade “por eso, las interpretaciones insertas en las sentencias del TEDH sobrepasan el caso concreto al que se refieren y se extienden a otros supuestos. Estas interpretaciones se objetivan, cobran vida propia, y tienen *vis expansiva* indudable, con efectos y fuerza que no eran esperables cuando nació el Tribunal de Estrasburgo”.

²³ En la práctica, como los derechos fundamentales de la CE coinciden con los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, una decisión interna contraria a las normas convencionales equivale a una decisión inconstitucional que activa la posibilidad de recurrir ante el TCE. En estos casos la decisión del TCE se fundamentará no en la mayor jerarquía de la norma convencional, sino en la contradicción de esta con la norma constitucional interpretada conforme a los criterios del TEDH. Ver LÓPEZ GUERRA, Luis, 2018. “Constitución y protección internacional de los derechos humanos. El proceso de internalización del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en PENDAS (Dir.), 2018, *España Constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, Vol. I, pp. 771-787.

²⁴ En la STC 140/2018 se establece que el artículo 96 CE no supone la derogación de la norma interna sino su inaplicación.

²⁵ En la doctrina constitucional se dice que el TC en la medida que interpreta los derechos y libertades de la CE fundamentales por mandato del artículo 10.2 CE conforme a los criterios jurisprudenciales del TEDH ejerce un control concentrado de constitucionalidad y los jueces y tribunales al conocer de un caso debe resolver conforme a esos criterios un control difuso de convencionalidad. JIMENA QUESADA Luis, 2013. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi.

²⁶ LO 1/2015 de 30 de marzo. El genocidio ya estaba en el CP por la adhesión de España en 1968 a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el Código Penal de entonces estaba regulado en el artículo 137 bis cuyo contenido se inspiró en la Convención. El crimen de lesa humanidad se había incorporado al Código Penal con la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Véase MENDOZA CALDERÓN,

bunales internos españoles como la CPI pasaron a tener la misma competencia para investigar y enjuiciar a quienes aparezcan como responsables de la comisión de estos crímenes contra los derechos humanos, sin embargo, con dos diferencias. La primera es que la competencia de los internos es prioritaria y la segunda, que su competencia no está limitada *ratione materiae*, como lo está la de la CPI, sólo a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, es decir, los que se señalan en el artículo 5 ER. En lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos los Estados parte del ER pueden incorporar a la competencia de sus tribunales, aparte del genocidio y del crimen de lesa humanidad, otras violaciones de los derechos humanos que por su gravedad entienda que deben ser perseguidas penalmente.

Los tribunales domésticos españoles por el ER están obligados a perseguir a los autores de los crímenes internacionales contra los derechos humanos más graves, esto es de genocidios y de crímenes de lesa humanidad²⁷. Pero, también lo están para perseguir la responsabilidad de los autores de los otros crímenes graves contra los derechos humanos entre los cuales el genocidio y el de lesa humanidad destacaron por ser los más graves. Esta responsabilidad de perseguir estas otras responsabilidades penales por otros crímenes contra los derechos humanos que son graves pero que no tienen el nivel de gravedad ni del genocidio ni del crimen de lesa humanidad, deriva de las obligaciones internacionales que contrajo España al ratificar los tratados internacionales en los que se obligó a respetar y garantizar los derechos humanos. La protección penal de los derechos humanos no se agota con la tipificación de estos delitos. Hay otros delitos contra los derechos humanos que a pesar de no tener el nivel de gravedad de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, son, sin embargo, graves. Estos graves delitos son igualmente crímenes internacionales y lo son porque su base antinormativa se funda en la transgresión de una norma internacional que reconoce, garantiza y protege un derecho humano fundamental. El agente del Estado, un policía, por ejemplo, que ejecuta extrajudicialmente a un delincuente por considerar que es socialmente peligroso, habrá violado el derecho humano a la vida previsto en el artículo 2 CEDH, pero el hecho no puede ser calificado por faltar la condición de generalidad o de sistematicidad, un crimen de lesa humanidad.

Las claves para la identificación de los otros crímenes graves contra los derechos humanos entre los cuales destacan por su mayor gravedad el de genocidio y el de lesa humanidad, están en el propio ER. Los crímenes de genocidio y de lesa humanidad son categorías en las que se engloban una serie de hechos punibles que tienen en común, aparte de ser de los crímenes internacionales más graves, la exigencia de que se cometan, como han señalado WERLE y JESSBERGER, en un contexto de violencia organizada por el Estado²⁸. En el crimen de lesa humanidad cada uno de los hechos punibles constituye una violación de un derecho humano fundamental. En el artículo 7 ER son hechos punibles, por ejemplo, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de población, privaciones de libertad, tortura, agresiones sexuales y desaparición forzada de personas que serán punibles como crimen de lesa humanidad en la medida que sean realizados de forma generalizada o sistemática, es decir, en un contexto planificado de violencia estatal.

Cada uno de estos hechos son graves violaciones de derechos humanos incluso en el supuesto que no sean generalizadas ni sistemáticas, de que sean realizados fuera de un contexto de violencia organizada, es decir, que sean puntuales. El elemento contextual es el que hace que cada uno de estos hechos se califique como crimen de lesa humanidad y que el ER lo valore como un crimen más grave.

Los Códigos Penales domésticos de los Estados parte para que sus tribunales puedan actuar en defensa y garantía de los derechos humanos fundamentales deben contemplar no sólo los crímenes de genocidio y lesa humanidad, sino también cada uno de los hechos punibles que se contemplan en el de lesa humanidad cuando han sido realizados fuera de un contexto de violencia organizada por el Estado. Constituyen un grupo de graves violaciones de derechos humanos en las que los crímenes de genocidio y lesa humanidad destacan por ser más graves. La-

Silvia (2011) La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXI, pp. 431-457.

²⁷ La aplicación extraterritorial de la ley penal está muy limitada en el derecho español. En el artículo 23.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial se señala que la jurisdicción española será competente para conocer, entre otros, de los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional “siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encontrara en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades española”.

²⁸ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional* cit. Estos autores infieren este elemento contextual común de violencia organizada de la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso que exige el genocidio y de la generalidad o sistematicidad de los hechos punibles contra la población civil en el crimen de lesa humanidad.

mentablemente si bien en el Código Penal español estos hechos son punibles, no están identificados como crímenes contra los derechos humanos sino como delitos corrientes. Por los compromisos internacionales que tiene España de protección y garantía de los derechos humanos, estos delitos debieran estar destacados en el código penal en un nuevo capítulo del Libro II con el epígrafe “Crímenes contra los derechos Humanos” en el que se contemplen no sólo los crímenes de genocidio y lesa humanidad, sino también los graves crímenes que el ER tuvo a la vista para destacarlos en el Preámbulo y en el artículo 1 ER como los “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁹.

Del hecho de que las normas del ER tengan carácter de normas internacionales que dan estructura a un sistema de control penal de los crímenes internacionales contra los derechos humanos, se infiere un mandato vinculante para los sistemas penales domésticos: el de impedir la impunidad de los que son responsables personalmente de estos crímenes.

4. EL MANDATO DE PERSEGUIR Y HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE DEL ESTADO POR CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos los tribunales competentes para investigar y enjuiciar al responsable de un crimen contra los derechos humanos, como se ha visto, son en primer lugar los internos y subsidiariamente la CPI. Tanto los tribunales internos como la CPI están ineludiblemente obligados por un principio general del derecho internacional de los derechos humanos a perseguir esa responsabilidad penal, *el principio de interdicción de la impunidad*.

El principio de interdicción o prohibición de la impunidad se puede identificar en numerosos instrumentos internacionales. Está presente, por ejemplo, en los Principios de Núremberg³⁰, en la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948³¹, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³², en el contexto de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 y en el de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006. También en la Convención Americana de Derechos Humanos como lo ha puesto de relieve la CIDH, y en el Estatuto de Roma especialmente en su Preámbulo que si bien es cierto que no es vinculante tiene sin duda un valor interpretativo.³³

En efecto, en diferentes párrafos del Preámbulo se califica a los crímenes que se definen en el ER como “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y se enfatiza que no pueden quedar sin castigo; que los Estados tienen el deber de “ejercer su jurisdicción penal contra las responsables de crímenes internacionales”; que se debe “poner fin a la impunidad ... y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” y “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Por otra parte, el principio de interdicción de la impunidad también puede identificarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En numerosas sentencias ha señalado de forma reiterada que de la obligación convencional de respetar los derechos y libertades y de garantizar su libre y pleno ejercicio deriva a) el deber del Estado de investigar toda violación de derechos humanos³⁴; b) la obligación de enjuiciar

²⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2022. “La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma”. *Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Tomo II. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 634 a 646.

³⁰ Principio II. El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

³¹ Artículo V. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

³² Artículo 6. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

³³ También la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto la vigencia de este principio con toda claridad en la Resolución sobre impunidad 81/2005. En el párrafo 13 se dice textualmente que es “el deber de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar o extraditar, de conformidad con las obligaciones que han adquirido en virtud del derecho internacional, a los responsables de todas las violaciones de los derechos humanos...”.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2017. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*.

y si procede condenar a los responsables si en esta investigación se constata que la violación es constitutiva de delito, y c) la obligación que la pena se cumpla efectivamente si hay condena³⁵. Este rigor punitivo para la CIDH se justifica ya que de lo que se trata es de evitar la impunidad³⁶. La impunidad, ha dicho la CIDH, es inadmisibles porque “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”³⁷. No basta, según este tribunal, por lo tanto, con la amenaza penal en abstracto para prevenir la comisión de futuros crímenes contra los derechos humanos, sino que es necesaria para prevenirla la *certeza* de que el crimen no va a quedar impune, esto es, que habrá una investigación, un enjuiciamiento, una condena si procede y un cumplimiento efectivo de la pena.

La vigencia del principio de interdicción de la impunidad, no obstante, puede verse dificultada por obstáculos que favorecen la impunidad que pueden aparecer en todos los momentos posteriores a la comisión del crimen. En la investigación prejudicial, en la judicial, en el juicio si llega a celebrarse, incluso en la sentencia o con posterioridad en la ejecución de la penal. Este favorecimiento puede ser fáctico, el Estado no investiga o simula una investigación, o jurídico con la utilización de instituciones que la doctrina ha declarado inadmisibles en el derecho internacional penal, como la prescripción o medidas de gracia, para justificar un sobreseimiento o una absolución. La CIDH califica genéricamente como *obstáculos fácticos y jurídicos que favorecen la impunidad* los recursos que suele utilizar el Estado infractor para cubrir con una apariencia de legalidad una decisión arbitraria que ha sido pensada para dejar sin castigo a un violador de derechos humanos y ha establecido que los Estados parte de la Convención Americana tienen la obligación de removerlos³⁸.

5. LOS OBSTÁCULOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE FAVORECEN LA IMPUNIDAD Y LA OBLIGACIÓN DE REMOVERLOS.

El desarrollo jurisprudencial de la interdicción de la impunidad se debe principalmente a la CIDH. En numerosas sentencias este tribunal ha condenado a los Estados parte del Pacto de San José por no haber hecho efectiva la responsabilidad penal por la comisión de violaciones de derechos humanos cuando constituyan crímenes cometidos por agentes del Estado, por una razón de Estado que afectan a derechos humanos fundamentales. No se trata sólo del genocidio y del crimen de lesa humanidad, sino en un sentido más amplio también de asesinatos, lesiones, torturas, prisiones arbitrarias que de no haber sido cometidos por un agente del Estado y mediando una razón de Estado, no pasarían de ser simples delitos comunes contra la vida, la libertad o la integridad corporal previstos en los Códigos Penales de los Estados parte. En la circunstancia de ser al mismo tiempo violaciones de derechos humanos hay un elemento que permite calificarlos más allá de delitos contra la vida o la integridad corporal, en tanto que vulneran normas internacionales, como crímenes internacionales contra los derechos humanos. La CIDH tribunal, como ya se ha dicho, en numerosas sentencias ha dejado establecido

Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca pp. 121 ss; también cnfr. Corte IDH, Caso Gomes Lund (*Guerrilha do Araguaia*) y otros vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 135. Se reprocha al Estado brasileiro no haber “investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar”, Caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226, entre otras.

³⁵ La CIDH ha señalado que cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos la reparación a que es condenado un Estado conlleva la de investigar para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas. Cnfr. SCIDH, caso García Lucero y otros vs. Chile, (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones) Sentencia de 28 de agosto de 2014 párr. 183: “la reparación debida involucra el deber del Estado de investigar de oficio las violaciones cometidas. De conformidad con lo anterior, en los casos respectivos, existe un vínculo entre la obligación de investigar, la posibilidad de acceso a una adecuada reparación y los derechos de las víctimas...”.

³⁶ SCIDH, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, (Fondo) de 8 de marzo de 1998, párr. 173. La CIDH define la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.

³⁷ También SCIDH, caso Nicholas Blake vs. Guatemala, (Reparaciones y Costas), de 22 de enero de 1999, párr. 64; caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, (Fondo) sentencia de 15 de septiembre de 2005 párr. 237; SCIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, (Reparaciones y Costas) Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 68.

³⁸ SCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafos 134: “En cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar en el presente caso, el Estado debe remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad, otorgar las garantías de seguridad suficientes a los testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y a los familiares de las víctimas, así como utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso”. También SCIDH, caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 110: “...el Estado debe remover todos los obstáculos, de *facto* y de *iure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes.”

que, si el Estado parte no investiga, enjuicia y, en su caso, condena a los responsables de estos delitos habrá infringido la obligación convencional de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos. Para la CIDH la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes contra los derechos humanos es una obligación convencional para los Estados parte cuya omisión puede ser fuente de responsabilidad internacional para ese Estado.

La CIDH exige que esa investigación y enjuiciamiento sean efectivos, serios y rigurosos. No admite que se encubra ni fáctica ni jurídicamente la responsabilidad de los autores de crímenes contra los derechos humanos. Instituciones jurídicas que son admisibles en los derechos nacionales y que extinguen la responsabilidad penal, como la prescripción³⁹ u otras que eximen del cumplimiento efectivo de la pena como las amnistías e indultos⁴⁰, son consideradas obstáculos favorecedores de la impunidad y quedan, en consecuencia, fuera de toda consideración en el derecho internacional penal. Los Estados deben introducir en sus legislaciones internas los cambios que sean necesarios para evitar la impunidad.

Merecen especial atención dos de los obstáculos que suelen ponerse para favorecer la impunidad, la prohibición del *bis in idem* y los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales.

5.1. EL NON BIS IN IDEM.

El derecho de una persona a no ser juzgado o condenado dos veces por un delito por el que ya hubiera sido condenado o absuelto se encuentra reconocido internamente en las Constituciones⁴¹ como un derecho fundamental. También se le reconoce a nivel internacional como un derecho humano en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Se le reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴², en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³, en el Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁴ y en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁵.

³⁹ El artículo 29 ER establece la imprescriptibilidad de los crímenes que están dentro de la competencia de la CPI. Ver ORENT-LICHER, Diane, 2005. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fecha consulta 20/7/2021. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>. Ver Principio 23. Restricciones a la prescripción; también, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. SCIDH caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 153 y también en SCIDH caso Barrios Altos vs. Perú, (Fondo) de 14 de marzo de 2001, párr. 43 y SCIDH Bulacio vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas) de 18 de septiembre de 2004, párr. 116.

⁴⁰ SCIDH Almonacid Arellano versus Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 114 señaló con rotundidad que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna” SCIDH caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo), de 14 de marzo de 2001, párr. 43 “las leyes de autoamnistías conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. También SCIDH caso Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones) de 24 de febrero de 2011, párr. 230 ss.

⁴¹ Por ejemplo, en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América; en el artículo 23 de la Constitución mexicana o en el artículo 103 de la Constitución alemana. El TCE, a falta de un reconocimiento expreso en la CE, lo vincula al principio de legalidad penal. En la STC 2/1981 de 30 de enero se sostiene que este principio está “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

De indiscutible interés VERRA, Jon, 2006. “El Principio de non bis in idem en Europa”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha consulta. 20/7/2021. Recuperado <http://www.cienciaspenales.net>

⁴² Artículo 14. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

⁴³ Artículo 8.4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

⁴⁴ Artículo 4 del Protocolo Nº 7. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces. 1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

⁴⁵ Artículo 50. Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

En el artículo 4.1. del Protocolo N° 7 el *non bis in idem* se define como el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo hecho y se configura una prohibición, la prohibición de perseguir o condenar penalmente a una persona por una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado⁴⁶. La garantía del *non bis in idem* opera cuando hay un procedimiento en el que ya se ha dictado una sentencia condenatoria o absolutoria que ya es firme y se inicia otro posteriormente por los mismos hechos contra la persona que ya había sido absuelta o condenada anteriormente. Como ha dicho el TEDH “el objetivo del artículo 4 del Protocolo n° 7 es prohibir la repetición de procesos penales que han concluido con una sentencia firme”⁴⁷.

En el Protocolo n° 7, sin embargo, no se reconoce el derecho a no ser procesado dos veces por un mismo hecho como un derecho absoluto. En el artículo 4.1. del Protocolo ya se condiciona la vigencia del principio a que la condena previa esté prevista “en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado” y en el 4.2. del Protocolo en la misma línea se agrega que “lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”. De esta forma, a los tres requisitos clásicos de validez formal de la cosa juzgada, el de identidad de personas, de hecho y objeto se suma un cuarto requisito de *validez material*, que consiste en que la sentencia absolutoria o condenatoria sea firme, que haya sido dictada conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado parte y que no esté afectada por un vicio esencial de ese procedimiento. En consecuencia, sólo una sentencia firme que sea formal y materialmente válida en los términos del artículo 4 del Protocolo n° 7 tendrá fuerza inhibitoria de la apertura de un nuevo procedimiento, es decir fuerza de cosa juzgada.

Ahora bien, puede ocurrir que en un procedimiento penal por un crimen contra los derechos humanos el Tribunal se dicte una sentencia absolutoria o condenatoria con una pena escandalosamente baja con el deliberado propósito de blindar al acusado con la garantía *non bis in idem* frente a futuros enjuiciamientos por los mismos hechos. La CIDH a las resoluciones que han estimado que no puede iniciarse un nuevo proceso penal sobre la base de que hubo uno anterior que se sustanció con el propósito de garantizar la impunidad del inculcado ante el riesgo de que en el futuro se pudiera abrir una nueva causa penal, carecen de validez material y les niega, por tanto, fuerza de cosa juzgada. De acuerdo con el artículo 4 del Protocolo n° 7 la sentencia estaría afectada por un vicio esencial del procedimiento al que puso fin y la apertura de un nuevo procedimiento por los mismos hechos no vulneraría la prohibición del *bis in idem*. Sería una sentencia carente de fuerza de cosa juzgada o sería, en términos de la CIDH una *cosa juzgada fraudulenta o aparente*⁴⁸.

Por su parte, el ER en el artículo 20.1. ER⁴⁹ reitera la vigencia del derecho humano al *non bis in idem* y al mismo tiempo en el artículo 20.3 ER establece las excepciones a este principio⁵⁰. Conforme a este precepto no se vulneraría el *non bis in idem* en los casos en que el proceso anterior a) “tuviere el propósito de proteger a la persona imputada por crímenes competencia de la Corte”; o b) “no se hubiere desarrollado de forma independiente o imparcial de conformidad con las normas del debido proceso reconocidas por el derecho internacional y se hubiere desarrollado de un modo que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con una intención de llevar al imputado ante la justicia”⁵¹ (traducción personal libre del inglés)⁵².

⁴⁶ El artículo 4.1. del Protocolo n° 7 no vincula a todos los Estados parte del CEDH, sino a que lo han ratificado sin reservas. Por tanto, no vincula al Reino Unido que ni siquiera lo ha firmado, ni a Alemania, ni a los Países Bajos que no lo han ratificado. Otros países como Austria e Italia han limitado la aplicación del artículo 4 exclusivamente a los comportamientos calificados como delitos conforme a sus legislaciones nacionales.

⁴⁷ STEDH Mihalache v. Romania, Judgment, de 8 de julio 2029

⁴⁸ CHACON MATA, Alfonso 2015. “La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo” *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18, 35, 169-188. Cfr. SCIDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 131. La Corte constata este tipo de fraude y cita el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estatutos del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) y del Tribunal Internacional para antigua Yugoslavia (1993).

⁴⁹ En la versión inglesa del Estatuto el art. 20 se encabeza con el epígrafe “Ne bis in idem” y en la española inexplicablemente con el de “Cosa Juzgada” en circunstancias que la disposición enfoca el hecho desde la perspectiva de la prohibición y no desde el efecto *res iudicata*.

⁵⁰ También en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo 9 y en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 10.

⁵¹ El art. 20.3 b) ER remite a los instrumentos internacionales que reconocen entre sus garantías los principios procesales. Entre estos instrumentos se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, concretamente en su art. 14 y, desde luego en la Convención Americana en el art. 8 y también en el art. 25.

⁵² Se vuelve a constatar una diferencia entre la versión inglesa y la española del ER sobre todo en el supuesto b) del art. 20.3.

Una lectura atenta del precepto nos tiene que llevar a la conclusión que en el ER hay un solo grupo de casos de excepción al *non bis in idem*, el del propósito de proteger al imputado frente a un nuevo juicio. En el apartado a) se contiene una cláusula abierta y en el b) en referencia al anterior, solo lo que se hace es precisar que la inobservancia de las reglas del debido proceso es indiciaria de la ausencia de un juicio independiente o imparcial y de la voluntad de proteger al imputado por el crimen internacional pero, no cierra la posibilidad de valorar otras circunstancias que permitan inferir ese propósito como, por ejemplo, la imposición de una pena manifiestamente baja o que se fundamenta en una norma jurídicamente nula, por ejemplo, una autoamnistía. Otros casos serían, por ejemplo, aquellos en que la resolución base provenga de un tribunal que orgánicamente no sea objetivamente imparcial, como por ejemplo un tribunal militar.

La doctrina de la cosa juzgada fraudulenta o aparente ha sido aplicada por la CIDH en línea con lo que establece el artículo 20 ER. Para la CIDH el principio de cosa juzgada implica “la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso” y que incluso “si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada” las investigaciones pueden ser reabiertas “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos”⁵³.

La CIDH reitera que si bien el derecho al *non bis in idem* es un derecho humano reconocido por la CADH en el artículo 8. 4⁵⁴, no es un derecho absoluto y que no resulta aplicable a) si la actuación del tribunal tenía el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) si no hubo un procedimiento independiente e imparcial conforme a las reglas procesales y c) si no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia⁵⁵.

La CIDH ha apreciado cosa juzgada fraudulenta, por ejemplo, en un supuesto en que la sentencia del Estado nacional fue dictada en un procedimiento viciado en que no se valoraron todas las pruebas y resolvió, en consecuencia, que el Estado no podía invocar “como eximente de su obligación de investigar y sancionar” dicha sentencia que había emanado de un proceso que no cumplía los estándares de la Convención Americana⁵⁶. También en un supuesto en que el proceso se sustanció ante un tribunal militar y en que la sentencia absolutoria se fundó en una autoamnistía. En este caso, la CIDH señaló que el tribunal “no guardaba la garantía de competencia, independencia e imparcialidad” y que la aplicación de la autoamnistía tenía el propósito de “sustraer a los presuntos responsable de la acción de la justicia” y dejar el crimen en la impunidad⁵⁷.

Una situación homologable a la de la cosa juzgada fraudulenta es la llamada *litis pendencia fraudulenta*. Es también un fraude procesal cuyo objetivo es sustraer al inculcado de la acción de la justicia. Con este fin se abre un proceso que se eterniza deliberadamente con el propósito de prevenir la apertura de un nuevo proceso⁵⁸. Es el caso de las dilaciones indebidas de los procesos, por ejemplo, por la interposición abusiva de recursos de amparo de los procesados que las autoridades judiciales no resuelven en un plazo razonable. La CIDH “considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce al quebrantamiento de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y me-

En la versión inglesa la conjunción entre la primera frase y la segunda del art. 20.3 b) es copulativa y no alternativa como la que consta en la española. De esta manera, en el art. 20.3 b) según la versión inglesa no hay dos supuestos alternativos sino uno solo condicionado por la segunda frase, lo que tiene más sentido pues con ello se limitan las infracciones al debido proceso que indicarían una cosa juzgada fraudulenta solo a aquellas que valoradas según las circunstancias del caso sean indicativas de la voluntad de no someter a los imputados a la acción de la justicia. En el texto he plasmado una traducción libre personal que me parece más de acorde con el contexto del Estatuto.

⁵³ SCIDH, caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costa), Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 197.

⁵⁴ Artículo 8.4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

⁵⁵ SsCIDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 154; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costa), de 11 de mayo de 2007, párrafo 197, entre otros. También SsCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafos 131 y 132; caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, de 12 de septiembre de 2005, párrafo 98.

⁵⁶ SCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafo 132. 3

⁵⁷ SCIDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párrafo 155.

⁵⁸ OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, Madrid; Aranzadi, pp.118, 156, 198 a 201.

noscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones”⁵⁹.

En supuestos como este la CIDH concluye que cuando un proceso penal no se desarrolla en un plazo razonable hay una obstrucción que favorece la impunidad de los responsables de los crímenes contra los derechos humanos y que el Estado cuando la practica viola los artículos 8 y 25 de la Convención que reconocen como derechos humanos las garantías judiciales y la protección judicial respectivamente y omite con ello su deber de proteger y garantizar su vigencia conforme lo establece el artículo 1.1. de la Convención⁶⁰.

5.2. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

Como tuve ocasión de exponer en una publicación anterior es también un obstáculo que favorece la impunidad el principio de territorialidad que limita la competencia de los tribunales a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el territorio en que el Estado ejerce su soberanía⁶¹. De este modo, al estar la competencia de los tribunales nacionales limitada territorialmente no pueden conocer de otros hechos que no sean los cometidos dentro del territorio soberano del Estado. Este límite territorial de la jurisdicción constituye un obstáculo que favorece la impunidad del responsable de un crimen internacional contra los derechos humanos. Crímenes contra los derechos humanos cometidos en otro espacio territorial pueden quedar sin castigo si sus responsables se refugian en países que mantienen estrictamente la vigencia del principio de territorialidad. Los tribunales de estos países no tendrían competencia para investigar otros crímenes que no sean los cometidos dentro de su territorio, aunque esos crímenes sean crímenes internacionales.

Como se señaló anteriormente (supra 2.), la competencia de la CPI es complementaria de la de los tribunales nacionales⁶². Son estos tribunales, en consecuencia, los que están en la primera línea del cumplimiento de la obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a los autores de crímenes internacionales contra los derechos humanos y que sólo subsidiariamente y con limitaciones están dentro de la competencia de la CPI⁶³.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma se dice que los crímenes de competencia de la CPI “no deben quedar sin castigo y que, para tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Como puede apreciarse en el ER se confía en que para la persecución de estos crímenes los Estados parte creen el marco normativo necesario para que sus tribunales nacionales integrados en una red internacional puedan cooperar entre sí en beneficio de la erradicación de la impunidad.

El obstáculo favorecedor de la impunidad a remover es el principio de territorialidad que limita la competencia de los tribunales domésticos a los crímenes cometidos dentro de su espacio territorial. Como herramientas eficaces para conseguir superar este obstáculo territorial se contemplan la celebración de acuerdos internacionales que establezcan a) la obligación de los Estados de entregar o juzgar al posible responsable de un crimen internacional cuando se encuentre en su territorio (*aut dedere aut judicare*) que de algún modo es complementario de b) el principio de jurisdicción universal que legitima a los tribunales internos para investigar ciertos crímenes internacionales independientemente del hecho de que hayan sido o no cometidos dentro de su ámbito territorial⁶⁴.

⁵⁹ SCIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párrafo 211.

⁶⁰ SCIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párrafo 271.

⁶¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2021. “Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas” en *Justicia Criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*. Santiago de Chile. Thomson Reuters, pp. 413-44.

⁶² La complementariedad de la CPI se señala expresamente en el Preámbulo del ER, en el artículo 1º y se deduce de los artículos 17.1, 18 y 20.3 ER. La CPI solo intervendrá cuando los tribunales nacionales competentes no estén en condiciones o no tengan la voluntad política de conocer actuar.

⁶³ SOSA NAVARRO, Marta 2015. “Aut dedere aut judicare”, *Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad*, 8, pp. 171-182. Las limitaciones de la CPI que se destacan son: a) el carácter convencional del ER que obliga sólo a los Estados que son parte; b) el poder del Consejo de Seguridad de iniciar y suspender procesos ante la CPI; c) las dificultades probatorias que tendrá la CPI respecto de hechos que pueden haber ocurrido a miles de kilómetros de distancia y d) la limitación temporal de la CPI, que solo puede actuar respecto de hechos ocurridos después del año 2002, que no tienen los tribunales nacionales.

⁶⁴ Otros principios que legitiman excepcionalmente la aplicación extraterritorial de la ley penal son el de personalidad activa y el real o de protección. Ver OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal* cit. pp. 37 ss.

- a) El principio *aut dedere aut judicare*. Es la alternativa obligacional que se le presenta a un Estado en cuyo territorio se encuentra una persona indiciariamente responsable de un crimen internacional bien de entregarla a otro Estado o a un tribunal internacional competente para someterla a un juicio con todas las garantías o bien de enjuiciarlo el mismo. Se trata, como se ha señalado de “garantizar la persecución universal de los presuntos responsables de crímenes internacionales”⁶⁵.

Esta obligación alternativa de entregar a un Estado o de enjuiciar tiene carácter convencional⁶⁶. Pertenece, por tanto, al derecho internacional convencional y requiere, por tanto, un acuerdo internacional entre Estados que habrá de formalizarse en un convenio o tratado⁶⁷. En el ER la obligación *aut dedere aut judicare* se anuncia implícitamente en el Preámbulo en el genérico mandato a los Estados de que intensifiquen la cooperación internacional para evitar la impunidad y se infiere de la obligación de entregar a la CPI si el indiciariamente responsable está en su territorio⁶⁸.

El principio *aut dedere aut judicare*, además de la creación y modificación de normas internas requiere acuerdos de cooperación judicial que pongan a disposición de los tribunales domésticos esta ágil herramienta procesal tan necesaria para remover el obstáculo que representa para la investigación, enjuiciamiento y condena, si procede, del responsable de un crimen internacional, las fronteras que limitan el espacio territorial de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

- b) El principio de jurisdicción universal. Así como *aut dedere aut judicare* es una obligación convencional, la justicia universal es una decisión soberana de un Estado, de cualquier Estado, que resuelve declarar competentes a sus tribunales para investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a los autores de *los crímenes internacionales*, cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido y cualquiera que sea la nacionalidad de sus autores o de sus víctimas y sin que sea necesario que hayan sufrido perjuicio los intereses nacionales del propio Estado, pues solo así, con una competencia de los tribunales internos de esta amplitud, se puede dar un cumplimiento cabal al mandato de interdicción de la impunidad⁶⁹.

La capacidad de las jurisdicciones internas para conocer de crímenes internacionales debe ser valorada en el contexto de la naturaleza subsidiaria de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales y de la voluntad del orden jurídico internacional, como dice el Preámbulo del ER, de poner fin a la impunidad de los autores de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”. La atribución de esta competencia extraterritorial a las jurisdicciones nacionales es un paso más en la dirección de hacer efectiva una justicia penal universal.

De este modo, cualquier condición que se imponga a la competencia de los tribunales domésticos, como por ejemplo que los responsables se encuentren en territorio nacional o que existan víctimas nacionales, es incompatible con la jurisdicción universal. Una disposición reguladora de la competencia de los tribunales que incluya tales condiciones simplemente regula una aplicación extraterritorial de la ley penal. Los Estados suelen restringir el ámbito de la jurisdicción de sus tribunales por discutibles razones de conveniencia que nunca serán suficientes si se tiene en cuenta que la justicia universal y la persecución de los crímenes internacionales contra los derechos humanos, están al servicio de la protección de estos derechos y no de la razón de Estado⁷⁰.

⁶⁵ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza 2016. “La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, p. 207.

⁶⁶ SOSA NAVARRO, ob. cit. p. 172 s. Se discute en doctrina internacional si la discrecionalidad es total a la hora de elegir entre entregar o enjuiciar. En tanto que es una cláusula convencional habrá que atender al contenido de esta en cada uno de los instrumentos.

⁶⁷ SOSA NAVARRO, ob. cit. p. 177 s. Se discute en el derecho internacional si esta obligación es puramente estatutaria en cuyo caso solo obligaría a los Estados parte o si es de derecho consuetudinario en cuyo caso obligaría a todos los Estados.

⁶⁸ La cláusula *aut dedere aut judicare* se encuentra también, entre otros instrumentos convencionales, en los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a los crímenes de guerra y su Protocolo Adicional, en el Convenio sobre Tráfico de Personas de 1950, en el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, la Convención contra la Tortura de 1984 y la Convención para la Protección contra Desapariciones Forzadas de 2006.

⁶⁹ OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, pp. 63 ss., con interesantes aportaciones sobre la relación entre jurisdicción y soberanía.

⁷⁰ Fueron presiones de potencias comerciales extranjeras que no destacan por su compromiso con los derechos humanos y se vieron amenazadas, las que llevaron a España a reformular en el año 2009 el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que antes de la reforma podía considerarse que era jurisdicción universal se transformó en una regla de aplicación extraterritorial de la ley penal condicionada a la acreditación de alguno de estos hechos: a) que los imputados se encuentren en España; b) que existan víctimas de nacionalidad española; y c) la constatación de un vínculo de conexión relevante con España.

La jurisdicción universal es mucho más que eso, es un instrumento para la justicia universal. Se trata de que los autores de estos crímenes atroces, nos referimos a los llamados crímenes internacionales de primer grado como los califica acertadamente Ollé Sesé, es decir de los delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y contra la paz, no permanezcan impunes⁷¹.

6. CONCLUSIONES

- 1^a En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, de acuerdo con lo que establece el Estatuto de Roma, son los tribunales nacionales de los Estados soberanos los que están obligados por el principio de interdicción de la impunidad a perseguir penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos constitutivas de delito.
- 2^a Las violaciones de derechos humanos criminalizadas, de acuerdo con el Estatuto de Roma, se pueden clasificar como graves y más graves.
- 3^a Según se infiere del Estatuto de Roma las violaciones más graves de derechos humanos, es decir aquellas de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, son los hechos punibles que subyacen en el crimen de genocidio y en el crimen de lesa humanidad.
- 4^a El plus de antijuridicidad que permite valorarlas como las violaciones más graves de derechos humanos es en el genocidio la concurrencia del elemento subjetivo de cometer el hecho con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, étnico o religioso y en el crimen de lesa humanidad la del elemento objetivo de que el hecho sea la consecuencia de la realización de un plan estatal de violencia generalizada o sistemática contra la población civil.
- 5^a Las violaciones simplemente graves de derechos humanos serán los comportamientos punibles específicos que subyacen dentro de la categoría lesa humanidad que tengan carácter puntual, esto es, sin la concurrencia del plus de antijuridicidad que significa que el hecho sea la realización de un plan de violencia organizada por el Estado.
- 6^a Los comportamientos punibles específicos que subyacen en el crimen de lesa humanidad como por ejemplo asesinatos, torturas o desapariciones forzadas, cometidos puntualmente, es decir cuando no hay violencia organizada por el Estado, son también violaciones de derechos humanos que indiscutiblemente son graves. Sin embargo, a pesar de haber sido realizados por un agente del Estado y por una razón de Estado no son punibles como crímenes contra los derechos humanos en el código penal español sino como crímenes corrientes.
- 7^a La obligación internacional de España de proteger y garantizar los derechos humanos conlleva la de perseguir las responsabilidades penales de los autores de crímenes contra los derechos humanos no sólo de los más graves, genocidio y lesa humanidad, sino de todos los crímenes contra los derechos humanos. El cumplimiento de esta obligación implica que en España se reforme el código penal vigente y que en un capítulo especial con el epígrafe “Crímenes contra los derechos humanos”, se incluyan junto con el genocidio y el crimen de lesa humanidad, los delitos subyacentes cometidos puntualmente al margen de una violencia organizada por el Estado.
- 8^a La Corte Penal Internacional con su competencia sólo complementa a las jurisdicciones nacionales únicamente respecto de los crímenes de genocidio y lesa humanidad y sólo cuando sus tribunales no estén en condiciones actuar o no tengan la voluntad política de hacerlo. La complementariedad deja en la primera línea de defensa de los derechos humanos a los tribunales nacionales, pero con una competencia más amplia que la de la Corte Penal Internacional ya que no está limitada al genocidio y al crimen de lesa humanidad.
- 9^a El principio de interdicción de la impunidad obliga a los Estados a remover los obstáculos que favorecen la impunidad como las amnistías, la prescripción. Entre esos obstáculos a remover también se encuentran bajo ciertas y determinadas condiciones el non bis in idem, la litis pendencia y los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales.
- 10^a De lege ferenda los Estados deben armonizar en convenios internacionales mecanismos de asistencia recíproca para poder hacer efectiva la interdicción de la impunidad de los responsables de violaciones de

⁷¹ OLLÉ SESÉ, Manuel 2008. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: La Ley. pp. 184 ss. El autor distingue entre crímenes internacionales de primer y segundo grado. Los primeros serían para el autor los que lesionan los bienes jurídicos supranacionales más importantes o valiosos como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Dentro de esta categoría se comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra.

derechos humanos criminalizadas tales como la jurisdicción universal y su herramienta procesal el principio *et audere et judicare*. En el plano interno deben hacer las reformas necesarias para que en los códigos penales se sistematicen bajo un epígrafe explícito de crímenes contra los derechos humanos junto al crimen de genocidio y al de lesa humanidad, todos los crímenes contra los derechos humanos especialmente los hechos punibles que subyacen especialmente en este último, cuando son cometidos puntualmente, esto es al margen de un plan de violencia organizada por el Estado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria, 2000. *La responsabilité internationale de l'individu*. The Hagu/Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers.
- ACEBAL MONFORT, Luis 2014 *Derechos Humanos en España hoy. ¿Retórica o Futuro?* Madrid: Editorial ACCI
- AYALA CORAO, Carlos, 2007. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Santiago de Chile; Estudios Constitucionales, año 5, 1, Universidad de Talca, pp.127-201
- BANTEKAS, Ilias 2010. *International Criminal Law*, 4ª Ed. Oxford and Portland, Oregon: Ed. Hart Publishing.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2017. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- BUERGENTHAL, Thomas y THÜRER, Daniel 2010. *Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen*. Zürich: Dike Verlag.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán 2004. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán 2006. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio 2001. *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Deusto, Bilbao: Universidad de Deusto.
- CHACON MATA, Alfonso 2015. "La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo" *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18, 35, pp. 169-188.
- FONDEVILA MARON, Manuel 2017. "Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos". *Deusto: Estudios de Deusto* 65 (1), pp. 347-360.
- FONTANA, Josep, 2012. *Por el bien del Imperio. Una Historia del Mundo desde 1945*. Barcelona: Ed. Pasado & Presente.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL 2009. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional I*. Washington DC, Estados Unidos de América.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio 2011. "El control judicial interno de convencionalidad". México. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 28, 123-159.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2013. "Los condicionamientos políticos de la Justicia Penal Internacional del Estatuto de Roma" en Velásquez M, Posada R., Cadavid, Q. Sotomayor J.O. (coord.) *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*. Medellín, Colombia, pp. 1113-1142.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2021. "Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas" en *Justicia Criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*. Santiago de Chile. Thomson Reuters, pp. 413-441.
- HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, 2022. "La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma" en *Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Ignacio Bergudo Gómez de la Torre*, Tomo II. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 634 a 646.
- IRIGOIN BARRENNE, Jeanette, 1996. "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 23, 2 y 3, T. I, pp. 299-307.

- JIMENA QUESADA Luis, 2013. Jurisdicción nacional y control de convencionalidad, A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos, Cizur Menor, Aranzadi.
- KURTH, Michael E., 2002. Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat. Unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsresolution 1422, Baden: Nomos.
- LÓPEZ GARRIDO Diego, 2017. “El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes”, en Parlamento y Constitución. Anuario Nº 18, pp. 60 ss.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, 2018. “Constitución y protección internacional de los derechos humanos. El proceso de internalización del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en PENDAS (Dir.), España Constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas, Madrid, CEPC, 2018, Vol. I, pp. 771-787.
- MACKE, Julia, 2010. UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung, Berlin, Duncker & Humblot.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, 2011. “La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo.” Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXI, pp. 431-457.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2008. Justicia Universal para Crímenes Internacionales. Madrid: La Ley.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2019. Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal, Madrid; Aranzadi.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2019. “¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 521-546.
- ORENTLICHER, Diane, 2005. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fecha consulta 20/7/2022. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, 2016. “La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España”, Revista Española de Derecho Internacional, pp. 207-228
- de PRADA, José Ricardo, 2019. “Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 29.74
- de PRADA, Pilar Eirene, 2019. “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 191-230.
- SANDS, Philippe, 2017. Calle Este-Oeste, trad. Ramos Mena. Barcelona. Anagrama.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel, 2001. “Artículo 96” en Garrido Falla y otros Comentarios a la Constitución, 3ª ed., Madrid: Civitas, pp. 1499-1508.
- SOSA NAVARRO, Marta, 2015. “Aut dedere aut iudicare”, Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad, 8, pp. 171-182
- TORRES ZUÑIGA, Natalia, 2017. “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional, en Alejandro Saiz Arnaiz (dir.), Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 90-128
- VERVAELE, Jon, 2006. “El Principio de non bis in idem en Europa”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha consulta 20/7/2022. Recuperado <http://www.cienciaspenales.net>
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. Tratado de Derecho Penal Internacional. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LA POLÍTICA CRIMINAL EN TIEMPOS DE EXCEPCIONALIDAD ¿HACIA DÓNDE QUEREMOS IR?¹

CRIMINAL POLICY IN TIMES OF EXCEPTIONALITY: WHERE DO WE WANT TO GO?

Daniel Sansó-Rubert Pascual

*Profesor titular de Derecho Constitucional y Criminología
Universidad Europea (Madrid)*

¹ Investigación elabora en el marco del proyecto de investigación PID2020-117403RB-100, titulado, “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Así como, parte de la producción científica del Grupo de Investigación en Políticas Públicas, Seguridad Internacional y Gobernanza Global de la Universidad Europea.

RESUMEN:

En la actualidad nos encontramos ante un mundo cambiante en el que comienzan a tambalearse paradigmas y presupuestos tradicionales. La concepción hobbesiana de Estado y la configuración de las políticas criminales adeudan una revisión y reestructuración, para su acomodación a los desafíos en ciernes. La escena criminal vigente obliga, en términos de Política Criminal, a una permanente adecuación, especialmente ante los recurrentes escenarios de seguridad caracterizados por la excepcionalidad y el creciente recurso a figuras complejas no exentas de controversia como la razón de Estado y los denominados “estados de tensión”.

Pretender combatir las modernas manifestaciones de fenomenologías criminales complejas con políticas criminales y esquemas de seguridad del siglo XX, resulta inoperante. Ante los nuevos retos, impera adoptar nuevas respuestas. Por ello, resulta indispensable una reflexión en torno a los desafíos abiertos para la Política Criminal.

ABSTRACT:

Today we are facing a changing world in which traditional paradigms and assumptions are beginning to falter. The Hobbesian conception of the state and the configuration of criminal policies need to be revised and restructured in order to adapt to the challenges that lie ahead. The current criminal scene requires, in terms of criminal policy, a permanent adaptation, especially in the face of recurring security scenarios characterised by exceptionality and the growing recourse to complex figures that are not exempt from controversy, such as the *raison d'état* and the so-called «states of tension».

Attempting to combat modern manifestations of complex criminal phenomenologies with 20th century criminal policies and security schemes is ineffective. In the face of new challenges, it is imperative to adopt new responses. It is therefore essential to reflect on the challenges facing criminal policy.

PALABRAS CLAVE:

Criminalidad organizada, terrorismo, Política Criminal, estados de excepción, seguridad, derechos fundamentales, razón de estado, delito.

KEY WORDS:

Organised crime, terrorism, criminal policy, states of exception, security, fundamental rights, *raison d'état*, crime.

SUMARIO:

1.Criminalidad, razón de Estado y escenarios de emergencia. Consideraciones jurídico-constitucionales. 2.Entre las demandas de seguridad y las aspiraciones legítimas de libertad: crecientes tensiones en la confección de la Política Criminal. 3.La Política Criminal en “tiempos de tensión”. 4.¿Hacia una delineación de la Política Criminal en las Constituciones?. 5.Bibliografía

1. CRIMINALIDAD, RAZÓN DE ESTADO Y ESCENARIOS DE EMERGENCIA. CONSIDERACIONES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES

La razón de Estado convive con el Estado de derecho¹. Es una convivencia compleja plagada de desavenencias y desencuentros motivados por su consideración de facultad jurídica extraordinaria inherente a la soberanía, útil para hacer frente a situaciones excepcionales y que, debido a la utilidad pública o de la salvación de la república, -de acuerdo con el principio político *salus populi suprema lex est*- actúa en detrimento del derecho. Actuación amparada, precisamente, por la situación de emergencia en ciernes, que exige del Estado la adopción de medidas de carácter extraordinario no exentas de costes constitucionales.

El Estado justificará sus actuaciones por razones de necesidad, porque se trata del único medio de carácter excepcional en una situación de emergencia para garantizar la paz, la convivencia y la seguridad. Tal como acontece con la adopción de medidas excepcionales de diversa naturaleza, como respuesta a la amenaza conformada por la criminalidad organizada y el terrorismo².

La argumentación recurrente empleada por las autoridades para su justificación y amparo pone el acento en la extrema gravedad de la situación, la peligrosidad inherente de los fenómenos criminales implicados y el desafío que éstos representan. Con ello, persigue legitimar, a modo de justificación, las extralimitaciones en las que pueda incurrir y la adrogación de *motu proprio*, de poderes excepcionales para su combate “de manera eficaz”. La razón de Estado razonablemente argumentada es el único resquicio por el que podría asumirse la defensa del discurso totalizante de la seguridad sobre la razón democrática y el Estado de derecho.

No son raras las invocaciones a la razón de Estado o a algún elemento conectado o cercano a ella, en el ámbito de los Estados democráticos³, a pesar de que el recurso a su empleo arbitrario o de forma abusiva, represente un serio retroceso del Estado democrático de derecho. Aún, cuando el objeto último del recurso a la razón de Estado sea la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴. Con independencia de la bondad de su finalidad, representa la fragilidad del orden constitucional y la quiebra del propio Estado de derecho. Por lo tanto, debe existir un control jurídico de la razón de Estado. De lo contrario, ésta representaría, en su versión más descarnada, el triunfo del realismo político sobre el Derecho. El poder político, por inercia, como poder, trata de obtener para sí una autonomía e independencia para su actividad impensables en un Estado de derecho, cuya esencia se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos a la respectiva Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. El imperio de la ley propio del Estado constitucional de derecho.

Existe *a priori*, por tanto, una racionalidad política que arroja la adopción de las medidas de excepción. El *quid* de la cuestión reside en la capacidad de los gobiernos para efectuar un correcto análisis de situación sobre la peligrosidad e impacto de las manifestaciones de delincuencia capaces de subvertir el orden político establecido y de las opciones de políticas públicas al alcance para su control y erradicación, sin tener que recurrir al empleo de instrumentos excepcionales. Y es que la razón de Estado, en tanto que límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, debería ser objeto de una aplicación restrictiva⁵. Lo cual no siempre sucede. Sin perjuicio de aceptar que en determinadas situaciones la razón de Estado es el único e indispensable medio para salvar la democracia⁶.

2. ENTRE LAS DEMANDAS DE SEGURIDAD Y LAS ASPIRACIONES LEGÍTIMAS DE LIBERTAD: CRECIENTES TENSIONES EN LA CONFECCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Ahondando en la trascendencia que cobra la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, como estrategia de contingencia frente al empoderamiento de la criminalidad organizada, cobra especial relevancia la cuestión de las garantías vinculadas a la Política Criminal. Como sostiene BOBBIO, la importancia

¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997.

² SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 102 y ss.

³ Un ejemplo de referencia sobre los usos, malos usos y manipulaciones del concepto de razón de Estado con fines partidistas vid. SCIASCIA, Leonardo, *El caso Aldo Moro*, Barcelona: Destino, 1996.

⁴ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991, p. 12.

⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 438 y 439.

⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho*, cit., pp. 13 y ss.

de los derechos no está únicamente en la fundamentación, que es importante, pero sin perder el énfasis en su garantía, en tanto que el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy, no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Y no es un problema de técnica de creación jurídico-normativa como podría pensarse, sino político⁷. En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección en modo alguno invalida la existencia del derecho -como sostenía Kelsen-, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean políticas públicas, la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos. Medidas preferentemente preventivas para evitar la materialización de la transgresión y en caso de ser violados, medidas restaurativas que subsanen lo acontecido.

Por ello, sin ánimo de llevar a cabo un exhaustivo recorrido por la historia del desarrollo de la disciplina Política Criminal, no pasa desapercibido la existencia de una diversidad abundante de definiciones. Éstas, de forma muy sencilla, son factibles de aglutinar en dos grandes corrientes. Una de corte restringido, entendiéndola como política general del Estado, que se ocupa de la prevención de la criminalidad a través del recurso a medios penales -política penal- o bien, desde una aproximación más amplia, extrapenal, como el conjunto de medios utilizados en la lucha contra la criminalidad⁸: medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de delincuencia en una determinada sociedad⁹.

En este contexto, conseguir que las categorías “seguridad” y “libertad” sean compatibles en su aplicación práctica es un verdadero reto, no exento de acaloradas controversias. Esto es, a mayor seguridad mayor libertad, lo que, en parte, también funcionaría en sentido inverso. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que se trata de categorías que actúan dialécticamente y en contradicción. Aunque la experiencia práctica parece que no termine de apoyar esta postura¹⁰. Existe una cultura del miedo globalizada, donde crece la disposición a pagar con la moneda legítima de la libertad el precio de la seguridad perdida¹¹.

En consecuencia, la Política Criminal se ocupará del control y la prevención de la delincuencia, teniendo siempre como referencia la realidad social y criminal de cada etapa histórica, proponiendo las reformas legislativas y las estrategias e iniciativas extralegales necesarias para cumplir sus objetivos. Para maximizar su eficacia se deben conocer en profundidad las causas del delito y los factores coadyuvantes a su surgimiento, desarrollo y expansión. Imperativo, que introduce un notable desafío: a pesar de tratarse en origen de una disciplina valorativa¹², actualmente los valores y, en muchos casos las ideologías, no deben ser las que, en último término, ejerzan la guía de la Política Criminal. Se trata de cambiar esta forma de hacer “política”, de tal forma que la base fundamental sobre la que articular el constructo de la política orientada a la prevención delictiva, repose debidamente sobre una motivación más sólida: el equilibrio entre libertad y seguridad. Todo un clásico en el pensamiento y teoría jurídico-constitucional¹³.

La libertad es el valor que sobresale incondicionalmente, de manera que el dispositivo de seguridad será válido en la medida en que asegure la libertad, los derechos y las garantías de los ciudadanos. Cuando la democracia se encuentra en mayor o menor medida consolidada, el valor “seguridad” se coloca en la cúspide: la exigencia de la seguridad como elemento principal del bienestar; el bien esencial es el “ser en seguridad¹⁴”. Concepción, que implica interiorizar que la libertad sin seguridad es imposible y que la seguridad es libertad.

⁷ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 128.

⁸ SÁINZ CANTERO, José Antonio, “Realidad social y política criminal en la España de la transición”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 21, 1983, pp. 745-760.

⁹ SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson/Ministerio del Interior, 2005; SÁNCHEZ-OSTIZ GUIÉRREZ, Pablo y Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012, p. 25.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “Seguridad y Libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel (Eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2010; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La seguridad como amenaza*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

¹¹ BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad 124, 2004, p. 386.

¹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal. Constitución y Leyes*, Madrid: Colex, 2001; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 20.

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

¹⁴ DA AGRA, Cândido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 193-194.

Actualmente, las razones de seguridad son uno de los motivos habitualmente esgrimidos para limitar derechos, lo cual suele estar previsto en el derecho positivo. Son múltiples las normas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones¹⁵. Sin embargo, no se debe ignorar que alegar razones de seguridad para limitar la libertad en general, o ciertos derechos en particular, a veces carece de justificación y oculta motivaciones en exceso restrictivas. En todo caso, como argumenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cualquier iniciativa que comprenda la restricción de derechos podrá estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule¹⁶.

Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar, vía método deductivo, las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. Se pueden elaborar variables para esgrimir en la ponderación libertad-seguridad, pero la solución última adecuada y equilibrada (o sea, justa) sólo vendrá casuísticamente, es decir, en el análisis de los concretos casos que haya que afrontar, no siendo posible llegar a soluciones perfiladas totalmente a nivel teórico-abstracto. En todo caso, la clave de la seguridad democrática: la respuesta a los desafíos de la seguridad debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad¹⁷.

La aspiración y la exigencia de las sociedades actuales a disfrutar de una seguridad total e incondicional se ha convertido en un tópico, utópico. Por ello, ha empezado a transformarse en tendencia y a expandirse, el planteamiento de concebir la seguridad como un fin en sí misma –un derecho–, requiriendo la concentración y enfoque de esfuerzos en aras de su materialización. Visión, que postula conjugar su sentido instrumental, para lograr el máximo de libertad posible, con su valor final como derecho. Se plantea, por consiguiente, la sempiterna tensión, aparentemente irresoluble, entre la libertad y la seguridad¹⁸. Tensión, que tiene sus orígenes en la tradición filosófica y política liberal, que viene a defender que “sin seguridad, la libertad es efímera y transitoria”, y que “mientras que la libertad es lo que más desean las personas, su seguridad y la seguridad de la propiedad es la condición necesaria para que la libertad se realice¹⁹”. También hay que considerar, en el contexto de esta tensión, que un incremento de las medidas de seguridad, no necesariamente reportan mayores niveles de libertad, a efectos de romper esa pretendida relación de causalidad de que, a mayor seguridad, mayores cotas de libertad, que no se corresponde necesariamente con la realidad²⁰.

En este sentido, GARZÓN y MANJÓN-CABEZA, destacaron en su día que “la seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad y, aun suponiendo posibles conflictos entre una y otra, la primacía corresponde a la libertad, pues la misma no sólo se plasma en distintos derechos individuales, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico, característica ésta que no se predica generalmente en los textos constitucionales con respecto a la seguridad²¹. Entender la seguridad, no como la seguridad material, colectiva o ciudadana, sino como garantía de libertad²².

Actualmente, las sociedades reclaman la seguridad, la protección como si de un derecho fundamental se tratase. La seguridad ha dejado de ser una lejana garantía constitucional para convertirse en un bien o, incluso, en un derecho exigido por los ciudadanos. De ahí surge la demanda social de una nueva política de seguridad dirigida al Estado²³ y, quizá, de una oportunidad de una reforma constitucional del sector de la seguridad.

¹⁵ Sirvan como ejemplo en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos los artículos 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? : un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Internet, un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 16.

¹⁸ BERNUZ BENEITEZ, M^a José y M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006, p. 19.

¹⁹ HUDSON, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003, p. 40.

²⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.

²¹ GARZÓN, Baltasar y Araceli MANJÓN-CABEZA, “La Ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?”, *Claves para la Razón Práctica*, núm. 24, 1992, p. 4.

²² GARCÍA INDA, Andrés y SUSÍN BETRÁN, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, p. 344.

²³ DA AGRA, Cândido; QUINTAS, Jorge y João FONSECA, “De la seguridad democrática a la democracia de seguridad: el

Siguiendo los postulados de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, hay que asumir la premisa de que la seguridad a cualquier precio se devalúa; requiere de una legislación adecuada para garantizar su eficacia y respeto a las libertades y derechos de los ciudadanos. Necesidades, que llevan aparejadas como requisito indispensable, una legislación funcional y suficientes mecanismos de control, que delimiten el marco de actuación y las capacidades de maniobra en el ejercicio de los mecanismos destinados a la preservación y defensa del Estado, especialmente en lo tocante al uso de la fuerza pública, instrumento de especial sensibilidad constitucional. La acción del Estado generará más legitimidad en la medida en que el Estado mismo se conduzca bajo un irrestricto apego al Derecho. Cualquier extralimitación, aunque pudiese acarrear éxitos en la contienda, fuera de los supuestos razonables de la razón de Estado democrática, resulta inadmisibles por contravenir el Estado constitucional de derecho mismo, que se busca consolidar²⁴.

Simplificando la problemática de la coexistencia de la libertad y la seguridad al máximo posible para su mejor comprensión, cabría reconducirla al terreno de los límites de los derechos fundamentales. La propia densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se pueden emplear son, por lo tanto, variadas y su explicación excede con mucho el propósito y orientación temática de este análisis²⁵. En todo caso, la clave de bóveda de todo este debate acerca del pretendido equilibrio entre libertad y seguridad podría encontrarse en la idea de proporcionalidad y en consecuencia, en evitar que, derivado de la búsqueda de mecanismos de represión de la criminalidad, se acabe incurriendo en el favorecimiento de un retraimiento en términos democráticos de las opciones de disfrute de los derechos y libertades, que tanto esfuerzo y sacrificio ha costado su reconocimiento e implantación, mermando con ello la calidad democrática.

REVENGA SÁNCHEZ advierte al respecto que, “cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de la libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que resta también peso al valor de la seguridad”. Y afirma, que “la seguridad nacional no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional²⁶”. La eficacia en esta tarea no debe cuestionar el debido respeto a los derechos fundamentales de los individuos: la búsqueda de la seguridad no puede conducir al sacrificio de la dignidad de la persona, ni de los derechos que le son inherentes²⁷.

Así las cosas, comúnmente se acepta el que ciertas exigencias de seguridad pueden configurar límites legítimos (esto es, justificados y, por ende, aceptados en la Teoría de la Constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que no hay derechos fundamentales absolutos, todos tienen límites²⁸. El reto reside en precisar correctamente estos límites en el desarrollo de las políticas de corte criminal y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica.

3. LA POLÍTICA CRIMINAL EN “TIEMPOS DE Tensión”

Cuando los parámetros ordinarios de la seguridad y las medidas de excepción constitucionales estipuladas son insuficientes para atajar la amenaza criminal, el Estado se ve impelido a recurrir a otras estrategias de naturaleza extraordinaria. Los “períodos de tensión” no son ni tiempos normales, ni tiempos de crisis. La concesión y duración de poderes excepcionales para casos de emergencia resulta problemática, no con respecto a su uso apropiado como medio de combatir amenazas para la supervivencia del orden constitucional, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación o la prolongación de dichos poderes. Los tiempos de tensión difieren de los escenarios de excepcionalidad, fundamentalmente, en términos de gravedad, intensidad y duración de las amenazas existentes en cada caso.

La literatura jurídica define los estados de excepción como una institución de carácter constitucional o legal, que entra en vigor como consecuencia de la aparición de circunstancias excepcionales, conjuntamente con una

caso portugués”, cit., pp. 185-186.

²⁴ Ibid., p. 12.

²⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible?: un análisis ante la realidad de Internet”, cit., pp. 13 y ss.; BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

²⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

²⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.

²⁸ SANSÓ-RUBERT ASCUAL, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

normativa especial, que sustituye de forma parcial y con carácter temporal a la normativa ordinaria, emanada de la necesidad de autoconservación. Su legitimidad radica en su naturaleza, cuyo auténtico fin es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de derecho²⁹ y del respeto por los derechos. La salvaguarda del orden existente en la sociedad y no otro³⁰. Consecuentemente, la emergencia no comporta el tránsito de un Estado de derecho a un Estado de poder, sino la adecuación del Derecho a una situación excepcional, en el marco del modelo democrático. No debe entenderse como algo extraño al Estado de derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario, que se necesita para su defensa³¹. Se trataría pues, de una aplicación preferente, basada en el principio de *lex specialis*, de esta normativa extraordinaria frente a la normativa ordinaria, que rige en circunstancias normales.

Nace así lo que doctrinalmente se conoce como “Derecho de excepción³²”. Derecho, que ha de funcionar como una garantía constitucional frente a situaciones de crisis³³. Recalcar, que no representa la excusa para que el Ejecutivo despliegue un poder omnímodo, sino que, como reseña CRUZ VILLALÓN, debe cumplir el objetivo de protección, garantizando no sólo la superación de la crisis, sino la vuelta a la Constitución legítima original³⁴. La Constitución parte de una determinada concepción de la realidad social que pretende regular y configura un proyecto en relación con una situación considerada normal, de manera que, cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación distinta, debe de seguir garantizando su propia eficacia³⁵. Surge así la distinción entre situaciones de normalidad y situaciones de excepción aplicado a la Constitución y ésta tiene que saber reaccionar para salvaguardar su propia permanencia y dar solución a las situaciones de anormalidad constitucional³⁶. El Derecho de excepción se articula como una defensa extraordinaria de la Constitución que permite, bajo estrictos controles jurídicos y políticos, la adopción de medidas excepcionales y temporales, cuyo objetivo es la vuelta a la normalidad. De manera que la restricción de derechos y la concentración de poder en manos del Ejecutivo tienen una vigencia limitada. Se trata, en definitiva, de evitar que lo excepcional se convierta en lo normal³⁷.

El problema derivado del recurso a estas herramientas jurídico-constitucionales como estrategias de política criminal en respuesta al desafío constitucional que representan determinadas modalidades de delincuencia como el terrorismo o la criminalidad organizada es la proliferación de su empleo bajo términos que se alejan notablemente del ideal constitucional para el que fueron previstas, desembocando en una aplicación extralimitada e, incluso, arbitraria de estas instituciones de emergencia. Los Estados, desbordados por la intensidad y fuerza de la amenaza criminal que estas fenomenologías delictivas conforman han recurrido a este tipo de instrumentos, pero corrompiendo las pautas legales previstas para su aplicación³⁸ e incurriendo en desmanes. Puesta en prác-

²⁹ NOHLEN, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 73-74; ALZAGA VILLAMIL, Óscar, et. al., *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

³⁰ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, indica que “lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad”, en “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

³¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.

³² CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 17.

³³ COLOMER VIADEL, Antonio, *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*, cit., pp. 26 y ss.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, p. 17.

³⁵ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 286-294.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 20 y ss. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La defensa política de la Constitución: Constitución y estados excepcionales”, *Revista de Derecho*, UNED, núm. 4, 2009, pp. 263-296.

³⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, núm. 18-19, 1983, pp. 31-58.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm.19, 2013, pp. 449-454; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

³⁸ La declaración de emergencia requiere de la concurrencia de determinadas circunstancias como la intervención del parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. La definición legal del estado de emergencia tiene por objeto precisamente garantizar los derechos

tica, que ha dado pie a la transgresión de los derechos fundamentales en nombre del orden constitucional que se pretende salvaguardar.

Peor aún, de la mano de planteamientos rigurosamente securitarios, las políticas criminales adoptadas tienden a instaurar una progresiva tendencia a evitar supeditarse a los requisitos de cumplimiento constitucionales estrictos. Para ello, se han introducido una serie de reformas permanentes en las leyes, podría decirse que con una cierta “animosidad próxima al fraude constitucional”, que desvirtúan las medidas, tal y como estaban diseñadas en origen³⁹. Fórmula para eludir los controles constitucionales más estrictos, manteniendo la apariencia incólume de la legalidad.

La función de guarda constitucional está siendo sometida a una dura prueba, debido a que la legitimidad inicial de la legislación no sólo no conduce al éxito pretendido con la aplicación de las medidas de política criminal perfeccionadas, sino que se desliza peligrosamente hacia situaciones de abuso del derecho. La concesión y duración de poderes excepcionales para los supuestos “períodos de tensión” resultan problemáticos, no en términos de mayor o menor legitimidad, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación o la prolongación de dichos poderes⁴⁰, así como en relación con el establecimiento y salvaguarda del cumplimiento de los límites⁴¹, que necesariamente deben tenerse en consideración para no incurrir en la total transgresión de los derechos más elementales⁴². No cabe, bajo ningún concepto, la adopción de tales medidas sin ningún tipo de cortapisas o mecanismos de control y/o revisión. Hasta el punto, de que se ha generado todo un discurso que, recurriendo a la lucha contra las expresiones más graves de delincuencia como excusa, sitúa a los Estados en situaciones donde la sobre-reacción de la respuesta implica la quiebra de la democracia constitucional en favor de planteamientos de dudosa raigambre constitucional, cuanto menos, como peaje.

Realidad, que está generando una paradoja peligrosa al transformar de facto la excepción en regla. En palabras de AGAMBEN, “el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea⁴³”. Más aún, de acuerdo con varios autores⁴⁴, el panorama presente tras el reconocimiento del constructo “estados de tensión” ha derivado en la asimilación de una situación totalmente nueva: una excepción de larga duración, que escapa a la dicotomía norma-excepción, con todo el peligro que esto conlleva para los procedimientos democráticos⁴⁵. En definitiva, asumir la posibilidad de instaurar un escenario, que no es reflejo ni de tiempos de normalidad, ni de tiempos de crisis, situándose en un punto intermedio de compleja delimitación.

En tal situación, la normalidad de la vida en el Estado se ve sometida a un peligro de naturaleza e intensidad en un grado extraordinario y constante, que puede concretarse en cualquier momento con graves consecuencias para las personas y que da lugar a una sensación generalizada de inseguridad permanente. Sin embargo, dicho peligro no alcanza una intensidad puntual suficiente, sino que crea un estado de riesgo permanente para la es-

fundamentales y ofrecer la garantía de que el Estado no puede abusar de la situación y hacer ineficaz la parte más esencial de la Constitución. SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503; VILLEGAS DELGADO, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, JULIOS-CAMPUZANO de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017, p. 280.

³⁹ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, cit., pp. 225 y ss.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1.029-1.040.

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, pp. 13-23; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 11, pp. 83 y ss.; DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93-118.

⁴² CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984; NAVAS CASTILLO, Antonia, “El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio”, PAU y VALL, Francesc, *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1987; LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

⁴⁴ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, p. 1039. COLE, David, FABBRINI, Federico, y Arianna VERDASCHI (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013; POSNER, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.

⁴⁵ ROSENFELD, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.

tabilidad y buen desempeño del sistema constitucional⁴⁶. Tendencia, que los constitucionalistas han descrito como una normalización del Derecho excepcional o “normalización de la excepción⁴⁷”. Se produce una pervisión de los instrumentos constitucionalmente establecidos por una práctica y reconocimiento mal entendidos de las situaciones de excepcionalidad, al sucumbir a la presión generada por los ya citados, estados de tensión criminal. En consecuencia, las medidas adoptadas impulsadas por la necesidad apremiante de responder a la presión delictiva, lastran el fortalecimiento democrático al adoptar medidas de política criminal *ad hoc* que carecen, en su configuración, de las preceptivas garantías constitucionales; lo que dificulta su control y el aseguramiento de que la normalidad retornará lo más rápidamente posible.

4. ¿HACIA UNA DELINEACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS CONSTITUCIONES?

De entrada, resulta incoherente pretender encontrar en la Constitución una solución para tratar el fenómeno de la criminalidad. De ordinario, la reacción al delito proviene, predominantemente, de las normas que regulan el Código Penal y el proceso criminal. De hecho, tradicionalmente, la doctrina constitucional ha sido recalcitrante en lo tocante a la utilización de la Constitución como instrumento de codificación penal, en la que se regulen tipos penales o se introduzcan directrices en el propio Texto Constitucional de naturaleza político criminal. Tendencia absolutamente entendible, si se tiene en consideración el hecho de que, hasta fechas muy recientes, las manifestaciones existentes de criminalidad no constituían un problema de naturaleza constitucional.

Sin embargo, el debate se centra determinadas formas específicas de criminalidad que se han erigido como un desafío al orden constitucional. No en vano, a pesar de que en términos generales los Textos Constitucionales no recogen la amenaza criminal es factible, sin embargo, identificar referencias en los textos de las Cartas Magnas en los que se puede entender que existen alusiones indirectas a la criminalidad organizada o al terrorismo con otro tipo de nomenclaturas acordes a la época de su elaboración. Prácticamente todas las Constituciones en sus textos aluden a la prohibición expresa de constituir bandas armadas, asociaciones secretas, paramilitares o con fines ilícitos, o que empleen para la consecución de sus objetivos, inicialmente legales, medios peligrosos o constitutivos de delitos⁴⁸. Hoy, una interpretación extensiva, desde luego a buen seguro no exenta de polémica, posibilitaría su asimilación a la prohibición directa de la creación de organizaciones para delinquir, esto es, la prohibición y el rechazo constitucional de todo tipo de manifestación de estructura criminal organizada en su amplio espectro.

El interés del reflejo constitucional de este rechazo reside en que esta prohibición constitucional generalizada, podría ser la ventana de oportunidad necesaria para adoptar un amplio espectro de opciones de refuerzo de la respuesta ante determinadas amenazas de criminalidad organizada y terrorismo con aval constitucional.

En esta línea, actualmente, a raíz del auge en las últimas décadas del crimen organizado y de diversas manifestaciones de terrorismo se ha avivado el debate para dilucidar la conveniencia y utilidad de la incorporación de reformas constitucionales en favor de introducir diversos aspectos regulativos específicos al respecto en las constituciones. Especialmente, el discurso ha cobrado cierta relevancia en aquellas áreas geográficas y Estados, que han tenido y tienen que enfrentar estos flagelos.

A pesar de estas reflexiones incipientes, aún la tendencia apunta a la poca receptividad doctrinal a adoptar este tipo de medidas, bien por ausencia de convicción, o simplemente por las dificultades existentes para llevar a cabo reformas sustanciales de los Textos Constitucionales ante la rigidez de su sistema de reforma y la falta de

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1039 y ss.

⁴⁷ CARBONELL, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.

⁴⁸ Sirva a modo de ejemplo el artículo 22.5 y 2 respectivamente de la Constitución española); Artículo 18 Constitución Italiana: Los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente, sin autorización, para fines que no estén prohibidos a los individuos por la ley penal. Estarán prohibidas las asociaciones secretas y las que persigan, incluso indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar. En Alemania el artículo 9 del texto constitucional [Libertad de asociación]: 1. Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades. 2. Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. 3. Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. En la Constitución de El Salvador, en su artículo 7.- Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación. Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial.

consenso político existente en relación con este tipo de debate. Escenario análogo al ocurrido años atrás con el terrorismo de sesgo independentista o ideológicamente de izquierdas, donde la experiencia de cada Estado al respecto determinó la inclusión o no del terrorismo y de algunas regulaciones al respecto por la vía constitucional⁴⁹. Debate, que se ha reeditado recientemente a colación de la virulencia alcanzada por las manifestaciones del terrorismo yihadista orquestado por Al Qaida y el autodenominado Estado Islámico o Isis y de sus respectivas pléyades de organizaciones satélite⁵⁰.

Caso paradigmático ampliamente estudiado lo representa la Constitución española de 1978. Una *rara avis*, en tanto que a través de su artículo 55.2, menciona expresamente el fenómeno terrorista⁵¹, confiando a la Ley orgánica la previsión de las limitaciones de los derechos de determinadas personas en relación con investigaciones ligadas exclusivamente a las acciones de bandas armadas y elementos terroristas⁵². Se trata de un “unicum” en el panorama constitucional, habiendo introducido en origen la Constitución un mecanismo especial, desvinculado de la declaración de los estados de emergencia⁵³. Es oportuno insistir, alineándose con TENORIO SÁNCHEZ⁵⁴, que España es prácticamente el único país, de entre las democracias de nuestra cultura jurídica y política, cuya Constitución contempla explícitamente el terrorismo, así como algunas medidas para hacerle frente; en concreto, la habilitación de la suspensión de determinados derechos a título individual⁵⁵. Esta opción, a pesar de que las democracias se estén inclinando por fórmulas diferentes, podría entenderse como una verdadera aportación a un constitucionalismo⁵⁶ defensivo.

Volviendo a lo tocante con respecto a la instrumentalización de la Constitución con fines de política criminal, la pregunta que cabe plantearse es acerca de la utilidad de incorporar la mención de la criminalidad organizada o el terrorismo en la Norma Fundamental y en qué términos. Su regulación constitucional puede contribuir a crear marcos políticos y jurídicos, que encaucen la respuesta estatal. La motivación perseguida es la de dotar

⁴⁹ Algunas excepciones son, por ejemplo, la Constitución portuguesa que, por el contrario, menciona tres veces el fenómeno del terrorismo, como consecuencia de actualizaciones del Texto Constitucional. El artículo 33.3 se refiere al terrorismo como excepción a la prohibición de extradición; el artículo 34.3, introducido por la Ley constitucional núm. 1 de 12 de noviembre de 2001, consiente el acceso nocturno al domicilio privado en casos flagrantes o su autorización por parte de la autoridad judicial ante hipótesis de crímenes de terrorismo y el artículo 207.1 prevé que el jurado no sea competente para juzgar los crímenes de terrorismo.

⁵⁰ En Francia, por ejemplo, se ha planteado la opción de retirar la nacionalidad a aquellos individuos que militen activamente en organizaciones terroristas. ALBA FERRÉ, Esther y Lidia MORENO BLESÁ, “¿Puede el terrorismo ser combatido con la pérdida de la nacionalidad?”, Pulido Gragera, Julia y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Seguridad y Derecho. Principales desafíos a debate*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 21-42.

⁵¹ Al igual que en aquellos países que, como España, han sido durante largo tiempo objeto del flagelo del terrorismo, lo que propició su inclusión en la Constitución Española de 1978. El artículo 55.2 CE sólo puede explicarse a partir de la existencia de la banda terrorista ETA y la virulencia de su actuación durante el proceso de Transición política. En ese contexto de violencia contra el Estado, el recurso a la suspensión individual de derechos fue una constante desde la entrada en vigor de la Constitución, existiendo por tanto desde bien temprano “legislación antiterrorista” en desarrollo de la habilitación constitucional. Realidad que permite entender la iniciativa de países, donde la principal amenaza del Estado y del orden constitucional sea la criminalidad organizada, cómo se está incorporando progresivamente ésta, de forma directa o indirecta en el texto de la Carta Magna, para habilitar toda una legislación en su contra, que incorpore mecanismos constitucionalmente amparados para afrontar este desafío. BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1994.

⁵² “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 (El derecho a la libertad y seguridad personales), y 18, apartados 2 (El derecho a la inviolabilidad del domicilio) y 3 (El derecho al secreto de las comunicaciones), pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. Artículo 55.2. Constitución Española de 1978.

⁵³ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE”, López Guerra, Luis y Eduardo Espín Templado (Coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 275 y ss.

⁵⁴ TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Constitución y legislación antiterrorista”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 553-605.

⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Suspensión individual de derechos”, Aragón Reyes, Manuel (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 232 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Artículo 55. La suspensión de derechos”, Alzaga Villamil, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1996, pp.409-466; VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 564 ss.

⁵⁶ TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo*, cit., pp. 65 y ss.

al Estado de medios de lucha al máximo nivel legal. Iniciativa que, pierde su posible sentido, en todo caso, si la incorporación de determinadas amenazas al Texto Constitucional después no repercute en un correcto desarrollo normativo e institucional. Por ejemplo, FERRAJOLI critica que se observe una divergencia entre la normatividad plasmada en el modelo constitucional y la ausencia de esta, en los mismos términos, en sus niveles inferiores -normas ordinarias-, lo que conlleva el riesgo de hacer de la Constitución una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica de su entramado. Es decir, una Constitución que finalmente no obliga⁵⁷, inactuada que diría CALAMANDREI⁵⁸.

Por otro lado, otra justificación de la relevancia de incorporar dichas amenazas al orden constitucional en el Texto Constitucional o hacer, al menos, una interpretación constitucional extensiva de ellas interpretándolas como análogas a las asociaciones constitucionalmente prohibidas, obedece a la necesidad de ofrecer un respaldo al desarrollo de la Política Criminal, entendida a grandes rasgos como “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo los límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad⁵⁹”.

Ante la situación crítica que enfrentan algunos Estados, potenciar constitucionalmente dicho respaldo representa una contribución esencial, que dota a las autoridades de nuevos elementos para avanzar en la lucha contra estas lacras sin menoscabo de los derechos fundamentales tutelados por el Estado. Su inclusión en la Constitución facilita y favorece emprender las acciones pertinentes, para implementar las políticas públicas indispensables ante la puesta en peligro de la soberanía misma de los Estados. Permite articular instrumentos de defensa constitucional al más alto nivel, incluso en situaciones extremas de cooptación del Estado, en donde la propia capacidad de autodefensa de la Constitución permitiría contrarrestar sus efectos nocivos escenarios complejos de captura criminal. La búsqueda de la obligatoriedad de la actuación, por mandato constitucional, de las políticas públicas adecuadas al respecto. Básicamente, constitucionalizar la figura de la criminalidad organizada y el terrorismo⁶⁰ supone la importancia de someter a estos fenómenos al escrutinio del Derecho Constitucional y al mandato constitucional de repelerlo. De esta forma, la Carta Magna marca los ejes que guiarán las políticas públicas, incluyendo la política criminal correspondiente, desde el paradigma de la garantía de los derechos constitucionales y las libertades públicas⁶¹.

Igualmente, su reconocimiento en el articulado de la Carta Magna posibilita, a nuestro juicio, la apertura de una pluralidad de acciones, así como la activación del mandato constitucional que obliga al desarrollo legislativo oportuno. Cuestión vital para muchos Estados que, actualmente, no solo no disponen de legislación básica, sino que tampoco poseen instituciones policiales o judiciales especializadas en estas concretas manifestaciones criminales complejas, ni sus códigos penales siquiera contemplan las correspondientes figuras tipificadas. Estados desprovistos de toda capacidad de respuesta, cuya única baza para reconducir la situación puede ser el reflejo constitucional de las amenazas al permitirles, al menos, proveerse por imperativo constitucional, aunque sea, de un mínimo elenco de medidas jurídicas e institucionales para hacerles frente. Y, en caso de que las autoridades e instituciones pertinentes no procedan a hacerlo, por influencia criminal a través de la corrupción (omisión de aplicar la Constitución), dispondrían de los mecanismos para reclamar la actuación constitucional inactuada. En suma, quienes están promoviendo las reformas constitucionales para incorporar una delineación constitucional político criminológica, lo que pretenden con ello es disminuir los altos niveles de impunidad derivados de la ausencia de regulación deficitaria.

El ejemplo paradigmático de este posicionamiento favorable a la delineación constitucional de la política criminal a través de la Carta Magna es México. País fuertemente castigado por la presencia y actividad del crimen organizado, que adoptó en la reforma constitucional de 1993⁶² (artículo 16 párrafo séptimo de entonces⁶³), la

⁵⁷ FERRAJOLI, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2006: p. 851.

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero, *Fe en el Derecho*, cit., p. 42.

⁵⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (Coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, México: UNAM-INACIPE, 2009.

⁶¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT, Daniel: “El recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior. El caso iberoamericano”, cit., pp. 737-760.

⁶² Reforma a la Carta Magna publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 con la cual se inserta y alude por primera ocasión en el Texto Constitucional a la delincuencia organizada.

⁶³ Artículo 16.7: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

determinación de introducir, por vez primera en el panorama jurídico constitucional nacional, el fenómeno de la delincuencia organizada. En esta ocasión se trató de la mera introducción del concepto a nivel constitucional, con la única intención de permitir al Ministerio Público duplicar el plazo constitucional de detención legal de 48 a 96 horas en los casos de criminalidad organizada⁶⁴, sin mayores implicaciones o consecuencias derivadas en el aspecto jurídico⁶⁵. Posteriormente, se articuló una segunda reforma constitucional el 3 de julio de 1996, que goza del reconocimiento positivo de parte de la doctrina constitucional mexicana, como un antecedente necesario para la expedición posterior de la ley especial en materia criminal: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor solo unos meses después de la referida reforma constitucional⁶⁶. En el 2008⁶⁷ se implementó otra reforma en materia de seguridad y justicia, que dotó, esta vez sí, de una importante carga legislativa asociada al rubro de la delincuencia organizada⁶⁸. Se introdujo todo un sistema normativo y de herramientas jurídicas para luchar contra las organizaciones criminales⁶⁹. El constituyente mexicano optó en esta ocasión, por potenciar como estrategias frente a la criminalidad organizada el recurso a medidas de prevención, intervención y respuesta. Medidas, que se ejemplifican a través de la asunción de un sistema penal acusatorio, la presunción de inocencia, el derecho a la reparación del daño a la víctima del delito, por citar algunos ejemplos relevantes, suficientemente ilustrativos de medidas y principios político criminológicos establecidos en el marco constitucional que no admiten duda, por lo menos de su existencia en la norma suprema; la cuestión radica en si esta práctica tiene cabida, sentido y utilidad y si es válida para el constitucionalismo moderno.

Y es que, a medida que ha ido aumentando la percepción de amenaza y peligrosidad para el orden constitucional, han comenzado a generarse transformaciones en los Textos Constitucionales, especialmente en el área geográfica de América Latina, con México a la cabeza, para introducir la delincuencia organizada o, de forma más concisa, alusiones al narcotráfico y/o los tráfico ilícitos, con la finalidad de otorgar competencia constitucional a las fuerzas armadas en su contingencia⁷⁰, por ejemplo. Progresivamente, en las nuevas Constituciones de finales del siglo XX y principios del siglo XXI o a través de modificaciones efectuadas expreso, se han empezado a introducir en el acervo constitucional de los Estados, algún tipo de referencia, más o menos explícita, a la criminalidad organizada⁷¹. Lo cual, sirve para dar cuenta de una idea lo suficientemente clara de la problemática a enfrentar⁷².

Desde la perspectiva doctrinal que representa a los detractores de esta estrategia de soporte constitucional de la política criminal son varias las observaciones que se introducen para matizar la tesis de la necesaria constitucionalización de la lucha contra la criminalidad organizada. De entre todas ellas, las que comportan un mayor peso son las que reflejan, de una parte, el rechazo a la calificación como normas constitucionales de aquellas disposiciones relativas a la política criminal introducidas en la Norma constitucional. Recalcan, que la introducción del rubro criminalidad organizada lleva aparejado incorporar simultáneamente en la Constitución toda la problemática criminológica y jurídica derivada del concepto y las características de la fenomenología criminal organizada. Además, la existencia de una definición legislativa internacionalmente compartida y no constitucional de la criminalidad organizada, vendría a limitar el valor de la Constitución y a supeditarla a una norma de categoría inferior. Desde otra perspectiva, se cuestiona abiertamente su utilidad; si estas disposiciones no deberían formar más bien parte de una legislación que pertenece a una categoría jerárquicamente inferior.

⁶⁴ BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013, pp. 65 y ss.

⁶⁵ Ibid., p. 31.

⁶⁶ Ibid., pp. 48 y ss.

⁶⁷ Reforma constitucional mejicana de junio de 2008 al sistema completo de seguridad y justicia, que incluyó una regulación constitucional especial para la delincuencia organizada, a través del decreto del 18 de junio de 2008, que incorporó un nuevo modelo procesal penal y reguló la delincuencia organizada, así como algunas figuras paralelas, pero íntimamente relacionadas (como la extinción de dominio).

⁶⁸ BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013, p. 33.

⁶⁹ Ibid., p. 65.

⁷⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, cit., pp. 193 y ss.

⁷¹ Artículo 16 de la Constitución de México “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Última reforma DOF 29 de enero de 2016.

⁷² ZAMORANO GUZMÁN, Cristian, “Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?”, *Papeles Políticos*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 211-234.

Sin duda, la opción de constitucionalizar las manifestaciones más aviesas de delincuencia, criminalidad organizada y terrorismo plantea multitud de problemas. Y, el análisis de la práctica constitucional actual de los Estados en este ámbito confirma, realmente, el desinterés respecto de la Norma constitucional para administrar las amenazas al orden constitucional, en favor de la ley. A pesar de ello, las tibias iniciativas que están surgiendo determinarán si se trata de algo puramente anecdótico, o la semilla de una transformación en la orientación doctrinal.

Aunque la doctrina mayoritaria continua siendo recalcitrante a la hora de rechazar la utilización de la Constitución como “instrumento de codificación penal”⁷³ o que en el Texto Constitucional se originen y alberguen directrices político-criminales, no puede obviarse que las bases de las estrategias de lucha contra la delincuencia organizada derivan necesariamente de la Constitución como Norma Suprema, debiendo tener en consideración sus preceptos, principios, contenidos y delimitaciones constitucionales, y obrar acorde a ellas, como cualquier otra normativa, sujeta al requisito de constitucionalidad, para no incurrir en inconstitucionalidad.

Resumiendo, la intencionalidad que alberga la regulación constitucional de la criminalidad organizada y el terrorismo obedece a la estrategia de fomentar la creación de obligaciones constitucionales de criminalización a cargo de los legisladores secundarios en el ámbito de sus competencias, tanto territoriales como materiales, a través de la incorporación al Texto Constitucional de una definición de lo que es y representa en términos jurídico-constitucionales las manifestaciones de terrorismo y delincuencia organizada. Una suerte de “tipificación penal constitucional”. Este fenómeno de “instrumentalización penal de la Constitución”⁷⁴ se caracteriza, en definitiva, por la instauración de un conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico establecidos por los poderes públicos e inserto dentro de las constituciones, para estipular sus estrategias de prevención, intervención y reacción ante el desafío planteado, máxime en un escenario caracterizado por el auge de los estados de tensión. El debate está servido.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce “The emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, 2004, pp. 1029-1091.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

ALBA FERRÉ, Esther y Lidia MORENO BLESAS, “¿Puede el terrorismo ser combatido con la pérdida de la nacionalidad?”, Pulido Gragera, Julia y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Seguridad y Derecho. Principales desafíos a debate*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 21-42.

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas (UNAM), 2014.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122.

ALZAGA VILLAMIL, Óscar, et. al., *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

“Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm.19, 2013, pp. 449-454.

BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad 124, 2004.

BERNUZ BENEITEZ, M^a José y M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006.

⁷³ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas (UNAM), 2014; LAVEAGA, Gerardo, “¿Quién teme a los juicios orales?”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2008.

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago y Mirentxu CORCOY (Dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

- BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.
- CARBONELL, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.
- CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991.
- COLE, David, FABBRINI, Federico, y Arianna VERDASCHI (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984.
- DA AGRA, Cândido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93-118.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dyknson, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? : un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Internet, un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010.
- “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.
 - *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Artículo 55. La suspensión de derechos”, Alzaga Villamil, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1996, pp. 409-466.
- “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 11.
 - “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, núm. 18-19, 1983, pp. 31-58.
- FERRAJOLI, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2006.
- GARCÍA INDA, Andrés y SUSÍN BETRÁN, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (Coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, México: UNAM-INACIPE, 2009.
- GARZÓN, Baltasar y Araceli MANJÓN-CABEZA, “La Ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?”, *Claves para la Razón Práctica*, núm. 24, 1992.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La defensa política de la Constitución: Constitución y estados excepcionales”, *Revista de Derecho, UNED*, núm. 4, 2009, pp. 263-296.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- HUDSON, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003.
- LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

- LAVEAGA, Gerardo, “¿Quién teme a los juicios orales?”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2008.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983.
- MIR PUIG, Santiago y Mirentxu CORCOY (Dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- NAVAS CASTILLO, Antonia, “El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio”, PAU y VALL, Francesc, *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1987.
- NOHLEN, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- POSNER, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE”, López Guerra, Luis y Eduardo Espín Templado (Coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007.
- ROSENFELD, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio, “Realidad social y política criminal en la España de la transición”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 21, 1983, pp. 745-760.
- SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson/Ministerio del Interior, 2005.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUIÉRREZ, Pablo y Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.
- Democracias bajo presión*, Madrid: Dykinson, 2017.
- *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.
- SCIASCIA, Leonardo, *El caso Aldo Moro*, Barcelona: Destino, 1996.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La seguridad como amenaza*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Constitución y legislación antiterrorista”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 553-605.
- VILLEGAS DELGADO, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, JULIOS-CAMPUZANO de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.
- ZAMORANO GUZMÁN, Cristian, “Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?”, *Papeles Políticos*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 211-234.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal. Constitución y Leyes*, Madrid: Colex, 2001.

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009.
- “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, Pérez Cepeda, Ana Isabel (Dir.), *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia: Tirant lo Blanch-Servicio de Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2016.
- “Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos”, *Revista penal*, núm. 43, 2019, pp. 204-228.

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**COMPARACIÓN ANALÍTICO-DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE
MATRIMONIO FORZADO Y DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD
DE CELEBRAR MATRIMONIOS FORZADOS**

**ANALYTICAL-DOGMATIC COMPARISON OF THE CRIMES OF FORCED
MARRIAGE AND TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS FOR THE PURPOSE
OF CELEBRATING FORCED MARRIAGES**

Marcos Chaves Carou

*Suboficial del Ejército del Aire y del Espacio de España
Doctorando en el Programa Estado de Derecho y Gobernanza Global
Universidad de Salamanca*

RESUMEN:

El matrimonio forzado aparece en nuestro Código Penal como delito autónomo en el artículo 172 bis y como finalidad del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis. En el análisis dogmático comparado de ambos preceptos, llevado a cabo mediante el estudio de la norma, doctrina relevante en la materia y jurisprudencia, se detectan algunos puntos problemáticos como las dificultades interpretativas respecto a posibles concursos de normas y de delitos o la incoherencia sistemática del marco penológico del primero de los delitos. Asimismo, se obtienen interesantes conclusiones político criminales: unas focalizadas en dotar de mayor coherencia al ordenamiento penal y otras en coadyuvar a lograr una mayor justicia material.

ABSTRACT:

Forced marriage appears in our Penal Code as an autonomous crime in article 172 bis and as a purpose of the crime of human trafficking beings in article 177 bis. In the comparative dogmatic analysis of both precepts, carried out through the study of the law, relevant doctrine on the subject and jurisprudence, some problematic points have been detected, such as the interpretative difficulties regarding possible concurrent laws and offences or the systematic incoherence of the punitive framework of the first one of the crimes. Likewise, interesting criminal political conclusions are obtained: some of these are focused on providing greater coherence to the criminal system and others on helping to achieve greater material justice.

PALABRAS CLAVE:

Matrimonios forzados, Matrimonio infantil, Coacciones, Trata de seres humanos, Violencia de género.

KEYWORDS:

Forced marriages, Child marriage, Coercions, Human trafficking, Gender violence.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 172 BIS DEL CÓDIGO PENAL. 2.1. Tipo objetivo. 2.2. Tipo subjetivo. 2.3. Autoría y participación. 2.4. Reglas concursales. 2.5. Penas. 3. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL. 3.1. Tipo objetivo. 3.2. Tipo subjetivo. 3.3. Autoría y participación. 3.4. Reglas concursales. 3.5. Penas. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación internacional por el fenómeno del matrimonio forzado no es algo reciente. La Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, estableció entre sus propósitos realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por razón de sexo, entre otros motivos (art. 1.3). Tres años más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamada en París el 10 de diciembre, consagró como derecho humano el derecho a contraer matrimonio solo mediante libre y pleno consentimiento de los esposales (art. 16).

Desde entonces, la preocupación de la comunidad internacional por el fenómeno del matrimonio forzado se ve reflejada en numerosos instrumentos internacionales, regionales y nacionales, a los cuáles no se hace referencia aquí por exceder su pretensión.

El presente trabajo nace con el propósito de sentar las bases dogmáticas del fenómeno, como delito autónomo de coacciones del artículo 172 bis CP y como finalidad del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, para abordarlo en estudio ulterior desde una perspectiva multicultural.

Por este motivo, no obstante, merece traer a colación la Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1954, Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano, instó a los Estados parte a garantizar la libertad completa de la mujer para elegir marido. Esta Resolución declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos antes citadas.

A pesar de haber transcurrido sesenta y ocho años desde aquélla, el problema dista mucho de haberse solucionado. Muestra de ello fue el brutal asesinato de dos hermanas pakistaníes residentes en España, que pretendían disolver los matrimonios que les fueron impuestos, durante una estancia en su país de origen¹.

La globalización ha traído consigo un mundo de diversidad y variación². De ahí la importancia y actualidad de este tipo de estudios.

2. EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 172 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo en éste mediante el número noventa de su artículo único el tipo penal del matrimonio forzado (art. 172 bis CP), ubicado en la rúbrica “de las coacciones”³, Capítulo III del Título VI, relativo a los delitos contra la libertad.

2.1. TIPO OBJETIVO

Una de las funciones del Derecho penal es proteger bienes jurídicos: un tipo penal no puede existir si carece de un bien jurídico que tutelar. En este caso, el bien jurídico protegido es la libertad personal (art. 17 CE)⁴, estre-

¹ EL DIARIO, 2022. Asesinan en Pakistán a dos hermanas residentes en España por pedir el divorcio tras dos matrimonios concertados. En: *elDiario* (en línea). Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/asesinan-pakistan-hermanas-residentes-espana-pedir-divorcio-matrimonios-concertados_1_9016875.html (consulta: 20 de octubre 2022); ALI NOTHIA, Amjad, 2022. Horror y miedo en el pueblo de Pakistán en el que asesinaron a dos hermanas “por honor”. En: *El Confidencial* (en línea). Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-05-28/horror-y-miedo-en-el-pueblo-de-pakistan-en-el-que-asesinaron-a-dos-hermanas_3432320/ (consulta: 20 de octubre de 2022).

² SANZ MULAS, Nieves, 2014. Diversidad cultural y política criminal: Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 16. P. 2.

³ Aunque esta decisión no estuvo exenta de debate doctrinal. Este se dio entre dos posturas principales, aquella que optaba por incluir este nuevo delito en el Título XII del Libro II del CP, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, incluyendo un delito autónomo o específico y, por otro lado, aquella que defendía incluirlo en el Título VI del Libro II del CP, relativo a los delitos contra la libertad, posición mayoritariamente adoptada en los Estados europeos y también en España, en TRA-PERO BARREALES, María Anunciación, 2016. Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 131-132.

⁴ SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial. 6ª ed. Madrid: Dykinson S.L. P. 117; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado. *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*. No. 33, pp. 299-316. P. 301.

chamente relacionada con el desarrollo de la personalidad, inherente a la dignidad humana⁵ (art. 10.1 CE), que se manifiesta en la libre determinación para contraer matrimonio en condiciones de libertad e igualdad⁶.

El objeto material del delito de matrimonio forzado es la persona que sufre el menoscabo de su libertad. En el supuesto de que ambos contrayentes fueran coaccionados, cada uno de ellos integraría el objeto material de un delito diferenciado, es decir, habría que apreciar dos delitos⁷.

Se trata de un delito común, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Asimismo, aunque el sujeto pasivo también puede ser cualquiera, debe diferenciarse entre mayores y menores de edad ya que existe un tipo agravado para aquellos casos en los que la víctima sea menor.

Aunque el artículo 172 bis CP se refiera al delito de matrimonio forzado, en realidad, recoge dos delitos relacionados entre sí⁸: obligar a una persona a contraer matrimonio mediante intimidación grave o violencia (art. 172 bis.1 CP); o forzarla a abandonar España o impedirle regresar a ésta, empleando violencia, intimidación grave o engaño, con la finalidad de compelerle a contraer matrimonio (art. 172 bis.2 CP).

La conducta del primero permite clasificarlo como un delito de resultado que se consuma con la realización del matrimonio forzado en cuanto resultado lesivo del bien jurídico tutelado. Se admite la tentativa cuando el sujeto activo inicia la ejecución del delito directamente, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, no se produce por causas ajenas a su voluntad (art. 16.1 CP) o, dicho de otro modo, cuando el sujeto activo emplea la intimidación grave o la violencia para obligar a otro a casarse, pero no lo consigue. La conducta típica exige la concurrencia de los medios comisivos, la violencia o la intimidación grave, sin los cuáles no se realiza el delito⁹.

El segundo se trata de un delito complejo¹⁰ en el que se adelanta la barrera punitiva hasta mutilarlo en un acto, al no exigirse la realización del resultado para considerar consumado el delito. Basta con emplear la violencia, la intimidación grave o el engaño, que se incluye como medio comisivo en este segundo apartado, para forzar a otro a abandonar España o impedirle regresar a esta con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio, sin que este llegue a tener lugar, lo que adiciona un elemento específico en el tipo subjetivo de este delito. Por otro lado, la obligación de abandonar España o el impedimento de regresar a territorio nacional son las dos modalidades de realización del tipo objetivo.

Por lo tanto, ni la unión matrimonial tiene por qué celebrarse en España¹¹ ni aquella tiene que acomodarse a la legislación española o tener validez legal en nuestro país¹². Así, los matrimonios celebrados por el rito gitano, por ejemplo, realizarían el tipo penal del artículo 172 bis CP si se llevan a cabo realizando alguna de las conductas descritas, aunque no tengan reconocimiento legal en España¹³. Y es que no debería ser de otra forma

⁵ TORRES ROSELL, Nuria, 2022. La intersección entre la trata de seres humanos y el matrimonio forzado: aproximación al fenómeno y respuesta jurídico penal. *Revista General de Derecho Penal*. No. 37. P. 39.

⁶ Artículo 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

⁷ TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación. *Estudios penales y criminológicos*. No. 35, pp. 831-917. P. 896.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. *Derecho Penal Parte Especial*. 23a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 168.

⁹ Si no existe oposición de la víctima a contraer matrimonio, la conducta no será típica, en SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. *Curso de Derecho Penal. Parte especial...*, op. cit., p. 118; En la medida en que sean asumidos con mayor o menor entusiasmo por los que contraen el matrimonio, sin que se haya empleado contra ellos ningún tipo de intimidación o violencia, todo lo más que cabría alegar que este tipo de constreñimiento debido al «metus reverentialis» o a la propia presión familiar sea causa de divorcio o nulidad del matrimonio así contraído, en MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. *Derecho Penal Parte Especial...*, op. cit., p. 168.

¹⁰ Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto. Así, la violencia o la intimidación son medios comisivos que de por sí son constitutivos de delitos de coacciones o amenazas, en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. *Derecho Penal Parte General*. 10a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 244.

¹¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. *Curso de Derecho Penal. Parte especial...*, op. cit., p. 118.

¹² TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación..., op. cit., p. 891; GUINARTE CABADA, Gumerindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código penal). En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, GÓRRIZ ROYO, Elena y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Actualizada con la corrección de errores. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 561-574.

¹³ V. gr., la STSJ de Murcia, 13/2020, de 3 de septiembre, resuelve un caso de matrimonio infantil entre un varón mayor de edad y una menor de quince años recién cumplidos celebrado siguiendo el rito gitano, siendo el enlace consentido por la madre de la niña.

pues la tutela de un bien jurídico tan importante, como lo es la libertad personal, no puede hacerse depender de qué estipula la norma civil. En otras palabras, la lesión de dicho interés jurídico-penal se produce con independencia de si el ordenamiento jurídico reconoce aquel rito matrimonial. La víctima se verá privada de su derecho a contraer matrimonio libremente con independencia del reconocimiento legal de la unión impuesta. El mismo argumento sirve, mutatis mutandis, para alcanzar la misma conclusión respecto de la pareja de hecho¹⁴.

Respecto a la exigencia de los medios comisivos para entender realizado el delito, en este trabajo se comparte la crítica doctrinal de que el tipo objetivo exija los medios comisivos menos empleados y, sin embargo, no incluya otros como la presión familiar o de la comunidad y el apego a la tradición o a la cultura que, por otra parte, son los más empleados¹⁵. La razón estriba en la relación inversamente proporcional entre la menor edad y la resistencia frente a sus familiares que puede oponer la víctima: cuanto menor es la edad, mayor es la facilidad para los familiares de la víctima para quebrar su voluntad sin recurrir a los medios comisivos típicos. Al exigir que la conducta se realice empleando la violencia, la intimidación grave o el engaño (en los supuestos del art. 172 bis.2 CP) no realizan este tipo penal aquellos supuestos de matrimonios precoces en los que no resulta necesario emplear los medios comisivos típicos por la corta edad de la víctima y la escasa o nula resistencia que opone a la voluntad de sus familiares, quedando por ello impunes¹⁶. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que la intimidación no sea grave. Motivo por el cual dicha calificación ha sido objeto de crítica doctrinal¹⁷.

Finalizando con el análisis del tipo objetivo, y en cuanto al matrimonio infantil¹⁸ se refiere, este artículo incluye un subtipo agravado que impone la pena en su mitad superior cuando la víctima fuere menor de edad¹⁹.

2.2. TIPO SUBJETIVO

El matrimonio forzado es un delito doloso, esto es, se exige que el sujeto activo realice el tipo objetivo consiente y voluntariamente²⁰.

El dolo se integra de dos elementos, el intelectual y el volitivo²¹. El primero consiste en el conocimiento actual del sujeto activo, su consciencia, de que realiza los elementos objetivos del tipo²². Esto significa que, en el primer delito del artículo 172 bis.1 CP, el dolo comprende la previsión de la producción del resultado típico y del curso causal entre la conducta y el resultado²³. También en los tipos agravados y atenuados. Mientras, en el segundo delito del artículo 172 bis.2 CP, al mutilarlo de un acto, el dolo no comprende el resultado de matrimonio forzado, sino el de lesionar la libertad ambulatoria²⁴ de la persona con un fin determinado, la imposición

¹⁴ LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas y probatorias sobre el delito de trata con fines de matrimonios forzados y la protección de sus víctimas. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Matrimonios forzados: Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-296.

¹⁵ V. gr. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 561-574; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 20. Pp. 44-45; TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación..., op. cit., p. 838; LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas..., op. cit., pp. 273-296; SALAT PAISAL, Marc, 2020. Derecho penal y matrimonios forzados. ¿Es adecuada la actual política criminal? *Política Criminal*. Vo. 15, No. 29, pp. 386-405. P. 390; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados. En: DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria, PICADO VALVERDE, Eva María, y PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 815-826. P. 818; GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 561-574.

¹⁶ Así puede apreciarse en la SAP de Zaragoza 367/2017, de 21 de diciembre, en la que se absuelve al acusado de los delitos contra la integridad moral, de los delitos de lesiones, del delito de coacciones y del delito de coacción para contraer matrimonio. El Tribunal a quo absolvió en primera instancia al considerar que no se acreditó suficientemente que la hija del acusado fuera intimidada de forma grave o violentada por su padre para que consintiera el matrimonio celebrado en Argelia.

¹⁷ V. gr. DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante..., op. cit., pp. 818.

¹⁸ Como matrimonio forzado en el que al menos uno de los dos contrayentes es menor de edad.

¹⁹ No obstante, adviértase que, en España, los menores de edad emancipados podrán contraer matrimonio (art. 46.1 CC) y estos podrán emanciparse a partir de los dieciséis años (art. 243 CC).

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General..., op. cit., p. 251; GIL GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general. 2a ed. Madrid: Dykinson S.L. P. 226.

²¹ V. gr. HASSEMER, Winfried, 1990. Los elementos característicos del dolo (trad. DÍAZ PITA, María del Mar). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vo. 43, No. 3, pp. 909-932.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General..., op. cit., p. 252.

²³ GIL GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general..., op. cit., p. 230.

²⁴ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 36-37.

de la unión matrimonial en el extranjero.

Por ello, cuando se alega que el sujeto activo desconoce la menor edad de la víctima del matrimonio forzado, estaría basándose su defensa en la concurrencia de un error de tipo que, de aceptarse, impediría apreciar la circunstancia agravante del artículo 172 bis.3 CP (art. 14.2 CP). Resultando indiferente que dicho error fuere invencible o vencible. En el primer caso, el sujeto activo no realiza el tipo cualificado y por tanto no puede ser castigado por este, mientras que, en el segundo, procedería sancionar, en su caso, como imprudencia (art. 14.1 CP) y, dado que no existe el tipo agravado imprudente de matrimonio forzado, ni del básico, la conducta resultaría impune. Este resultado de impunidad se obtendría en el supuesto de apreciarse un error de tipo vencible en el delito básico del matrimonio forzado. Mientras que, en el supuesto inicialmente planteado, descartar el tipo agravado no significa descartar el tipo básico, por cuanto se seguirían realizando todos los elementos del tipo objetivo de este.

El segundo elemento del dolo, el volitivo, consiste en querer realizar los elementos objetivos del tipo.

Como se apuntaba previamente, el artículo 172 bis.2 CP incluye un elemento adicional en el tipo subjetivo: realizar los elementos del tipo objetivo con la finalidad de obligar al sujeto pasivo a contraer matrimonio. Si no concurre este elemento subjetivo adicional dejaríamos de referirnos al delito de matrimonio forzado y procedería hacerlo al de amenazas, al de coacciones o, incluso, dejaría de realizarse tipo penal alguno. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de la patria potestad del padre que recurre al engaño para convencer a su hija, quien preferiría quedarse en España con sus amigas, de visitar a sus abuelos que residen en el país de origen paterno, o que ejercitando su deber de corrección le obliga a acatar la decisión de disfrutar unas vacaciones familiares en el extranjero. En ambos supuestos sin la finalidad de obligarla a contraer matrimonio

En definitiva, para actuar dolosamente se exige que el sujeto activo conozca que su conducta es adecuada para compeler a una persona a contraer matrimonio, integrando en su voluntad las acciones necesarias para ello.

2.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Respecto a las formas de intervención en el delito la principal dificultad radica en determinar cuándo existe coautoría o cuándo se trata de una forma de participación en los supuestos de codeinfluencia. Tanto que ha sido objeto de discusión doctrinal²⁵.

Aquí se considera que la postura defendida por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su teoría de la determinación objetiva y positiva o negativa del hecho²⁶, es la que mejor permite aplicar una perspectiva de género, como una de las ventajas de optar por un concepto restrictivo de autor²⁷.

Por ejemplo: Basima es una niña de catorce años que reside habitualmente en España junto a su madre y padre. Este último le concierne un matrimonio con un pariente, que acaba celebrándose en territorio español contra la voluntad de Basima. Su madre era consciente de las intenciones del padre, quien llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para que tuviera lugar, sin hacer nada por impedirlo. El padre acudió al líder espiritual de su comunidad para que oficiara y reconociera ante la misma el matrimonio celebrado.

La posición adoptada²⁸ permite diferenciar, en función de la determinación positiva o negativa del hecho de cada interviniente, entre autores y partícipes. El padre, al ostentar la determinación positiva, esto es, decidir sobre el si y el cómo del acontecer típico, sería considerado autor inmediato. La madre podría considerarse partícipe si ostentare la determinación negativa: cooperadora necesaria si su contribución al acontecer causal fuera esencial o cómplice si no lo fuera.

¿Qué ocurre si la madre tan solo se limitó a no llevar la contraria al padre? Adviértase que gran parte de los au-

²⁵ Ibid., pp. 37-39.

²⁶ Según la teoría propuesta por estos autores, autor es quien determina objetiva y positivamente el hecho, es decir, decide el si y el cómo del acontecer típico, mientras que si solo decide sobre su posible no producción, esto es, solo lo determina negativamente, será partícipe, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, 1989. «La determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. PP. 889-913; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 2008. Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*. No. 10, pp. 13-61.

²⁷ La idea del dominio funcional del hecho no nos parece adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello en parte las ventajas que hacían aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. *Anuario de la Facultad de Derecho*. No. 8, pp. 53-88. P. 74.

²⁸ La teoría de la determinación, como dominio, objetiva positiva o negativa del hecho para diferenciar en los supuestos de codeinfluencia entre autores y partícipes.

tores y las víctimas de este delito son extranjeros²⁹ que, en su sociedad de origen, pueden tener una cosmovisión distinta a la occidental, la cual importan a la sociedad de acogida al asentarse en esta³⁰. El choque entre el ordenamiento jurídico construido sobre la base de los valores occidentales y las prácticas, tradiciones o pautas de comportamiento de grupos sociales minoritarios³¹ puede dar lugar a conflictos culturales penalmente relevantes o, en otras palabras, a delitos de motivación cultural³².

En este contexto, la condición de la mujer cónyuge bien puede derivar a la de sierva³³ o, sin llegar a serlo, tener su voluntad anulada. Por lo tanto, por mucho que ella se empeñe, con su actuar no podría decidir positivamente que el hecho se produzca al estar en manos del padre la realización del tipo³⁴, pero su inactividad facilita que este lo lleve a cabo.

Habiéndose distinguido al padre y a la madre del ejemplo como autor y partícipe, respectivamente, respecto de esta última cabe plantearse si es posible la participación omisiva. En otras palabras, si es posible que el no actuar de la madre para impedir el matrimonio forzado de la hija pueda realizar algún tipo penal omisivo. A este planteamiento cabe responder afirmativamente: la madre sería partícipe por omisión en el delito de matrimonio forzado realizado por el padre, al encontrarse aquella en una posición de garante³⁵. Sin perjuicio de que, en sede de culpabilidad, pueda apreciarse alguna eximente total o parcial como la de miedo insuperable (art. 20.6º CP).

He aquí la posibilidad de aplicar una perspectiva de género en este tipo de supuestos como una de las ventajas de optar por un concepto restrictivo de autor.

Solución nada desdeñable para aquellos casos en los que la madre, a pesar de cooperar en la ejecución del hecho, no llega a decidir sobre el si y el cómo, pues, de cooperadora necesaria, considerada autora a efectos de pena (arts. 28.b y 61 CP), pasaría a ser cómplice, castigada con la pena inferior en grado a la fijada para el autor (arts. 29 y 63 CP), pudiendo ser total o parcialmente exculpada si actuó motivada por el miedo insuperable (art. 20.6º CP, o art. 21.1ª CP en relación con el 20.6º CP) de sufrir un mal por contradecir la voluntad de quien la tiene sometida.

De un modo similar, el líder espiritual también podría considerarse cooperador necesario, cómplice o incluso inductor³⁶. Y nada impediría apreciar la coautoría en aquellos supuestos en los que los intervinientes ostentaren la determinación positiva del hecho.

²⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad..., op. cit., pp. 302.

³⁰ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 7; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad..., op. cit., pp. 305; CUADRADO RUIZ, María Ángeles, 2017. El delito de matrimonio forzado. En: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 495-513. P. 508.

³¹ CISNEROS ÁVILA, Fátima. 2018. Derecho penal y diversidad cultural. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 218-220.

³² The cultural offence is defined as the act by a member of a minority group or culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation, en VAN BROECK, Jeroen, 2001. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vo. 9, No. 1. P. 5.

³³ Los vínculos existentes entre determinadas formas de matrimonio forzado e infantil y la esclavitud: la restricción de la libertad ambulatoria a la que se somete al cónyuge forzado, su reducción a la condición de siervo doméstico y sexual en favor del cónyuge o de sus familiares, el control e incluso la desposesión de sus pertenencias, constituyen manifestaciones de un matrimonio y de una esclavización del individuo por la vía matrimonial, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis..., op. cit., pp. 42-44.

³⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva..., op. cit., p. 72.

³⁵ Según la STS 305/2017, de 27 de abril, FJ 11: el Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores (art. 154.1) y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos invitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros, cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante. También la STS 21/2007, de 19 de enero, FJ 9: la teoría de la posición de garante con base en el art. 11 CP hace equivalente la omisión a la acción «cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedentes», y cuando exista una obligación legal de actuar, como también concurriría en caso de Luz, dada la posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiares incumbe a los padres.

³⁶ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 26.

2.4. REGLAS CONCURSALES

Puede existir un concurso de leyes entre el delito de matrimonios forzados y el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP, analizado infra) dada la similitud entre las conductas típicas de los artículos 177 bis.1.e) y 172 bis.2 CP. El traslado al extranjero de la víctima en contra de su voluntad por quien ostenta el control sobre ella y con la finalidad de compelerle a contraer matrimonio, sin que este llegue a tener lugar, parece realizar ambos delitos³⁷.

Para optar por uno u otro precepto habrá que analizar las específicas circunstancias del caso concreto que permitan apreciar la cosificación de la víctima esencial en la trata de personas, como puede ser la existencia de una dote que, en realidad, es la contraprestación pactada a cambio de la víctima³⁸. De ser así, se resolverá a favor de este delito en virtud del principio de especialidad.

También cabe la posibilidad de apreciar un concurso de delitos cuando a la cosificación de la víctima le siga la imposición de la unión matrimonial en aplicación del artículo 179 bis.9 CP. El delito de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados no requiere que este llegue a tener lugar para considerarlo consumado. Su efectiva celebración cabe entenderla como la comisión del delito de la explotación correspondiente, en este caso, el del artículo 172 bis.1 CP. Parte de la doctrina, como ESQUINAS VALVERDE, opina que lo apropiado sería considerar un concurso medial de delitos, empero la doctrina mayoritaria opta por el concurso real³⁹. Estos serían los modos de interpretar la regla concursal del apartado 9 del artículo 177 bis CP⁴⁰.

Respecto al posible concurso de leyes entre el delito de coacciones y el de matrimonio forzado, en virtud del principio de especialidad se resuelve a favor de este último. No obstante, cobran especial significado aquellos supuestos en los que el segundo de los delitos se realice en grado de tentativa pues, las conductas previas a la unión matrimonial que se pretende imponer perfectamente pueden realizar el delito de coacciones o el de amenazas, artículos 172.1 y 169 CP, respectivamente⁴¹. Consecuentemente, la pena a imponer por la tentativa de matrimonio forzado sería inferior a la prevista para las coacciones o amenazas consumadas. Circunstancia que aconseja resolver el concurso a favor de estos últimos en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4ª CP).

La resolución del posible concurso de leyes entre el delito de amenazas y el de matrimonio forzado también entraña cierta complejidad, ya que el marco penológico de este último es inferior al del delito de amenazas con causar un mal constitutivo de delito si no cumple la condición impuesta (art. 169 CP). La amenaza consistente en causarle lesiones físicas o privarle de toda libertad deambulatoria si no accede al matrimonio, es una intimidación grave. Si se celebra el matrimonio, se habría realizado ambos tipos objetivos. El del artículo 172 bis.1 CP prevé un marco punitivo de pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o la alternativa de multa de doce a veinticuatro meses, mientras que el del artículo 169.1º CP solo la pena de prisión de uno a cinco años, sin previsión de pena alternativa alguna. De lege ferenda debería dotarse de mayor coherencia a ambos artículos. De lege lata debe aplicarse el precepto que conlleve una pena mayor⁴² también en virtud del principio de alternatividad (art. 8.4ª CP).

En otro orden de cosas, el matrimonio forzado suele marcar el comienzo de una relación de violencia física y psíquica contra la mujer al estatuir una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien la padece por el capricho del dominador⁴³. Dominio y sujeción absolutos en los que la fuerza amenazante del conviviente violento genera un estado de angustia y terror que anula totalmente la libertad y la dignidad de la mujer⁴⁴. Por lo tanto, en el contexto de este estudio debe plantearse la regla concursal aplicable a tales supuestos.

³⁷ GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 561-574.

³⁸ Como puede apreciarse en la SAP de Zamora 14/2021, de 27 de mayo.

³⁹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 29.

⁴⁰ MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando et al. Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías. Memorias IV Congreso Internacional de jóvenes investigadores de ciencias penales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 285-299. P. 297.

⁴¹ TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación..., op. cit., pp. 893-900.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial..., op. cit., p. 168; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante..., op. cit., p. 818.

⁴³ GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia “cuasi-doméstica” habitual. *Revista General de Derecho Penal*. No. 19. P. 34.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, 2019. Manifiesto por la igualdad (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto). Madrid: Trotta. Pp. 29-30.

Se considera acertada la posibilidad de apreciar un concurso real del delito de matrimonio forzado con todos aquellos delitos cometidos desde su celebración: lesiones, contra la libertad, contra la integridad, contra la libertad o indemnidad sexuales, etc. No obstante, aunque la regla general impide apreciar el delito continuado en las lesiones de bienes jurídicos eminentemente personales (art. 74.3 CP), cabría hacerlo respecto a los delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales⁴⁵. Cuestiones ambas a considerar en la determinación de la pena.

Por último, en los supuestos del artículo 172 bis.2 CP en los que el matrimonio forzado acabe ejecutándose, existirá un concurso ideal-impropio, un concurso medial con el delito del apartado primero del mismo artículo, que deberá tenerse en cuenta en la determinación de la pena.

2.5. PENAS

La sanción penal establecida para el autor doloso del delito es la privativa de libertad con un marco penológico de seis meses a tres años y seis meses o, alternativamente, la sanción de multa de doce a veinticuatro meses, esta última objeto de crítica doctrinal⁴⁶. Así pues, en aplicación de los artículos 13 y 33 CP, este delito se clasifica como menos grave.

En el subtipo agravado tiene lugar un aumento del límite inferior del marco penológico, que pasa de la pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o, alternativa de multa de doce a veinticuatro meses, a la pena de prisión de dos a tres años y seis meses o la de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Cabe destacar la reciente incorporación al artículo 172 bis CP de un cuarto apartado⁴⁷, según el cual, se faculta a incluir en la sentencia condenatoria los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, la declaración de nulidad o disolución del matrimonio impuesto y la filiación y la fijación de alimentos. Inclusión acertada por cuanto evita a la víctima un proceso ulterior a tales efectos.

3. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Son dos las reformas legales que cobran especial significado desde el prisma del fenómeno del matrimonio forzado y el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis y ubicado en el Título VII bis, relativo a trata de seres humanos.

En primer lugar, la LO 1/2015, de 30 de marzo, mediante el número noventa y cuatro de su artículo único introdujo en su apartado primero las siguientes modificaciones:

- Como medio comisivo, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima⁴⁸.
- Como finalidad del delito, la celebración de matrimonios forzados.

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, a través del apartado diecisiete de su disposición final sexta introdujo, también en el numeral uno, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividad que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, cuando la víctima fuere menor.

3.1. TIPO OBJETIVO

La concreción del bien jurídico protegido en este delito no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina⁴⁹. No

⁴⁵ V. gr., la condena impuesta en la STS 344/2019, de 4 de julio, por un delito continuado de violación.

⁴⁶ Pena alternativa que ha sido objeto de críticas doctrinales por no estar prevista en el tipo de amenazas ni en el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonio forzado y, sin embargo, aparecer para un delito tipificado de forma autónoma por su especial gravedad, lo que supone una incongruencia aún sin corregir. V. gr., GUINARTE CABADA, Gumerindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado..., op. cit., pp. 561-574; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante..., op. cit., p. 820.

⁴⁷ Introducido por la disposición final cuarta de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

⁴⁸ Adviértase las cuantías dinerarias que suelen pactarse en los supuestos de matrimonio forzado como “dotes”. Pero no solo cabría hablar de supuestos derivados de la confrontación cultural, también se llegan a crear verdaderos catálogos de mujeres, en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. Pp. 109-134. P. 126.

⁴⁹ Se distinguen cuatro posiciones principales. Una primera que aboga por considerar que el bien jurídico tutelado es la dignidad humana; la segunda que defiende que el interés tutelado es la integridad moral; como tercera postura doctrinal está la que

obstante, se comparte en este trabajo la postura doctrinal por la que se considera la trata de seres humanos un delito pluriofensivo pues son varios los intereses jurídico-penales lesionados al cosificar a la persona, al reducirla a la merca condición de mercancía destinada a satisfacer las demandas de esclavitud existentes en nuestras sociedades⁵⁰. Así pues, los bienes jurídicos tutelados son la propia dignidad humana y la libertad del sujeto pasivo. El primero en cuanto la víctima, que se ve reducida a la condición de mero objeto susceptible de posesión, queda despojada de su dignidad humana y, el segundo, por la imposibilidad de autorrealización personal del sujeto pasivo, quien pierde su libertad ambulatoria e incluso el derecho a decidir si contraer o no matrimonio y, de hacerlo, con quién.

El objeto material del delito de trata de seres humanos es la propia persona que padece el menoscabo en su libertad y su dignidad humana.

Es un delito común. No obstante, existen cuatro cualificaciones del tipo básico, una general y tres especiales por requerir la concurrencia en el sujeto activo de determinadas circunstancias.

La cualificación general sanciona el mayor desvalor de la conducta al haber puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito, o tratarse de personas especialmente vulnerables por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad, situación personal, o menores de edad (art. 177 bis.4 CP).

En cuanto a las cualificaciones especiales, estas se prevén para:

- Cuando el sujeto activo fuere autoridad, agente de esta o funcionario público (art. 177 bis.5 CP).
- Cuando el sujeto activo perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas dedicada a la realización de tales actividades (art. 177 bis.6 CP).
- Cuando el sujeto activo fuere jefe, administrador o encargado de las organización o asociación anteriores (art. 177 bis.6 CP).

Además, también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos anteriores (art. 177 bis.7 CP).

Sobre el sujeto pasivo, hay que matizar que este puede serlo cualquier persona, con independencia de su edad u origen, tanto nacional como extranjera. Eso sí, se sancionarán tantos delitos como víctimas hubiere⁵¹.

En lo referente a las conductas delictivas cabe concluir que se trata de un delito mixto alternativo, en cuanto basta con la sola realización de alguna de las tipificadas para cometerlo sin que deba interpretarse que la ejecución de más de una conlleve apreciar un concurso de delitos, pues nos llevaría a la aplicación de penas draconianas⁵². Estas conductas son captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a una persona, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la misma.

Además, para que la conducta sea delictiva, deben darse otros requisitos.

Primero, la finalidad a la que se dirige la conducta. En este trabajo, por el objeto de estudio, únicamente se abordarán dos de las seis previstas.

- La celebración de matrimonios forzados (art. 177 bis.1.e) CP).
- La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la mendicidad (art. 177 bis.1.a) CP). Como se ha advertido previamente, la mayoría de los matrimonios forzados acaban derivando en matrimonios serviles en los que la víctima deviene esclava, sierva, doméstica y sexual. Asimismo, nada impide que esta finalidad fuese subyacente a la pretensión del matrimonio forzado⁵³.

Segundo, como regla general, debe realizarse empleando alguno de los medios comisivos típicos, a saber, la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad de la víctima o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. Excepcionalmente, estos medios comisivos no se exigen para considerar la conducta como

defiende que el bien jurídico protegido es la libertad, y; finalmente, la que considera que se trata un delito pluriofensivo, en MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido..., op. cit., pp. 287-293.

⁵⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales..., op. cit., p. 122.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial..., op. cit., p. 195.

⁵² *Ibid.*, pp. 195-196.

⁵³ Es decir, cometer el delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonio forzado por tener la intención subyacente de convertir a su cónyuge en esclava.

trata de seres humanos cuando la víctima fuere menor de edad (art. 177 bis.2 CP)⁵⁴. Cada uno de estos medios da lugar a su correspondiente modalidad de trata:

- La violencia a la trata forzada.
- El engaño a la trata fraudulenta.
- El abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima a la trata abusiva. Tal situación acontece cuando a la víctima no le queda más alternativa que someterse al abuso, lo que ocurre con suma facilidad con los menores y en situaciones de extrema pobreza.
- El pago o beneficio por la transferencia del control sobre la víctima por parte de quien lo poseyera a la trata mediante contraprestación. También en estos supuestos la extrema pobreza es un factor determinante⁵⁵.

Por otra parte, la concurrencia de alguno de estos medios hace irrelevante el consentimiento de la víctima (art. 177 bis.3 CP), pues será nulo.

En tercer lugar, se exige que tenga lugar en el marco geográfico determinado en el tipo: en España, desde España hacia el extranjero, o con destino a España, es decir, en tránsito desde el extranjero hacia este país. Lo que deja fuera a aquellos supuestos acontecidos entre extranjeros con carácter previo al traslado y asentamiento en este país.

El legislador anticipó la tutela penal a la fase de los actos preparatorios que, por norma general son impunes (arts. 17 y 18 CP), castigándose así la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.8 CP), si bien la pena es inferior a la prevista para el tipo básico, siendo este uno de los delitos que expresamente tipifican actos preparatorios en la parte especial del Código Penal⁵⁶.

No debe confundirse actos preparatorios con conductas de preparación, tipificadas de forma autónoma como un delito instrumental. Integran estas últimas las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o transferir el control sobre las víctimas, empleando los medios comisivos típicos, dirigidas a realizar algunas de las finalidades enumeradas en el tipo. Basta con realizar cualquiera de las conductas enunciadas con alguna de las finalidades del artículo 177 bis.1 CP para consumir el tipo básico de este delito. Motivos por los que cabe clasificar a la trata de seres humanos como delito mutilado de dos actos, al estructurarse como una tentativa inacabada⁵⁷.

Se admite la tentativa, sin embargo, esta estructura dificulta enormemente diferenciar entre delito consumado, delito intentado, e incluso actos preparatorios. Tomando como ejemplo la conducta de entregar a una menor con la finalidad de obligarla a contraer matrimonio con quien adquiere su posesión previo pago, consumaría el delito del art. 177 bis CP cuando dicha entrega hubiese sido efectiva, sin necesidad de que el matrimonio forzado llegue a realizarse. Tener a la víctima dispuesta para ser entregada tras la recepción del pago, pero aún con posibilidad de escapar o de desistir del acuerdo, lo realizaría en grado de tentativa. Y alcanzar el acuerdo por el que se fija la cuantía dineraria, el momento de la transferencia del control sobre la víctima y otros extremos del pacto, se encuadraría en los actos preparatorios

Como se apuntaba para el delito del artículo 172 bis.2 CP, la finalidad exigida constituye un elemento adicional del tipo subjetivo.

Para concluir con el análisis del tipo objetivo se aborda, desde una postura crítica, la solución alcanzada en al-

⁵⁴ Previsión legal que se debería incluir también en el tipo de matrimonio forzado del art. 172 bis CP en el que, como se expuso, parte de la doctrina critica que el legislador no haya tenido en cuenta la escasa capacidad de resistencia u oposición que las víctimas menores de 16 años, edad a la que se adquiere la capacidad núbil en España, puedan tener frente a sus familiares, sin que estos tengan que recurrir a la violencia, intimidación grave o engaño (para el supuesto del art. 172 bis.2 CP) para doblegar la voluntad de la víctima.

⁵⁵ Se ha constatado que existen familias que han llegado a vender a sus hijas para poder sobrevivir, en ARREDONDAS, Margarita, 2021. La pobreza empuja a las familias afganas más vulnerables a vender a sus hijas. La grave crisis económica que recorre el país ha provocado un incremento en los casos de matrimonios infantiles. En: *Atalayar entre dos orillas* (en línea). Disponible en: <https://atalayar.com/content/la-pobreza-empuja-las-familias-afghanas-m%C3%A1s-vulnerables-vender-sus-hijas> (consulta: 01 de septiembre de 2022).

⁵⁶ ALONSO RIMO, Alberto, 2017. ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación. *InDret*. No. 4. P. 7.

⁵⁷ GIL GIL, Alicia, 2000. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. *Revista de derecho penal y criminología*. No. 6, pp. 103-132. Pp. 108-109.

gunas sentencias⁵⁸ en las que la falta de reconocimiento legal por nuestro ordenamiento jurídico del vínculo matrimonial impuesto, por ejemplo, el celebrado siguiendo el rito gitano, impidió apreciar el delito de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonio forzado. Esta interpretación jurisprudencial convierte el delito del artículo 177 bis.1.e) CP en una norma penal en blanco haciendo depender la protección dispensada por el legislador a no uno, sino varios bienes jurídicos, de la regulación civil que sobre el matrimonio haya en cada momento. Evidentemente, la lesión de tan importantes intereses jurídicos como son la libertad y la propia dignidad humana tiene lugar con independencia de si nuestra legislación otorga o no validez legal a una unión que, de facto, conlleva una convivencia similar a la que tendrían de ser compelidos a contraerlo en una forma reconocida. Se hace depender el acceso a la tutela penal por parte de estas víctimas de lo que son y no de lo que han hecho con ellas. O, dicho con otras palabras, se opta por un asimilacionismo cultural⁵⁹, propio de una tradición universalista que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo⁶⁰, que niega el reconocimiento como víctima de trata de seres humanos con fines de matrimonio forzado si la unión a imponer no ha sido previamente reconocida por nuestra legislación.

Para evitar este injusto resultado, debería aplicarse el criterio seguido en el delito del artículo 172 bis CP de no exigir que la unión se celebre en España ni que se acomode a nuestra legislación o tenga validez legal en este país.

3.2. TIPO SUBJETIVO

La trata de seres humanos también es un delito doloso. Al igual que ocurre en el delito del artículo 172 bis.2 CP, se exige un elemento adicional en el tipo subjetivo: la concurrencia de alguna de las finalidades a las que se han hecho referencia anteriormente. Por lo tanto, resulta válido, *mutatis mutandis*, lo desarrollado en el apartado 2.2.

3.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En este apartado se remite a la exposición realizada en el 2.3, relativo a la autoría y participación en del delito de matrimonio forzado, pues lo desarrollado allí también resulta válido aquí. Advuértase la ya denunciada similitud entre el delito del artículo 172 bis.2 CP y el del 177 bis.1.e) CP. De hecho, sirve hasta el mismo ejemplo empleado allí variando tan solo el lugar de celebración de la unión, en el extranjero en lugar de España, y así, al ser el sujeto pasivo menor de edad y no exigirse la concurrencia de los medios comisivos, bastaría el mero traslado de Basima por su padre con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio, aunque ni siquiera llegue a tener lugar.

3.4. REGLAS CONCURSALES

Según la regla concursal prevista en el apartado 9 del artículo 177 bis CP, las penas previstas para el delito de trata de seres humanos se impondrán en todo caso sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito de inmigración clandestina⁶¹ (art. 318 bis CP) y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Se remite a lo expuesto al respecto en el apartado 2.4 de este trabajo al abordar la relación concursal del delito de matrimonio forzado con el de trata de personas con esta finalidad.

3.5. PENAS

La sanción penal prevista para el tipo básico es la privativa de libertad de cinco a ocho años. En todo caso, si la víctima fuere menor de edad se impondrá además la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión,

⁵⁸ Como la SAP de Huelva 229/2019, de 20 de diciembre, confirmada en el extremo aquí abordado, por la STSJ Andalucía 211/2021, de 28 de julio.

⁵⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2016. El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito. En: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 417-450. P. 417.

⁶⁰ POMARES CINTAS, Esther y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2014. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. En: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, ROCA DE AGAPITO, Luis y GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. Delito y minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 231-252. P. 234.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial..., op. cit., p. 194.

oficio o actividad que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de prisión impuesta.

Se impondrá la pena superior en grado, esto es prisión de ocho años y un día a doce años, cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP. Si concurriera más de una, se impondrá esta pena en su mitad superior, es decir, prisión de diez a doce años.

La cualificación especial del artículo 177 bis.5 CP consiste en imponer junto a la pena del tipo básico la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Si además concurriera alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP, se castigará con estas penas en su mitad superior. Así, prisión de seis años y medio a ocho años e inhabilitación absoluta de nueve a doce años.

Si el sujeto activo perteneciera a una asociación u organización dedicada a la trata de seres humanos (art. 177 bis.6 CP), se sancionará con la pena superior en grado del tipo básico, de ocho años y un día a doce años de prisión, junto con la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Además, si concurriera alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP, se impondrán estas penas en su mitad superior, es decir, prisión de diez a doce años e inhabilitación especial por el mismo tiempo. La misma pena si concurriera la circunstancia del artículo 177 bis.5 CP. Ergo, si concurriesen ambas, podría llegar a determinarse un marco penológico de once a doce años de prisión.

Pero, en adición, si se tratase del jefe, administrador o encargado de la asociación u organización en cuestión, se le impondrá la pena en su mitad superior, esto es de diez a doce años de prisión, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado, prisión de doce a dieciocho años. Elevación que pasa de ser potestativa a imperativa cuando concurriera alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP o 177 bis.5 CP.

No es de extrañar que algunos autores las consideren excesivas⁶², ya que llegaría a superarse el marco penológico previsto para el delito de homicidio de diez a quince años (art. 138 CP).

Los actos preparatorios serán castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (art. 177 bis.8 CP).

Para concluir con el análisis del delito de trata de seres humanos cabe mencionar que también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 177 bis.7 CP), los efectos de la reincidencia internacional debido a su carácter transnacional (art. 177 bis.10 CP) y una excusa absolutoria para la víctima de este delito por aquellos otros cometidos bajo el régimen de explotación (art. 177 bis.11 CP).

4. CONCLUSIONES

Primera. El delito de matrimonio forzado no contempla la situación de víctimas de muy corta edad. Al exigirse el empleo de los medios comisivos típicos quedan fuera del tipo y, por tanto, impunes aquellos supuestos en los que no sea necesario utilizar la violencia, la intimidación grave o el engaño para quebrantar la voluntad de la víctima.

Dado que los medios comisivos típicos son los menos empleados en los matrimonios infantiles, se estima conveniente introducir en el artículo 172 bis CP la dispensa de su exigencia cuando la víctima fuera menor de dieciséis años o, siendo mayor de esta edad, pero menor de dieciocho, careciera de capacidad núbil, en un sentido similar a la dispensa contenida en el artículo 177 bis.2 CP.

Segunda. Tanto en el delito de matrimonio forzado como en el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados es posible la participación omisiva cuando concurra la posición de garante.

Tercera. La teoría de la determinación objetiva positiva o negativa del hecho, que aboga por un concepto restrictivo de autor, es la que mejor posibilita aplicar una perspectiva de género en este tipo de supuestos en los que alguno de los intervinientes en el delito puede estar motivado por factores socioculturales.

Cuarta. Entre el delito de matrimonio forzado del segundo apartado del artículo 172 bis.2 CP y el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados del artículo 177 bis.1.e) CP puede darse un concurso de normas que, en virtud del principio de especialidad del artículo 8.1ª CP, debe resolverse en favor del precepto especial siempre que concurren circunstancias que cosifiquen a la víctima, tales como la existencia de una dote como contraprestación de la unión impuesta.

También cabría apreciar un concurso real de delitos cuando a la cosificación de la persona, por la realización

⁶² SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial..., op. cit.,p. 144.

del delito del artículo 177 bis.1.e) CP, le siga la ejecución del matrimonio impuesto, considerándose el delito del artículo 172 bis.1 CP el correspondiente a la explotación de la trata de seres humanos. No obstante, se considera más adecuada la solución propuesta por parte de la doctrina de apreciar un concurso medial.

Quinta. Entre el delito de amenazas del artículo 169 CP y el de matrimonio forzado del artículo 172 bis CP puede darse un concurso de normas que, de lege lata y en virtud del artículo 8.4ª CP, debe resolverse a favor del primero por prever una mayor sanción penal.

Ocurre algo similar entre el delito de coacciones del artículo 172.1 CP y el de matrimonio forzado del artículo 172 bis.1 CP cuando se realiza este último en grado de tentativa.

De lege ferenda debería dotarse de mayor coherencia a estos artículos suprimiendo la pena alternativa de multa del artículo 172 bis CP y elevando su marco penológico o reduciendo el de los artículos 169 y 172 CP.

Sexta. El delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonios forzados del artículo 177 bis.1.e) CP se ha configurado jurisprudencialmente como una norma penal en blanco al exigirse que la unión impuesta o a imponer sea legalmente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Este criterio hace depender la consideración de víctima y la protección de los bienes jurídicos tutelados del contenido que en cada momento se le dé a la norma civil que regule la institución del matrimonio.

Para evitar semejante injusticia debe sustituirse por la interpretación empleada en el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis CP. Según esta, resulta indiferente para apreciar el delito que la unión tenga validez legal en España.

Séptima. La configuración del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP posibilita la imposición de sanciones penales desproporcionadas por acumulación de circunstancias agravantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto, 2017. ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación. InDret. No. 4.

CISNEROS ÁVILA, Fátima. 2018. Derecho penal y diversidad cultural. Valencia: Tirant lo Blanch.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles, 2017. El delito de matrimonio forzado. En: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 495-513.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados. En: DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria, PICADO VALVERDE, Eva María, y PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 815-826.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 2008. Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. No. 10, pp. 13-61.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 20.

FERRAJOLI, Luigi, 2019. Manifiesto por la igualdad (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto). Madrid: Trotta.

GIL, Alicia, 2000. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. Revista de derecho penal y criminología. No. 6, pp. 103-132.

GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general. 2a ed. Madrid: Dykinson S.L.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia “cuasi-doméstica” habitual. Revista General de Derecho Penal. No. 19.

GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código penal). En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, GÓRRIZ ROYO, Elena y MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 561-574.

HASSEMER, Winfried, 1990. Los elementos característicos del dolo (trad. DÍAZ PITA, María del Mar). Anuario de derecho penal y ciencias penales. Vo. 43, No. 3, pp. 909-932.

LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas y probatorias sobre el delito de trata con

finés de matrimonios forzados y la protección de sus víctimas. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Matrimonios forzados: Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-296.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, 1989. «La determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. PP. 889-913.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Anuario de la Facultad de Derecho. No. 8, pp. 53-88.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado. Anuario de Derecho eclesiástico del Estado. No. 33, pp. 299-316.

MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando et al. Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías. Memorias IV Congreso Internacional de jóvenes investigadores de ciencias penales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 285-299.

MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial. 23a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General. 10a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. Pp. 109-134.

POMARES CINTAS, Esther y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2014. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. En: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, ROCA DE AGAPITO, Luis y GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. Delito y minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 231-252.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2016. El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito. En: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 417-450.

SALAT PAISAL, Marc, 2020. Derecho penal y matrimonios forzados. ¿Es adecuada la actual política criminal? Política Criminal. Vo. 15, No. 29, pp. 386-405.

SANZ MULAS, Nieves, 2014. Diversidad cultural y política criminal: Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 16. P. 2.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial. 6ª ed. Madrid: Dykinson S.L.

TORRES ROSELL, Nuria, 2022. La intersección entre la trata de seres humanos y el matrimonio forzado: aproximación al fenómeno y respuesta jurídico penal. Revista General de Derecho Penal. No. 37.

TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación. Estudios penales y criminológicos. No. 35, pp. 831-917.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, 2016. Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

VAN BROECK, Jeroen, 2001. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. Vo. 9, No. 1

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch.

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LAS CLÁUSULAS DE EXENCIÓN Y MODERACIÓN JUDICIAL EN EL DELITO DE FRAUDE FISCAL

EXEPTION AND JUDICIAL MODERATION CLAUSES IN THE TAX CRIME

Nagore Pérez Hierro

*Doctoranda
Universidad de Deusto*

RESUMEN:

En un contexto donde la globalización, los nuevos modelos de negocios y la consagración de nuevas tecnologías de la información suponen un importante reto para la sociedad, la prevención y la lucha contra el fraude fiscal alcanza su mayor exponente. Y es que habida cuenta de que en las actividades económicas es donde existe una mayor percepción del fraude, resulta vital establecer una estrategia que favorezca el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias. A tal efecto, se llevó a cabo una profunda revisión de los delitos del Título XIV del Código Penal a través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, a fin de ofrecer respuesta a los fraudes de especial gravedad, incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada, perseguir tramas organizadas y afrontar, en última instancia, la lucha contra la criminalidad organizada y las prácticas de elusión fiscal. Dicha reforma trató de delimitar la figura de la regularización como un verdadero reverso del delito, neutralizando tanto el desvalor de la conducta a través de una declaración completa y veraz, como el del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria. No obstante, el debate acerca de su naturaleza, así como la aplicación de las distintas cláusulas de moderación judicial no es aún una cuestión pacífica.

ABSTRACT:

In a context where globalization, new business models and the establishment of new information and communication technologies represent a major challenge for society, the prevention and fight against tax fraud reaches its greatest exponent. Given that economic activities are where there is a greater perception of fraud, it is vital to establish a strategy that favours the correct fulfilment of tax obligations. As a consequence, a thorough review of the crimes of Title XIV of the current Penal Code through the Spanish Organic Law 7/2012, of December 27, was carried out in order to offer a response to frauds of special gravity, increase the possibilities of collection of unpaid tax debt, pursue organized frames and face, in the last instance, the fight against organized crime and tax avoidance practices. That law reform tried to delimit the figure of regularization as a true reverse of the crime, neutralizing both the disregard of the conduct through a complete and truthful statement, as well as the result through the full payment of the tax debt, that is, making the unjust derived from the initial breach of the tax obligation disappear. However, the debate about its nature as well as the application of the different judicial restraint clauses is not yet a peaceful issue.

PALABRAS CLAVE:

Fraude fiscal, regularización, atenuante, reparación, víctima.

KEY WORDS:

Tax fraud, regularization, extenuating, repair, victim.

SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN. 2.EL DELITO DE FRAUDE FISCAL: LA REGULARIZACIÓN DEL ART. 305.4 CP. 2.1. Naturaleza y finalidad de la regularización. 2.2.Presupuestos de la regularización. 3.SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. 3.1. Aplicación del tipo atenuado especial del art. 305.6 CP. 3.2. La circunstancia atenuante de reparación del daño en el delito fiscal. 3.2.1. Clasificación de las atenuantes en el Código Penal. 3.2.2. La atenuante genérica prevista en el art. 21. 5ª CP. 3.3. La apreciación de la atenuante muy cualificada. 3.4. La atenuante analógica del art. 21. 7ª CP en el delito fiscal. 4.LOS ARTS. 305.4, 305.6, 21. 5ª Y 21. 7ª CP: MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 5.CONCLUSIONES. 6.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 7.FUENTES JURISPRUDENCIALES. 8.APÉNDICE NORMATIVO.

1. INTRODUCCIÓN

En relación con los delitos de fraude fiscal, y tras el acogimiento de la cláusula de atenuación de la pena tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, es relativamente frecuente que los condenados obtengan importantes rebajas en las sanciones penales, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que exige la Ley, y sin perjuicio de que puedan resultar exentos de responsabilidad criminal en el caso de que opere la figura de la regularización.

La cuestión no es baladí, dada la proliferación de los delitos fiscales en las sociedades actuales que vienen de la mano de los grandes capitales, los cuales en numerosas ocasiones evitan pagar al fisco. Y es que conductas que rodean a la delincuencia económica y organizada, como la resistencia de la población al cumplimiento de sus deberes tributarios, la dificultad de su persecución o el descubrimiento de nuevas y sofisticadas fenomenologías criminales urdidas a nivel internacional, han conllevado al legislador, como señala la Exposición de Motivos, a encaminar la regularización a lograr un incremento de la recaudación aflorando fuentes económicas hasta ahora opacas y sumergidas.

La preocupación por la delincuencia económica en la actualidad, en palabras de IGLESIAS, no es negada por nadie, «razones diversas motivan a los penalistas a dar cada vez mayor importancia a este fenómeno que en los últimos años ha adquirido una relevancia inusitada»¹.

La evolución de comportamientos fraudulentos ha conllevado, como resalta TEJERIZO, a la necesidad de adoptar medidas que reaccionen contra importantes detracciones de ingresos públicos, evitando litigios innecesarios e incrementando no sólo la seguridad jurídica sino también la eficacia del sistema tributario².

La cuestión estriba en dilucidar acerca de la concurrencia de aquellos presupuestos necesarios - basados en razones de política criminal y utilidad - para poder eximir al reo de responsabilidad penal, o en su caso, para poder aplicar las circunstancias de atenuación prevenidas en el vigente Código Penal (en adelante, CP).

Para ello, profundizaremos, en primer lugar, sobre la figura jurídica de la regularización recogida en el apartado cuarto del artículo 305, relativo al delito de fraude fiscal, haciendo alusión a su controvertida naturaleza, a sus efectos, a su finalidad y a los presupuestos necesarios que deben concurrir en el reo para eximir de responsabilidad criminal.

Posteriormente, analizaremos la circunstancia atenuante prevenida en el apartado sexto del artículo 305, que tal y como expondremos, será objeto de aplicación en el caso de no proceda la regularización. Asimismo, profundizaremos acerca de las cláusulas de moderación judicial: la atenuante genérica de reparación del daño del delito (art. 21. 5ª) y la atenuante analógica del 21. 7ª, manifestaciones de la Justicia Restaurativa, un paradigma emergente cuyo postulado principal engloba tanto la reinserción del reo como la satisfacción de los intereses de la víctima del delito.

2. EL DELITO DE FRAUDE FISCAL: LA REGULARIZACIÓN DEL ART. 305.4 CP

El delito de fraude fiscal se encuadra dentro de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el Título XIV del CP, los cuales fueron objeto de una reforma operada por la ya mencionada Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre³.

El tipo delictivo del fraude fiscal protege, según jurisprudencia constante, el derecho de Estado sobre el rendimiento total de cada tipo de impuesto, así como el interés público en la recaudación de cada uno de ellos, esto es, el sistema de tributación en conjunto⁴. La doctrina mayoritaria se inclina por una configuración del

¹ IGLESIAS PUYOL, Luis, 1982. *La Hacienda Pública como bien jurídico protegido: contrabando y delito fiscal*. Barcelona: Librería Bosch, p. 13.

² Así señala la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que modifica la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. «B.O.E.» núm. 261, de 30 de octubre. Asimismo, en TEJERIZO-LÓPEZ, Jose Manuel; CALVO VÉRGEZ, Juan, 2013. *Comentarios a la Ley de Lucha contra el Fraude Fiscal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 679 y ss.

³ La L.O. 7/2012, de 27 de diciembre modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social («B.O.E.» 28 diciembre). Concretamente, dentro de los objetivos de la reforma cabría mencionar la creación de un tipo agravado para dar respuesta a los fraudes de especial gravedad, la introducción de mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda, o evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria.

⁴ En este sentido recoge KUHLEN, Lothar, 2015. *Cuestiones fundamentales del delito de fraude fiscal*. Madrid: Marcial Pons,

bien jurídico articulada sobre la protección de la Hacienda Pública o el Erario público⁵. Es decir, el delito fiscal estaría tutelando intereses de carácter colectivo que se cobijan bajo la idea de patrimonio de la Hacienda Pública⁶. Como sostiene JIMÉNEZ MORIANO, se trata de un delito de resultado cuyo bien jurídico protegido es «de naturaleza supraindividual, colectiva o difusa, que trasciende al propio e inmediato interés patrimonial público, sea estatal, local o autonómico»⁷. De ahí la importancia de dicho delito, dado el interés público y actual que encierra.

No obstante, no sólo subyace un motivo puramente económico en los delitos tributarios. Como sostiene ÁLVAREZ «no podemos resignarnos a otorgar una fundamentación sometida unilateralmente a planteamientos puramente mercantilistas. La lectura que ha de hacerse de dichos preceptos debe enfocarse en clave jurídico-penal y en conexión con los fines de la pena, en aras de alcanzar un razonable equilibrio entre los intereses recaudatorios a favor del Erario público y el respeto a los fundamentos de justicia y persecución del delito vigentes en todo Estado Democrático de Derecho»⁸.

El tipo básico de fraude fiscal, cuyos elementos típicos no vamos a analizar por no ser el objeto de esta investigación, se recoge en el artículo 305.1 CP cuando señala que «el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

Lo que es objeto de interés en este trabajo no es sino el contenido del apartado 4 de dicho artículo, en el cual se establecen los requisitos para la regularización⁹. Si bien la regularización no se trata de un concepto con significado único, la RAE define dicho concepto como “la acción y efecto de regularizar”, entendiéndose regularizar como “legalizar o adecuar a derecho de una situación de hecho o irregular”. La Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2009, sobre la interpretación del término “regularizar”, pone de relieve la ausencia en la legislación extrapenal de una definición legal de dicho concepto, siendo una expresión que se utiliza conforme a su significación semántica¹⁰.

El legislador, en lo relativo al delito tributario, señala que «se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

Trataremos, entonces, de abordar sistemáticamente las principales cuestiones en torno a esta figura cuanto menos interesante. Esto es, la naturaleza, su finalidad y los presupuestos necesarios para su aplicación.

pp. 66-68; MANJÓN-CABEZA, Araceli, 2012. “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal,” *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*. Nº 12, pp. 210-229, entre otros.

⁵ Tal y como sostiene IGLESIAS PUYOL, Luis, 2015. *La Hacienda Pública ...*, op. cit., p. 337, «el bien jurídico protegido son los ingresos que percibe la Hacienda Pública a través de los tributos».

⁶ Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.), 2011. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 1044.

⁷ JIMÉNEZ MORIANO, Oscar, 2020. “El delito de fraude fiscal”, *Diario La Ley*, n. 9712.

⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), 2013. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 829-830.

⁹ La doctrina estima que se trata de un vocablo de carácter polisémico, ya que ni existe una única previsión ni sus efectos resultan uniformes en todos los ámbitos en que puede darse. En este sentido, SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel, 2016. “La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria”, *Revista Quincenal Fiscal*. Nº 7, p. 21.

¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2009, de 4 de mayo, sobre la interpretación del término “regularizar” en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2009.html

2.1. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA REGULARIZACIÓN

A fin de entender la naturaleza de la regularización, cabe traer a colación la conducta que describe el apartado primero del artículo 305 CP que hemos reproducido anteriormente cuando el legislador dispone que se castigará al culpable cuando realice el comportamiento típico, salvo que se proceda a la regularización (305.4 CP). Es decir, que reconocer y pagar la deuda tributaria por parte del infractor¹¹, o en palabras de GARRO reintegrar los importes defraudados¹², supone la extinción de la responsabilidad criminal y, por ende, de la imposición de cualquier pena.

Antes de la reforma operada¹³ por la ya mencionada L.O 7/2012, el autor de un delito tributario quedaba exento de responsabilidad penal siempre y cuando regularizase su situación tributaria en la forma prescrita en el entonces vigente apartado 4. Concretamente, no se requería de modo explícito el pago total de la deuda, dado que el texto hablaba únicamente de regularizar sin que se explicase en qué consistía esta regularización. La dogmática dominante atribuía a la regularización la consideración de excusa absolutoria a ubicar en la punibilidad, y en caso de falta de pago o pago parcial podría admitirse la circunstancia atenuante (la genérica del art. 21. 5ª CP).

La introducción en el Derecho español de las excusas absolutorias se atribuye al penalista Luis Silvela¹⁴ - político, jurista y autor de numerosos tratados penalistas relevantes -, el cual bajo aquella denominación englobaba las circunstancias posteriores a la comisión del hecho delictivo que conllevaban efectos de *exención* (habida cuenta de que no surgía la punibilidad en ningún momento) o de *levantamiento de la pena*¹⁵ (en el caso de que tendría lugar la anulación posterior de la sanción). Sin entrar en la distinción entre unas u otras¹⁶, hoy en día se acoge una clasificación de las excusas absolutorias, entre las que se contempla la regularización del artículo 305.4 CP, sin perjuicio de otras muchas contenidas en el Código¹⁷.

Una excusa absolutoria es aquella circunstancia que, por motivos de política criminal¹⁸, hace que una conducta típica, antijurídica y culpable no pueda ser punible, esto es, sancionada. GERAS define las denominadas excusas

¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, 1995. *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de julio*. Madrid: Tecnos, p. 128.

¹² GARRO CARRERA, Enara, 2006. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*. País Vasco: Universidad del País Vasco, p. 349.

¹³ Texto anterior a la Ley Orgánica 7/2012 (en vigor hasta el 17 de enero de 2013). Art. 305: «1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. 2. [...] 3. [...] 4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

¹⁴ La expresión de *excusas absolutorias* se generalizó a partir de la obra de SILVELA, Luis, 1903. *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid: Imprenta de T. Fortanet, pp. 201 y ss.

¹⁵ Véase a este respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, 2015. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 5ª ed, p. 651.

¹⁶ Para mayor profundidad, véase MARCO RANCIA, María Pilar, 2011. “Las excusas absolutorias en la legislación y jurisprudencia española. A propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado”, *Noticias Jurídicas* [en línea]. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4644-las-excusas-absolutorias-en-la-legislacion-y-jurisprudencia-espñola-a-proposito-de-la-circular-2-2009-de-la-fiscalia-general-del-estado/>

¹⁷ En el Código Penal son consideradas excusas absolutorias las contenidas en las siguientes previsiones legales: art. 16.2 (desistimiento individual en la tentativa), art. 16.3 (desistimiento colectivo en la tentativa), art. 218.2 (convalidación del matrimonio inválido), art. 269 (delito patrimonial entre parientes), art. 307.3 (relativo al fraude a la Seguridad Social), art. 308.6 (en materia de subvenciones), art. 354.2 (incendios de masas forestales), art. 426 (delito de cohecho), art. 454 (encubrimiento entre parientes), art. 462 (retractación del falso testimonio), art. 480.1 (delito de rebelión), art. 549 (delito sedición).

¹⁸ El Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de diciembre de 1986, ponente Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez sostuvo que: «Bajo el nombre de excusas absolutorias se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica, que colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero, prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la propia excusa absolutoria debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuricidad tipificada y culpabilidad».

absolutorias como «aquellos motivos previstos legalmente para interaccionar en determinados delitos eliminando su pena, y que encuentran su justificación en razones ajenas a la antijuricidad y culpabilidad, como resulta ser la utilidad o la justicia material»¹⁹.

En sentido similar, el Alto Tribunal, dentro de la nomenclatura de excusas absolutorias se vienen comprendiendo «un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica [...], que debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuricidad tipificada y culpabilidad»²⁰.

Pues bien, antes de la reforma, se entendía que la regularización era una excusa absolutoria, a ubicar en la punibilidad, de carácter personal y aplicable sólo al deudor que regulariza, y no a otros intervinientes en el delito. Sin embargo, esta tesis no puede seguir manteniéndose desde la entrada en vigor de la LO 7/2012, ya que la reforma otorga una nueva configuración legal a la regularización, entendiendo que no se trata de una excusa absolutoria, sino que su naturaleza es otra: la regularización espontánea de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación fiscal o tributaria.

En este sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que la redacción ahora aprobada considera la regularización un impedimento para la persecución²¹, pierde su naturaleza de excusa absolutoria para convertirse en una causa de exclusión de la ilicitud penal del hecho: no existe la tipicidad, no es un hecho injusto. La actual regulación del delito de defraudación fiscal impide afirmar la existencia de un injusto típico si la regularización se ha producido. Estamos ante una especie de causa de atipicidad sobrevenida.

El Preámbulo (apartado III) de Ley Orgánica de 2012, sostenía que «una primera modificación de carácter técnico es la que prevé que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria con el fin de que pueda ser apreciada por la Administración tributaria»²².

En este mismo sentido, expuso el Consejo Fiscal en su informe²³: «Este Consejo Fiscal valora positivamente tal modificación, toda vez la actual configuración de la regularización de la situación tributaria como excusa absolutoria sólo puede entenderse si se hace una interpretación muy amplia de esta causa de exención de responsabilidad penal, la cual no existe en el momento de producirse la conducta delictiva. Por tanto, se estima acertada su inclusión como uno de los elementos que conforman el tipo básico del ‘delito fiscal’ descrito en el artículo 305 del Código Penal».

No obstante, aún existe una posición minoritaria²⁴ que asegura que la terminología del Código no es pauta segura para averiguar la verdadera naturaleza de la regularización fiscal²⁵ y que, por ello, la siguen considerando excusa absolutoria, no habiendo sido necesario la modificación y dicción de los apartados 1 y 4 en los términos en los que se ha hecho.

Por mi parte, considero que la nueva configuración del precepto parece querer dar a la regularización una naturaleza distinta a la de una excusa absolutoria entendiéndola como «el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias»²⁶.

¹⁹ GERAS MONTILLA, Luis, 2020. “Las excusas absolutorias en el Código Penal”, *Noticias Jurídicas* [en línea]. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15433-las-excusas-absolutorias-en-el-codigo-penal/>

²⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1986, reiterándose el fundamento de política criminal de las excusas absolutorias en los delitos económicos en sucesivas sentencias como las STS 334/2003, de 5 de marzo, 91/2006, de 30 de enero; 618/2010, de 23 de junio; 412/2013, de 22 de mayo, entre otras.

²¹ ALONSO GALLO, Jaime, 2013. “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 34, p. 15; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), 2013. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., p. 839; entre otros.

²² El apartado III dispone que la regularización se configura como el reverso del delito, de manera que se neutraliza el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Se pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido en relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto y se hace desaparecer el injusto.

²³ ALONSO GALLO, Jaime, 2013. “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 34, p. 17.

²⁴ Ello puede contrastarse en HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, 1993. *Las excusas absolutorias*, Madrid: Marcial Pons, pp. 47 y ss. Asimismo, en IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, 2003. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la “autodenuncia”. Art. 305.4 CP)*. Valencia: Tirant lo Blanch Monografías, p. 159, quien considera difícil encontrar un fundamento unitario en esta materia.

²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta 4/1997, de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_04_1997.html

²⁶ Así considero acertado la exposición de MONTERO DOMÍNGUEZ, Antonio, 2012. “La proyectada reforma de la regulación del delito contra la Hacienda Pública”, *CISS Tribuna Fiscal*. Nº 263, p.7, cuando señala que: «La excusa absolutoria es superada y sustituida por la integración de la regularización en el tipo».

Es decir, se trata de configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, «resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria»²⁷.

En coherencia con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal.

La finalidad de dicha figura jurídica no es otra que el favorecimiento de la situación del obligado tributario cuando medie el reconocimiento y el pago voluntario e íntegro de la deuda, esto es, integrar los parámetros de justicia tributaria y elusión fiscal²⁸. Se trata de un comportamiento postdelictivo del obligado tributario, el cual asume una declaración tributaria complementaria y su correspondiente pago.

Tal y como dispone FERNÁNDEZ, el autor desiste de tal acción fraudulenta de forma voluntaria, rectificando su conducta inicialmente delictiva²⁹. Por ello dicha figura no operará como extinción de la responsabilidad penal cuando la liquidación de la deuda tributaria tenga lugar por causas ajenas a la voluntad del contribuyente³⁰.

Es decir, la regularización tiene la finalidad de promover la autodenuncia y el pago voluntario de la deuda, y su previsión se inserta en las razones de política criminal y prevención, además de como sostiene DÓPICO³¹ y que comparto, con una clara vocación recaudatoria.

2.2. PRESUPUESTOS DE LA REGULARIZACIÓN

Tal y como hemos anticipado, la regularización se encuentra regulada en el art. 305.4 CP al señalar que: «Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

Son, por lo tanto, presupuestos para aplicar la regularización el elemento objetivo o material y el elemento cronológico o temporal.

En primer lugar, para aplicar la regularización y eximir de responsabilidad criminal, debe apreciarse un elemento de carácter objetivo o material: el infractor ha de haber procedido al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria. El culpable debe no sólo asumir su responsabilidad (sin que ello suponga exigir su arrepentimiento³², es decir, basta un conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regula-

²⁷ En el mismo sentido se pronuncia MUÑOZ CUESTA, Javier, 2013. «La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, p.40: «La regularización por el obligado tributario pasa de ser una excusa absolutoria una vez consumado y cometido el delito a un elemento del tipo, que lleva consigo la inexistencia de delito».

²⁸ Así lo establece el Preámbulo de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2021.

²⁹ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, 2020. «Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria», *ADPCP*. Vol. LXXIII, p. 602.

³⁰ En esta línea, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 630/2019, de 7 de octubre.

³¹ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2019. «La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», pp. 43-64. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; SAN DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, 2019. *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Barcelona: Atelier.

³² Elemento subjetivo que contenía el antiguo texto punitivo, el Código Penal de 1973, cuando exigía para la aplicación de la atenuante que el sujeto activo o autor del hecho reparara el daño o disminuyera los efectos del delito motivado por impulsos de arrepentimiento espontáneo. Respecto a su interpretación, se entendía que existía arrepentimiento espontáneo cuando el responsable del hecho delictivo actuara guiado por impulsos de un verdadero pesar, de un sincero y auténtico arrepentimiento por el acto cometido. En este sentido, ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, 1999. *Las atenuantes de confesión de la in-*

rización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria”³³), sino que además debe proceder al pago completo de la deuda.

Reconocer de modo completo la deuda tributaria supone presentar la documentación necesaria, practicar la autoliquidación correcta y declarar el hecho imponible realmente acaecido³⁴.

Por otro lado, completo pago significa íntegro, esto es, afecta tanto al importe de la cuota en sí (cuota impagada) como a la de los recargos e intereses, si existiesen (véase a este respecto el artículo 58.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)³⁵. Autores como IGLESIAS consideran que dicha exigencia debería ser objeto de aplicación a los restantes delitos fiscales. Sería deseable, asimismo, la inclusión de ciertos aspectos en torno a la exigencia de algún mínimo formalismo: ante qué organismo ha de presentarse, si ha de ser el propio defraudador o puede hacerlo otra persona³⁶.

En segundo lugar, se exige un elemento cronológico o temporal: la regularización debe efectuarse antes de que la Administración Tributaria le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control; o antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local haya interpuesto denuncia o querrela frente al interesado; o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento de la iniciación de diligencias³⁷.

Esto es, la regularización exige, además del reconocimiento y pago de la deuda, que se haga en tiempo oportuno (ya sea de modo espontáneo o de forma dirigida), esto es, dentro de los plazos preclusivos que delimita expresamente el párrafo primero del apartado 4 del art. 305 que venimos analizando.

3. SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

3.1. APLICACIÓN DEL TIPO ATENUADO ESPECIAL DEL ART. 305.6 CP

Estrechamente ligado a la regularización, encontramos la circunstancia atenuante del artículo 305.6 CP. Y es que cuando alguna de las actuaciones administrativas o judiciales referidas en el texto punitivo se hubiera iniciado ya y la conociera el interesado - porque hubiera recibido algún tipo de notificación acerca de la misma o tuviese conocimiento por algún otro modo - no sería posible que se aplicara la extinción de la responsabilidad penal prevista en el art. 305.4 CP, aunque sí la atenuación específica.

Así lo recoge el apartado 6 del art. 305 CP, cuando preceptúa que: «Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes³⁸ en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

fracción y reparación o disminución del daño. Barcelona: Bosch, pp.2 4; MONER MUÑOZ, Eduardo, 1995. “El arrepentimiento espontáneo: su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista General del Derecho*. Sección Práctica, Nº 607, pp. 3235-3241; QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, 1946. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 195.

³³ IGLESIAS CASAIS, José Manuel, 2013. “La evasión fiscal y su amnistía. La justicia tributaria en un contexto de crisis económica”, *Dereito*. Vol.22, Nº 195-223, p. 203.

³⁴ Regularizar es pagar señalan las SSTs 1336/2002, de 15 de julio; 539/2003, de 30 de abril; 611/2009, de 29 de mayo, entre otras.

³⁵ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003, cuyo artículo 58.2 preceptúa que «2. Además, la deuda tributaria estará integrada, en su caso, por: a) El interés de demora. b) Los recargos por declaración extemporánea. c) Los recargos del período ejecutivo. d) Los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos». Asimismo, como sostiene el autor en SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, 2022. *El régimen de regularización tributaria espontánea y la excusa absolutoria en supuestos de delito fiscal*. Navarra: Aranzadi, «un sujeto cuya defraudación tuviera encaje en el tipo delictivo del artículo 305 CP, habría de reconocer y pagar completamente la deuda tributaria determinada (incluidas las cantidades contempladas en el art. 27 de la LTG), para poder acogerse al «beneficio» que generaría la regularización voluntaria de su situación fiscal».

³⁶ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), 2013. *Estudio crítico sobre el anteproyecto...*, op. cit, p. 839.

³⁷ Véase ULLATE JIMÉNEZ, ANA, 2022. “La regularización de la situación tributaria en el delito fiscal”, en LOMA-OSORIO, Diego; ULLATE JIMÉNEZ, Ana, 2022. *Manual práctico del delito fiscal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, que trata dichas causas de bloqueo de la regularización.

³⁸ Se entiende por partícipes aquellos sujetos distintos del autor del delito y del obligado tributario. En este sentido proclama ALONSO GALLO, Jaime, 2013. “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, op. cit, p. 22.

Mencionar que, antes de la reforma introducida por la LO 7/2012, no se contenía previsión similar alguna, y como hemos anticipado en líneas anteriores, se aplicaba en su caso la atenuante genérica de. 21. 5ª, que luego desarrollaremos.

De este apartado sexto que hemos reproducido se desprende que el Código Penal faculta al Juez a atenuar la pena en uno o dos grados siempre que el interesado, y antes de que transcurra el plazo de dos meses desde que fue citado judicialmente como imputado, reconozca los hechos, y, satisfaga la deuda con la Hacienda Pública³⁹.

Respecto a los partícipes, cabe subrayar que, si el precepto exige un comportamiento de colaboración en la investigación y persecución del delito y no el pago de la deuda, hay que entender que se debe a que el partícipe no tiene, a diferencia del obligado tributario, la posibilidad de regularizar la deuda tributaria impagada. Asimismo, la cooperación de los terceros en tal regularización ha de ser entendida de una forma amplia y en atención a las particulares circunstancias que concurran en cada caso. Bastará con que el tercero haya desplegado alguna conducta que permita o favorezca la regularización del deudor tributario⁴⁰.

En la actualidad el principio de accesoriedad limitada en la participación impide, por inexistencia de hecho injusto, exigir responsabilidad alguna a quien interviene en la defraudación. Por el contrario, en casos de regularización extemporánea, el art. 305.6 sí permite la atenuación extraordinaria a quien sin ser obligado tributario colabore activamente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables del delito, para el completo esclarecimiento de los hechos o para la averiguación del patrimonio de los responsables del delito⁴¹.

No obstante, la inclusión de esta cláusula puede conllevar a reflexionar acerca de la naturaleza del delito fiscal, habida cuenta de que el apartado sexto abre la puerta a que haya más autores, aparte del obligado tributario⁴².

3.2. LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO FISCAL

Ya hemos abordado los requisitos necesarios para aplicar la cláusula de moderación de la pena (efectuar el pago completo e íntegro de la deuda, que este se realice dentro del plazo de dos meses siguientes a la citación como imputado - actual investigado⁴³ - y el reconocimiento de los hechos).

De modo que, si el pago se hace posteriormente, no cabría aplicar dicha atenuante específica del delito fiscal, pero sí la posibilidad de atenuar conforme al artículo 21.5 CP.

A continuación, analizaremos dicha circunstancia de atenuación de reparación del daño del delito, poniéndola en relación con el delito de fraude fiscal y la posible apreciación de la atenuante como muy cualificada. Para ello revisaremos la doctrina y jurisprudencia más relevante al respecto.

3.2.1. Clasificación de las atenuantes en el Código Penal

Las circunstancias atenuantes pertenecen, junto a las agravantes, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y constituyen, en palabras de PUENTE auténticos elementos accidentales del delito cuya finalidad es «obtener una respuesta punitiva proporcionada y ajustada al caso concreto, en atención al mayor o menor grado de injusto y/o culpabilidad»⁴⁴.

Son circunstancias atenuantes «aquellas que, influyendo sobre alguno de los elementos del delito, debilitan su intensidad, produciendo, en consecuencia, una disminución de la pena»⁴⁵.

³⁹ Véase la STS 340/2012, de 30 de abril.

⁴⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta 4/1997, de 19 de febrero, op. cit.*

⁴¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, 2016. “Cumplimiento fiscal, regularización tributaria y responsabilidad penal”, *Legislación, Norberto Javier De La Mata, Penal, Tributario*. Recuperado de: <https://almacenederecho.org/cumplimiento-fiscal-regularizacion-tributaria-responsabilidad-penal>

⁴² La cuestión, en la cual no voy a detenerme, estriba en determinar si nos encontramos ante algo novedoso o si, por el contrario, este delito siempre se ha configurado como un tipo común. Véase para mayor profundidad MARTÍNEZ SERNA, Iker, 2013. “El delito fiscal como delito común: análisis del nuevo artículo 305.6”, *Revista General de Derecho Penal*. N° 20, ISSN: 1698-1189.

⁴³ En este sentido, tradicionalmente se venía utilizando el término imputado, si bien, ante la connotación peyorativa que acarrea, tras la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se pasa a utilizar el término investigado.

⁴⁴ PUENTE SEGURA, Leopoldo, 1997. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Editorial Colex, p. 313.

⁴⁵ Así las define GOYENA HUERTA, Jaime; MUÑOZ CUESTA, Javier; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, 1997. *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. Editorial Aranzadi, S.A, p. 19.

El artículo 21 reúne un total de 7 atenuantes genéricas, sin perjuicio de otros preceptos que contienen atenuantes de carácter específico, como la prevista en el 305.6 CP, ya examinado.

Respecto a las atenuantes genéricas, la dogmática penal hace una distinción entre eximentes incompletas, atenuantes ordinarias y la atenuante analógica. En las primeras se encuadrarían aquellas en las que no concurren todos y cada uno de los presupuestos para eximir de responsabilidad criminal. En lo relativo a las atenuantes ordinarias, cabría incluir los supuestos que ampara el artículo 21 en sus apartados 2 a 6, en la que se encuadra la atenuante de reparación del daño. Finalmente, el artículo 21. 7ª CP, como veremos, acoge la circunstancia atenuante analógica cuando dispone que «son circunstancias atenuantes: cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

3.2.2. La atenuante genérica prevista en el art. 21. 5ª CP

La circunstancia atenuante de la reparación del daño se encuentra plasmada en nuestro artículo 21 del Código Penal español, cuando preceptúa que «son circunstancias atenuantes: 5.º La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

Se han manejado diversas tesis acerca del fundamento de la atenuante del 21. 5ª CP: la tesis del *actus contrarius*, que radica en el reconocimiento de la autoría del hecho delictivo y de la norma infringida; el criterio de la protección objetiva de la víctima⁴⁶; o aquella que considero más acertada, la tesis que fundamenta la atenuante en razones de política criminal y Justicia Restaurativa, como hemos mencionado anteriormente⁴⁷.

Respecto a los presupuestos de la atenuante del 21. 5ª CP, es unánime la jurisprudencia⁴⁸ al determinar qué requisitos deben concurrir para poder aplicar dicha circunstancia:

- 1 Un requisito de carácter objetivo o sustancial: la conducta que realiza el infractor, esto es, la reparación del daño⁴⁹ ocasionado a la víctima o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos puede integrar las previsiones de la atenuante, excluyendo pagos simbólicos, irrisorios o insignificantes⁵⁰. La aplicación de la atenuante no tiene lugar de forma automática, por lo que quedarían excluidos aquellos pagos parciales simbólicos de la deuda tributaria que no impliquen el mayor esfuerzo al alcance del acusado y que se hagan, únicamente, con el objetivo de invocar la circunstancia atenuante. Esta exclusión resulta lógica, pues pretende evitar un fraude de ley mediante el ingreso de cantidades irrelevantes para la reparación del daño. Asimismo, el pago debe reputarse efectivo, y es que «el tiempo verbal que emplea el texto legal excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro»⁵¹. Por dicha razón, los Tribunales vienen rechazado mayoritariamente la aplicación de la atenuante de reparación del daño en supuestos en los que los acusados, en lugar de abonar la deuda tributaria de manera efectiva, para reparar el daño, ofrecieron otros mecanismos no equivalentes al pago, como el aval, el ofrecimiento de embargo preventivo de bienes o el ofrecimiento de bienes supeditado a la sentencia condenatoria⁵². Asimismo, se exige que se trate de un acto libre y voluntario del encausado. El acusado ha de haber abonado la deuda tributaria de manera voluntaria o espontánea. En lo que respecta a los delitos contra la Ha-

⁴⁶ STS 809/2007, de 11 de octubre (FJ 2).

⁴⁷ El Alto Tribunal entiende que la atenuante prevista en el artículo 21. 5ª del Código Penal se funda en razones objetivas de política criminal, pues «premia las conductas que hayan servido a reparar o disminuir el daño causado a la víctima, dando satisfacción a ésta, con independencia de las cuotas que en su responsabilidad interna correspondan a los distintos partícipes en el hecho delictivo. De este modo, la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino de toda la comunidad» (STS 2013/2020, de 19 de junio).

⁴⁸ Véanse a este respecto las SSTs; 478/2017, de 16 de febrero; 4152/2017, de 22 de noviembre, 150/2021, de 27 de enero, entre otras.

⁴⁹ Véase las STS 626/2009, de 9 de junio y 540/2013, de 10 de junio, que señalan que el elemento sustancial de la atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica en la reparación del daño en un sentido amplio.

⁵⁰ Debe tratarse de un pago significativo para la reparación del daño que implique el mayor esfuerzo posible. Según la Audiencia Provincial de Vizcaya (SAP 86/2018, de 17 de diciembre), «lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable».

⁵¹ SAP 86/2018, de 17 de diciembre.

⁵² CHOZA CORDERO, Alfonso; RIZO LEÓN, Adriana, 2020. “Reparación del daño en los delitos contra la Hacienda Pública: atenuante simple o atenuante muy cualificada”, Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 4, p. 3, ISSN 1889-438. Recuperado de: [reparacion-del-dano-en-los-delitos-contra-la-hacienda-publica-atenuante-simple-o-atenuante-muy-cualificada-4133-6805-4819-v.1-618cfc41d3781947582336.pdf](https://www.cuatrocasas.com/v.1-618cfc41d3781947582336.pdf) (cuatrecasas.com).

cienda Pública, la jurisprudencia⁵³ entiende que no concurre el requisito de la voluntariedad cuando el acusado repara el daño o disminuye sus efectos, no por iniciativa propia, sino tras la notificación de un embargo preventivo o de un requerimiento judicial, entre otros.

- 2 Un requisito de carácter temporal o cronológico: la reparación del daño o la disminución de los efectos debe hacerse efectiva en cualquier momento del procedimiento, con el límite de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, sin perjuicio de que pueda aplicarse en su caso la atenuante analógica del 21. 7ª CP.

No cabe duda de que lo que pretende la circunstancia atenuante de reparación del daño no es sino incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas de los delitos, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, todo ello desde la perspectiva de una política criminal orientada hacia la víctima⁵⁴.

Recuerda el Tribunal Supremo⁵⁵ que la atenuante de reparación del daño es una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva de una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima y a la reparación privada posterior a la realización del delito.

Su actual configuración se ha objetivado al no exigirse que se evidencie un reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento, sino únicamente la concurrencia del elemento cronológico y del elemento sustancial⁵⁶, como se ha venido sosteniendo, es decir, el pago significativo de la deuda.

Finalmente, el Alto Tribunal excluye la comunicación de la atenuante de reparación entre partícipes al indicar que la comunicación de esta circunstancia a los copartícipes solamente se produce cuando el que repara el daño ha sido el único beneficiado por el delito. En otro caso, pretender que el sacrificio indemnizatorio de un acusado extienda sus consecuencias beneficiosas a quien no ha realizado acción alguna de reparación va contra el fundamento mismo de la norma⁵⁷.

3.3. LA APRECIACIÓN DE LA ATENUANTE MUY CUALIFICADA

Ya se ha expuesto en líneas anteriores la posibilidad de estimar la atenuante de forma cualificada, centrándose esta en una mayor intensidad de la conducta beneficiosa o reparadora del sujeto activo. Los ejemplos más patentes de cualificación, en palabras de ALONSO se encuentran en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, como las apropiaciones indebidas o las estafas, cuando se produce la íntegra devolución de las cantidades sustraídas .

De conformidad con el artículo 66.1.2 del CP, el Juez «cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».

Ahora bien, el Código Penal no especifica los requisitos que han de concurrir para que la circunstancia atenuante de reparación del daño pueda apreciarse como muy cualificada, por lo que será el Juez quien, atendiendo a las circunstancias concurrentes, decida si la circunstancia ha de apreciarse como simple o como muy cualificada y si procede rebajar la pena, bien en un grado o bien en dos grados.

En lo que respecta a los delitos contra la Hacienda Pública, la jurisprudencia ha ido estableciendo los requisitos adicionales que han de concurrir en la circunstancia atenuante de reparación del daño para que ésta pueda ser apreciada como muy cualificada. Con carácter general, la jurisprudencia entiende que ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante y que se manifiesta en los siguientes criterios : el pago total de la deuda tributaria, un especial esfuerzo por mitigar o compensar las consecuencias del delito y una especial prontitud en el pago.

Respecto al pago de la deuda de, así se recoge, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando estableció que «en lo tocante al delito fiscal, es evidente que la reparación del daño ha de ser el reintegro de la deuda tributaria completa. Y en este caso, la deuda tributaria comprende, conforme al art. 58 de la L.G.T., tanto la cuota a ingresar, como los intereses de demora» . Asimismo, el pago debe hacerse de

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 630/2019, de 7 de octubre.

⁵⁴ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional 4424/2021, de 28 de octubre. En este mismo sentido, la Sentencia del Alto Tribunal 285/2003, de 28 de febrero.

⁵⁵ Así señala la STS 126/2020, de 6 de abril.

⁵⁶ Véase la SAN 4424/2021, de 28 de octubre.

⁵⁷ Así dispone la STS 19/2016, de 26 de enero.

forma rápida y, en todo caso, antes de la celebración del Juicio Oral.

El reconocimiento de los hechos puede ser valorado positivamente. En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que señala que, sin perjuicio de las razones de política criminal que sustentan la decisión del legislador de establecer la atenuante de reparación del daño, «(...) puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21. 5ª no lo exija».

Adquiere, también, especial interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se condena como responsable penal al administrador único de una sociedad y a la propia persona jurídica por un delito contra la Hacienda Pública por eludir el pago del IVA de importantes operaciones inmobiliarias. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de este procedimiento como constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño (artículo 21. 5ª CP). Y es que entendía que la importante cantidad que se integraba en la Hacienda Pública para reparar el daño justificaba sobradamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada.

3.4. LA ATENUANTE ANALÓGICA DEL ART. 21. 7ª CP EN EL DELITO FISCAL

Ya hemos señalado que en el supuesto de que no pueda apreciarse la regularización del 305.4 CP, la atenuante específica el 305.6 CP, ni la atenuante genérica del 21. 5ª CP, cabe dilucidar si procede la aplicación de la atenuante analógica.

Concretamente el artículo 21. 7ª del Código Penal establece que será una circunstancia atenuante «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

Supone la analogía la aplicación de una norma a un supuesto que no se encuentra inicialmente previsto en su significado jurídico, pero que comparte una serie de similitudes con otro caso recogido por la disposición normativa, posibilitando esta cercanía fáctica su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma⁵⁸.

Tradicionalmente, la analogía ha sido diferenciada como analogía *legis*, en los supuestos donde se aplica una norma concreta a un supuesto de hecho carente de regulación, o analogía *iuris*, si, considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto, se extrae una norma para la resolución del supuesto de hecho. De igual modo, cabe considerar la distinción entre la analogía *in bonam partem*, en los supuestos donde se observa una ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones favorables, o *in malam partem*, si dicha extensión resultara ser desfavorable o restrictiva de derechos⁵⁹.

El debate se suscita en torno a la posibilidad de acudir a la analogía en Derecho penal a la vista de que el artículo 4.1 del CP señala que: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», prohibiendo la analogía *in genere*, ya sea *in malam* o *in bonam partem*. No obstante, señala OTERO⁶⁰, que se viene justificando la aceptación de la analogía a favor del reo sobre la base de que no contradice el sentido de límite garantizador que posee el texto legal, siempre y cuando exista una previsión expresa de la misma. Por lo que podemos decir que es aquí donde parece encontrar su acomodo y su sentido la manifestación de la atenuante analógica del art. 21. 7ª del CP.

La cuestión de la aplicación analógica resulta cuanto menos relevante, dada la importancia que el legislador le ha otorgado, al regularla desde el Código de 1822, manteniéndose en todos los Códigos posteriores hasta el texto actualmente en vigor. Asimismo, como señala ORTS, constituye la última atenuante, por lo que «le toca desempeñar un papel importante en el ámbito de la praxis penal»⁶¹.

El Tribunal Supremo ha extraído un abanico de exigencias de la interpretación de la analogía a fin de determinar si el motivo que se alega en cada caso es, como se refiere ORTS⁶², digno del mérito que revisten otras causas de atenuación.

⁵⁸ Para abordar con mayor profundidad, véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 1986. *Sobre la analogía en el Derecho, Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas.

⁵⁹ CORRECHER MIRA, Jorge, 2020. “La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piriomanía y cleptomanía”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 22-07, p. 11. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-07.pdf>

⁶⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2003. *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 28.

⁶¹ ORTS BERENGUER, Enrique, 1978. *Atenuante de análoga significación*. Valencia: Universidad de Valencia, p. 43.

⁶² *Ibidem*, p.83.

En este sentido, el Tribunal Supremo⁶³, dispone que para que una circunstancia pueda ser estimada como atenuante por analogía, «ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delinquentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente».

Y es que, como subrayar CORRECHER, y así lo considero, no cabrían dudas sobre la posibilidad de aceptar la interpretación analógica por el simple hecho de que el tribunal considere que el autor debería beneficiarse de una atenuación de la pena sin encontrar una atenuante en la que fundar su criterio, ya que equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, al contravenir la garantía formal del principio de legalidad ⁶⁴.

Dicho en otras palabras, esta finalidad específica de la circunstancia de análoga significación se vería desvirtuada cuando lejos de aplicarla en el sentido que le viene asignando el Código, se utilizase meramente como zona residual. Y es que, a pesar de que su aceptación supondría un tratamiento penal más favorable para el reo, plantea dudas su aceptación como regla general desde el respeto al principio de legalidad penal, así como a la propia separación de poderes que atribuye al legislador la potestad exclusiva para dictar normas penales.

La STS 1037/2017 (FJ 2) enumera las categorías donde pueden apreciarse circunstancias atenuantes por analogía:

- a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las seis atenuantes restantes del artículo 21 del Código Penal;
- b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;
- c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;
- d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido;
- e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente i forman los demás supuestos del dicho precepto, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental.

En relación con la atenuante de reparación genérica del art. 21. 5ª del CP en el delito fiscal, el Tribunal Supremo ha apreciado en ocasiones una atenuante analógica cuando falta el requisito temporal, siempre que se mantenga el contenido sustancial, esto es, la reparación del daño o disminución de sus efectos. Lo que se persigue es la restauración del orden jurídico perturbado y la actuación en favor de la víctima o de la propia Administración de Justicia, flexibilizando por ello el elemento cronológico. No obstante, cuestión bien distinta es extender la aplicación por vía de la analogía cuando no hay base fáctica para construir la atenuante, es decir, la ausencia de hechos que puedan ser considerados de análoga significación.

Esto es, en los casos en que la reparación del daño no respete el elemento cronológico establecido en el art. 21. 5ª, pero la reparación se lleve a cabo antes del dictado de sentencia, podría dar lugar a la aplicación de la circunstancia atenuante analógica.

El Tribunal Supremo⁶⁵ ponía de relieve que, por su fundamento de política criminal, el 21. 5ª se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Además, el alto Tribunal⁶⁶ reitera la concurrencia de los dos elementos, el cronológico, el cual se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, y el sustancial. No obstante, «la reparación

⁶³ SSTS 104/2011, de 1 de marzo; 75/2018, de 7 de octubre, entre otras.

⁶⁴ CORRECHER MIRA, Jorge, 2020. “La aplicación de la atenuante de análoga significación...”, *op. cit.*, p. 12. Asimismo, OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2003. *La circunstancia atenuante analógica...*, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁵ STS 909/2016, de 30 de noviembre.

⁶⁶ STS 4156/2021, de 12 de noviembre.

realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica».

Y es que no debería aplicarse la atenuante analógica sólo por el simple hecho de que el tribunal considere que el autor debería de beneficiarse de una atenuación de la pena sin encontrar una atenuante en la que fundar su criterio, ya que esto supondría una flagrante vulneración del principio de tipicidad⁶⁷ y, por ende, iría en contra de la voluntad del legislador.

4. LOS ARTS. 305.4, 305.6, 21. 5ª Y 21. 7ª CP: MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Tal y como hemos analizado, la regularización prevista en el art. 305.4 CP y las circunstancias atenuantes de los arts. 305.6, 21. 5ª y 21. 7ª CP constituyen manifestaciones de la Justicia Restaurativa, un paradigma que centra su atención en la víctima y adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

La Justicia Restaurativa, que ha propiciado amplia literatura, ha sido definida por infinidad de autores . No obstante, y trayendo a colación la definición manejada por las NACIONES UNIDAS, se define como aquel sistema de justicia «que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, del infractor y de la comunidad» .

La Justicia Restaurativa no es algo novedoso, ni que surge de forma espontánea ni repentina; sino que se encuentra enraizada en nuestra cultura y tradiciones. Este modelo de justicia centra su atención en ofrecer una oportunidad a las partes de participación y encuentro en los procesos restaurativos con el fin de que el autor se reintegre de nuevo en sociedad y repare el daño causado a la víctima.

La reparación del daño, pues, constituye un principio basilar en el entramado de la Justicia Restaurativa, habida cuenta de que uno de sus objetivos primordiales no es otro que el reconocimiento y asunción de responsabilidad por parte del infractor, y la satisfacción de los intereses de la víctima.

Como pone de manifiesto DOMINGO «para la Justicia Restaurativa una sentencia se aproxima más a ser justa, cuando la víctima ha visto atendida sus necesidades, ha sido escuchada y reparada o compensada (cuando el delito es prácticamente irreparable) y sobre todo cuando se la da el poder, la capacidad y los valores necesarios para encontrar su propio camino restaurativo hacia la recuperación del trauma del delito» .

La Justicia Restaurativa es parte inicial del proceso de gestión efectiva de los conflictos, el cual «debe de ir más allá de la simple restauración de las relaciones sociales, hacia una transformación de dichas relaciones en otras cualitativamente superiores, mejores, más cordiales, más productivos y dirigidas a modificar la cultura litigiosa confrontacional que se tiene por una cultura de paz» .

Como hemos ido exponiendo a lo largo del artículo, tanto la institución de la regularización del 305.4 CP como las circunstancias atenuantes prevenidas en los artículos 305.6 CP, 21. 5ª CP y 21. 7ª CP obedecen a razones de Justicia Restaurativa, habida cuenta de que el legislador otorga mayor importancia a la reparación del daño causado a la víctima del delito (en este caso, la Hacienda Pública) que al mero hecho de que el infractor sea castigado.

Asimismo, la aplicación de la atenuante analógica también responde a esos principios que postulan los procesos restaurativos, si bien no se descarta una posición minoritaria que entienda que el artículo 21. 5ª ya flexibiliza suficientemente los presupuestos para atenuar la pena al reo, y que la aplicación de la analógica debe quedar suscrita únicamente a supuestos limitados. Esto es, debe aplicarse de forma restringida por los tribunales.

Y es que deben existir aquellos hechos que fundamentan las atenuantes a fin de poder aplicar la analogía y no quebrantar el principio de tipicidad y legalidad que imperan en el Derecho Penal, dado que atender a una mera razón de justicia para atenuar la penal al reo supone inevitablemente una práctica perversa que contradice al propio legislador y reduce la seguridad jurídica, por lo que procede cuanto menos la mayor prudencia posible en su aplicación.

Tanto la reparación del daño, la restauración del tejido quebrantado por la comisión del delito, la satisfacción de los intereses y necesidades de la víctima, como la rehabilitación del reo siguen manteniéndose como fundamento en la aplicación de la atenuante de análoga significación, por lo que considero adecuada su apreciación por la jurisprudencia, siempre que quede acreditado dicho respaldo jurídico.

⁶⁷ OTERO GONZÁEZ, Pilar, 2020. *La circunstancia atenuante analógica...*, op. cit., p. 153.

5. CONCLUSIONES

Uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades postindustriales no es otro que regular con mayor afán el delito de fraude fiscal, y es que la evasión de tributos conlleva a que los ciudadanos pierdan la confianza en el sistema y sean reacios a cumplir con sus obligaciones fiscales.

La reforma de 2012 introdujo grandes mejoras técnicas, especialmente en lo que concierne a la naturaleza de la regularización del artículo 305.4 CP (la cual pierde su condición de excusa absolutoria y pasa a ser un elemento del tipo) y a la circunstancia atenuante del artículo 305.6 CP, que supone la rebaja de la pena al autor que repare el daño - antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado - reconociendo judicialmente los hechos y satisfaciendo la deuda tributaria.

Dentro de los fines de esta cláusula, no sólo encontramos razones puramente económicas (reducir los perjuicios derivados de la falta de ingresos debidos, la frustración de las expectativas de recaudación...), sino también otras basadas en política criminal tendentes a la reeducación y reinserción del reo y a la satisfacción de los intereses de la víctima.

Es aquí donde encaja, pues, el paradigma de la Justicia Restaurativa, que centra su atención en la figura de la víctima del delito.

Por su parte, la atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5^a CP y la atenuante analógica del 21.7^a CP también se consagran como una verdadera manifestación de la Justicia reparadora, ya que favorecen la integración de la víctima y la comunidad en la resolución del conflicto y hacen a los infractores más responsables.

Por lo que, en síntesis, en el supuesto de que no pueda aplicarse la regularización del apartado cuarto, la cual responde a medidas de policía fiscal y exime de responsabilidad criminal al reo, - dado que el fundamento no es sino ofrecer perdón a quien, habiendo cometido un delito de defraudación tributaria, repara el daño causado, antes de ser descubierto - los jueces y tribunales podrán apreciar la atenuante específica del 305.6, subsidiariamente, la atenuante genérica que consagra el artículo 21.5^a, y en último lugar, la atenuante analógica del 21.7^a, como ha venido señalando la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Y es que, como podemos afirmar, las cláusulas de moderación judicial persiguen la misma finalidad: proteger a la víctima, salvaguardar sus intereses legítimos, y, en última instancia, devolverle el papel que, sin duda, merece.

No obstante, resultaría a mi juicio necesario que el legislador previera excepcionales posibilidades de elusión de las penas en otros delitos patrimoniales, es decir, que dispensara el mismo tratamiento legislativo a otros ámbitos de la delincuencia económica, a fin de no incurrir en una posible situación de aporofobia, perfilando y construyendo un sistema punitivo únicamente amable con los poderosos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio, 1999. Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Barcelona: Bosch.

ALONSO GALLO, Jaime, 2013. "El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012", Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Nº 34, pp. 15-38.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), 2013. Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Valencia: Tirant lo Blanch.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 1986. Sobre la analogía en el Derecho, Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Madrid: Civitas

BARONA VILAR, Silvia, 2009. La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia: Tirant lo Blanch.

CHOZA CORDERO, Alfonso; RIZO LEÓN, Adriana, 2020. "Reparación del daño en los delitos contra la Hacienda Pública: atenuante simple o atenuante muy cualificada", Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 4, ISSN 1889-438. Recuperado de: [reparacion-del-dano-en-los-delitos-contra-la-hacienda-publica-atenuante-simple-o-atenuante-muy-cualificada-4133-6805-4819-v.1-618cfc41d3781947582336.pdf](https://www.cuatrocasas.com/revista-aranzadi-doctrinal/2020/04/1889-438-reparacion-del-dano-en-los-delitos-contra-la-hacienda-publica-atenuante-simple-o-atenuante-muy-cualificada-4133-6805-4819-v.1-618cfc41d3781947582336.pdf) (cuatrecasas.com)

CORNEJO, Grover, 2007. "La justicia transformativa, más allá de la Justicia Restaurativa", Revista Inter-nauta de Práctica Jurídica. Nº 19 [en línea]. Recuperado de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-14.pdf

CORRECHER MIRA, Jorge, 2020. “La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 22-07, pp. 1-40. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-07.pdf>

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, 2016. “Cumplimiento fiscal, regularización tributaria y responsabilidad penal”, *Legislación*, Norberto Javier De La Mata, Penal, Tributario. Recuperado de: <https://almacendederecho.org/cumplimiento-fiscal-regularizacion-tributaria-responsabilidad-penal>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia (coord.) et al., 2012. “Una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido”, *Criminología y Justicia*. Nº 4. Recuperado de: Una mirada hacia la justicia restaurativa | Anomics (usefedora.com)

DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, 2019. “La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación”, pp.43-64. En DEMETRIO CRESPO, Eduardo; SAN DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, 2019. *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Barcelona: Atelier.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, 2020. “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria”, *ADPCP*. Vol. LXXIII, pp. 601-641.

GARRO CARRERA, Enara, 2006. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*. País Vasco: Universidad del País Vasco.

GERAS MONTILLA, Luis, 2020. “Las excusas absolutorias en el Código Penal”, *Noticias Jurídicas* [en línea]. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15433-las-excusas-absolutorias-en-el-codigo-penal/>

GOYENA HUERTA, Jaime; MUÑOZ CUESTA, Javier; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, 1997. *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. Editorial Aranzadi, S.A.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, 1993. *Las excusas absolutorias*, Madrid: Marcial Pons.

IGLESIAS CASAIS, José Manuel, 2013. “La evasión fiscal y su amnistía. La justicia tributaria en un contexto de crisis económica”, *Dereito*. Vol.22, Nº 195-223, pp. 195-223.

IGLESIAS PUYOL, Luis, 1982. *La Hacienda Pública como bien jurídico protegido: contrabando y delito fiscal*. Barcelona: Librería Bosch.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, 2003. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la “autodenuncia”. Art. 305.4 CP)*. Valencia: Tirant lo Blanch Monografías.

JIMÉNEZ MORIANO, Oscar, 2020. “El delito de fraude fiscal”, *Diario La Ley*, n. 9712.

KUHLEN, Lothar, 2015. *Cuestiones fundamentales del delito de fraude fiscal*. Madrid: Marcial Pons.

LEUNG, May, 1999. “The Origins of Restorative Justice”, pp. 1-22 [en línea]. Disponible en: <http://www.cfcj-fcjc.or>

MARCO RANCIA, María Pilar, 2011. “Las excusas absolutorias en la legislación y jurisprudencia española. A propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado”, *Noticias Jurídicas* [en línea]. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4644-las-excusas-absolutorias-en-la-legislacion-y-jurisprudencia-espanola-a-proposito-de-la-circular-2-2009-de-la-fiscalia-general-del-estado/>

MANJÓN-CABEZA, Araceli, 2012. “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal,” *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*. Nº 12, pp. 210-229.

MARTÍNEZ SERNA, Iker, 2013. “El delito fiscal como delito común: análisis del nuevo artículo 305.6”, *Revista General de Derecho Penal*. Nº 20, ISSN: 1698-1189.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, 2015. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 5ª ed.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, 1995. *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de julio*. Madrid: Tecnos.

MONER MUÑOZ, Eduardo, 1995. “El arrepentimiento espontáneo: su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista General del Derecho. Sección Práctica*, Nº 607, pp. 3235-3241.

MONTERO DOMÍNGUEZ, Antonio, 2012. “La proyectada reforma de la regulación del delito contra la Hacienda Pública”, *CISS Tribuna Fiscal*. Nº 263, pp. 7-14.

MUÑOZ CUESTA, Javier, 2013. “La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre”, Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 11, pp. 37-48.

NACIONES UNIDAS, 2006. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Nueva York.

ORTS BERENGUER, Enrique, 1978. Atenuante de análoga significación. Valencia: Universidad de Valencia.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, 2003. La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch.

PUENTE SEGURA, Leopoldo, 1997. Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal. Editorial Colex.

SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, 2022. El régimen de regularización tributaria espontánea y la excusa absolutoria en supuestos de delito fiscal. Navarra: Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.), 2011. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Aranzadi Thomson Reuters.

QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, 1946. Comentarios al Código Penal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel, 2016. “La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria”, Revista Quincenal Fiscal. Nº 7, pp. 21-46.

SILVELA, Luis, 1903. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Madrid: Imprenta de T. Fortanet.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, 2012. “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”. En TAMARIT SUMALLA, Josep María, 2012. La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones. Granada: Comares.

TEJERIZO-LÓPEZ, Jose Manuel; CALVO VÉRGEZ, Juan, 2013. Comentarios a la Ley de Lucha contra el Fraude Fiscal. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

ULLATE JIMÉNEZ, ANA, 2022. “La regularización de la situación tributaria en el delito fiscal”, en LOMA-OSORIO, Diego; ULLATE JIMÉNEZ, Ana, 2022. Manual práctico del delito fiscal. Pamplona: Editorial Aranzadi.

7. FUENTES JURISPRUDENCIALES

STS 150/2021, de 27 de enero.

STS 4156/2021, de 12 de noviembre.

STS 126/2020, de 6 de abril.

STS 2013/2020, de 19 de junio.

STS 575/2018, de 7 de octubre.

STS 478/2017, de 16 de febrero.

STS 1037/2017, de 14 de marzo.

STS 4152/2017, de 22 de noviembre.

STS 19/2016, de 26 de enero.

STS 909/2016, de 30 de noviembre.

STS 412/2013 de 22 de mayo.

STS 540/2013, de 10 de junio.

STS 340/2012, de 30 de abril.

STS 104/2011, de 1 de marzo.

STS 618/2010, 23 de junio.

STS 611/2009, de 29 de mayo.

STS 626/2009, de 9 de junio.

STS 868/2009, de 20 de julio.

STS 809/2007, de 11 de octubre.
STS 91/2006, de 30 enero.
STS 285/2003, de 28 de febrero.
STS 334/2003, de 5 marzo.
STS 539/2003, de 30 de abril.
STS 1336/2002, de 15 de julio.
STS de 26 de diciembre de 1986.
SAN 4424/2021, de 28 de octubre.
SAP de Barcelona, 630/2019, de 7 de octubre.
SAP de Vizcaya, 86/2018, de 17 de diciembre.
SAP de Madrid, 56/2016, de 1 de febrero.
SAP de Madrid, 710/2016, de 13 de octubre.
SAP de Valencia 166/2011, de 11 de marzo.

8. APÉNDICE NORMATIVO

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2009, de 4 de mayo, sobre la interpretación del término “regularizar” en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2009.html

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 4/1997, de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_04_1997.html

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**APUNTES SOBRE LAS APORTACIONES PENALES DE PARTE GENERAL
INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO,
DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA
FRENTE A LA VIOLENCIA**

**NOTES ABOUT THE PENAL CONTRIBUTIONS OF GENERAL
PART INTRODUCED BY THE ORGANIC LAW 8/2021, ON 4TH OF JUNE,
ON COMPREHENSIVE PROTECTION OF THE CHILDHOOD
AND ADOLESCENCE AGAINST VIOLENCE**

Cecilia Cuervo Nieto

*Doctoranda en Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

RESUMEN:

El presente artículo trata de ofrecer una visión necesariamente generalista acerca de las novedades que en materia penal introduce la citada LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

Para ello, se realiza una previa delimitación teórica, a fin de conocer las características propias de la ley, así como su fundamento y finalidad. Una vez realizada esta aproximación, el artículo se centra en el estudio de las reformas que en la tradicionalmente conocida como Parte General de Derecho Penal establece la citada ley. Finalmente, se plantean a modo de cierre unas consideraciones personales.

ABSTRACT:

The current paper tries to offer a necessarily generalist view of the news that in the Penal matter the OL 8/2021 of comprehensive protection to the childhood and adolescence against violence does.

In order to achieve this goal, a previous conceptual delimitation is done so as to know the main characteristics of the law, as well as its basis and purpose. Once this approach is done, the article focuses on the study of the reforms that the quoted law does in the traditionally known as General Part of Criminal Law. Finally, some personal considerations are posed as a closing.

PALABRAS CLAVE:

Infancia, violencia, Derecho Penal, Parte General, reformas

KEY WORDS:

Childhood, violence, Criminal Law, General Part, reforms

SUMARIO:

1.LA LEY ORGÁNICA 8/2021: CONSIDERACIONES GENERALES DE UNA LEY AMBICIOSA. 1.1Entrada en vigor, estructura formal y técnica legislativa. 1.2Fundamento y finalidad de la ley: la protección de los menores como imperativo. 1.3.Breves consideraciones sobre la visión penal de los menores de edad. 1.4Hacia una noción de violencia. 2. REFORMAS PENALES PLANTEADAS POR LA LO 8/2021 3. MODIFICACIONES DE PARTE GENERAL. 3.1Agravante de móviles odiosos y delitos de odio; la edad como criterio. 3.2-Reformas en el ámbito del castigo. 3.3La extinción de la responsabilidad penal en los delitos contra menores. 3.3.1La prescripción. 3.3.2-El perdón del ofendido. 4.CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA

“Ay de quien escandalice a uno de estos pequeños que creen en mí, más le vale que le cuelguen al cuello una de esas piedras de molino que mueven los asnos y le hundan en lo profundo del mar¹”

¹ Mt 18, 6.

1. LA LEY ORGÁNICA 8/2021; CONSIDERACIONES GENERALES DE UNA LEY AMBICIOSA

1.1. ENTRADA EN VIGOR, ESTRUCTURA FORMAL Y TÉCNICA LEGISLATIVA

El 25 de junio del pasado año 2021 entraba en vigor- de conformidad con lo previsto en la Disposición Final número 25²- la mayor parte del articulado³ de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (en lo sucesivo, LO 8/2021) también conocida como Ley Rhodes⁴.

En coherencia con la expresa rúbrica de la ley, su art.1.1 señala que *“La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”*.

De esta declaración de intenciones de su primer precepto, del que resulta la determinación del objeto, resulta llamativa la nomenclatura empleada por la ley, que utiliza la novedosa expresión de niños, niñas y adolescentes, refiriéndose por tales ex. art.2.1, a cualesquiera menores de edad que se encuentren en territorio español con independencia de su nacionalidad o situación administrativa de residencia en España, extendiendo también su ámbito de aplicación a los menores españoles que se encuentren fuera de nuestro país a los efectos descritos en el art.51. Es evidente por tanto la vocación omnicompreensiva de la ley, al menos en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación se refiere⁵.

² “Esta ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”. A tal efecto, la LO 8/2021 se publicó en el BOE el 5 de junio de 2021 (número 134) articulando un periodo general de *vacatio legis* en la señalada Disposición Final número veinticinco de veinte días de duración.

³ No entraron en vigor en ese momento inicial del 25 de junio los artículos 5.3, 14.2, 14.3, 18, 35 y 48.1.b) y c), cuyos efectos jurídicos comenzaron a desplegarse en el plazo de los seis meses siguientes a la citada fecha de entrada en vigor. Asimismo, la reforma prevista en la Disposición Final número catorce en relación con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias se pospuso al 1 de enero de 2022. En cualquier caso, a la fecha de redacción de este artículo todo su contenido se encuentra ya plenamente vigente.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional admitió a trámite mediante providencia de 7 de octubre de 2021 un recurso de inconstitucionalidad formulado por el Grupo Parlamentario de Vox contra los artículos 30 párrafo 2.º; 3 b); 26, apartados 2 y 3; 27; Disposición Final primera apartado 9, y Disposición Final segunda apartado. 1, de la ley, recurso pendiente aún de resolución pero cuya admisión- por mor del art. 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional- no suspende en ningún caso la vigencia de los preceptos recurridos (salvo lo previsto en el art.161.2 CE, que no resulta de aplicación al supuesto concreto).

Véase AZAGRA MALO, Jorge y ADELL TRONCHO, Belén, 2021. “Un aproximación a la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 57, página 170. (Fecha de consulta, 28/09/2022).

Recuperado de [https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez \(uria.com\)](https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez (uria.com))

⁴ La ley, y así lo manifestó expresamente en sede parlamentaria la Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030, obedece en su inspiración al impulso personal del pianista de origen británico, pero nacionalizado español, James Rhodes, quien confesó haber sufrido abusos y maltrato durante su infancia.

⁵ Conviene no desconocer que el término de menor de edad o menores, ampliamente extendido en España (incluso con evidente significación jurídica, véanse los procesos de menores, o las leyes que regulan la responsabilidad penal del menor) es visto con recelo y desconfianza en muchos países latinoamericanos, tales como Chile o Perú, que prefieren utilizar una terminología más inclusiva, más respetuosa, de los niños y niñas- y por la que expresamente se inclina la LO 8/2021- frente al término un tanto peyorativo por simplista, en su concepción, de los menores.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define menor de edad como “Que no ha alcanzado la mayoría de edad”. A tal efecto, hay que recordar que esa mayoría se fija en el ordenamiento jurídico español en los dieciocho años de edad (ex. art. 12 CE y 240 CC) y lleva consigo la consolidación de la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de ciertos actos jurídicos particulares que exigen una edad incluso superior (como por ejemplo, la adopción, que exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años ex art.175 y ss CC).

Es más, se plantea como carencia del ordenamiento español el que este no contemple jurídicamente varias categorías, no diferenciando así a efectos legales entre las categorías de niño, adolescente o joven (si bien el constituyente sí que se refiere a estos expresamente- empleando el término “juventud”—en el art 48 CE, así como a los niños en el art 39 CE al que me referiré seguidamente) distinguiendo de manera muy simplista solamente entre menores y mayores de edad con arreglo asimismo al criterio exclusivamente cronológico (y ello sin perjuicio de la nueva denominación inclusiva empleada por la ley de “niños, niñas y adolescentes”, que no obstante carece de trasposición jurídica real, quedando en una cuestión casi de mera semántica).

No obstante, respecto a la materia penal que aborda la ley, la citada terminología inclusiva no aparece posteriormente reflejada en el Código Penal⁶ (por ejemplo, la palabra adolescente no figura en todo su articulado) puesto que los nuevos tipos penales introducidos continúan empleando el término mucho más abierto y genérico de menores de edad, e incluso, de forma loable aunque asistemática incorporan también expresamente como sujeto pasivo de tales delitos a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección (utilizando así el concepto que en su día introdujo la LO 1/2015 de 30 de marzo en el art.25 CP y que acertadamente sustituye al siempre cuestionable término de incapaz)⁷.

La Ley 8/2021 consta de un total de sesenta artículos, estructurados mediante un título preliminar y cinco títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales. Sigue la técnica propia de las llamadas leyes integrales- iniciada en España con la LO 1/2004 de Medidas de Protección Oficial contra la Violencia de Género- con una pretensión de, en virtud de su carácter transversal, someter a su ordenación todas aquellas vertientes o ámbitos en los que transcurre la vida de los menores.

De hecho, una de las virtudes más aplaudidas de la ley es precisamente esa naturaleza global, integral y expansiva de sus disposiciones y ello aun cuando el recurso a esta técnica legislativa comienza a generalizarse excesivamente en relación con determinadas materias⁸, suscitando ciertos temores en la doctrina- entre otros, LLORIA GARCÍA quien llega a hablar de una “nueva forma de codificación”⁹ o FERNÁNDEZ PANTOJA¹⁰, que cuestiona el uso y hasta abuso de las leyes integrales-.

De esta manera, en su vocación de articular una suerte de respuesta global ante el incuestionable fenómeno de la violencia ejercida sobre los menores de edad, la ley incide en multitud de cuestiones, de índole civil, administrativa, educativa, sanitaria, procesal y también penal a través de un largo catálogo de Disposiciones Finales que introducen sucesivas modificaciones legales hasta en quince cuerpos normativos diferentes¹¹, configurándose así como una verdadera ley ómnibus de intenso calado en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, esta transversalidad se manifiesta también en las propias medidas contempladas en la ley, en tanto que estas comprenden en una fase previa la sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia- me-

En este sentido, el art.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “*se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años*”.

⁶ En adelante, CP o Código Penal indistintamente.

⁷ No obstante, y de manera ciertamente desordenada (por ejemplo, el art.177 bis CP emplea tanto el término “menor de edad” como el más reciente de “persona menor de edad”) sí que se han producido algunos cambios terminológicos, tales como sustituir el término “menor” por el de “persona menor de edad” en los arts. 177 bis 1 último párrafo, 189.2 g), 201.2 y 225 bis 2 CP.

⁸ Es más, se viene planteando recientemente la posibilidad de legislar precisamente a través de este cauce de las leyes integrales materias tan dispares como la trata de seres humanos o las medidas de seguridad para sujetos inimputables o semiimputables. En este sentido, no son pocas las voces, fundamentalmente desde el ámbito civil y de diversas ONG, que abogan por la elaboración en España de una Ley integral de lucha contra la trata. De hecho, puede afirmarse que tal pretensión se encuentra ya procedimentalmente iniciada por parte del Ministerio de Justicia. A tal efecto, la página web del Palacio de La Moncloa, el día 29 de marzo de este año publicaba el siguiente titular; “Justicia avanza en la elaboración de de la ley integral contra la trata de seres humanos”, al tiempo que afirmaba que “La ministra de Justicia, Pilar Llop, ha aprobado una orden ministerial por la que se constituye una Sección especial de la Comisión General de Codificación para la elaboración de la ley integral contra la trata de seres humanos”.

Recuperado de <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/290322-ley-contra-trata.aspx> (Fecha de consulta, 20/08/2022).

⁹ LLORIA GARCÍA, Paz, 2022. “La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones”. *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, pp. 271-298, página 274. (Fecha de consulta, 21/09/2022).

Recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/39798igdes609lloria-gacia.pdf> (cepc.gob.es).

¹⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, 2021. “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; a la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de las leyes integrales”, *Cuadernos de Política Criminal*, Dykinson, N° 134, 5-45. (Fecha de consulta, 21/09/2022).

Recuperado de <https://www.dykinson.com/libros/cuadernos-de-politica-criminal-numero-134/ISSN0210-4059-numero-134/>

¹¹ Tales cuerpos normativos son los siguientes; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Civil, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley General de Publicidad, el Código Penal, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, el Texto Refundido sobre infracciones y sanciones en el orden social, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

didadas estas a las que se da una gran prioridad- regulando igualmente medidas sancionadoras, también de carácter penal en los términos que se expondrán más adelante.

1.2 FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA LEY: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES COMO IMPERATIVO

El fundamento de la ley es claro; proteger a los menores frente a la violencia- si bien este último concepto, el de la violencia, está lejos de ser, al menos jurídicamente, un término pacífico o unívoco- considerando a estos, los menores, personas que por su inferior grado de desarrollo y madurez se encuentran en una posición de evidente desequilibrio y desventaja en su relación con los adultos, lo cual los coloca en una situación de especial vulnerabilidad que demanda medidas y políticas activas por parte de los diferentes poderes públicos.

La protección de los menores es así un imperativo moral podría decirse. Pero también histórico, pues la Historia, tristemente, nos ofrece abundantes casos en los que, ya desde tiempos inmemoriales (piénsese en la matanza de los inocentes ordenada por el rey de Judea Herodes I el Grande en el siglo I a.C.) la mayor debilidad de los menores los ha convertido en víctimas propiciatorias, las llamadas víctimas ideales¹², de numerosos delitos e injusticias¹³.

Es más, la protección de los niños, niñas y adolescentes trasciende ya del plano meramente ético, moral o histórico, alcanzando la vertiente jurídica al convertirse en un verdadero mandato o imperativo, no solo legal sino también constitucional en el caso español y tanto a nivel interno como internacional.

A tal efecto, el constituyente acogió este imperativo al establecer en el art.39- en materia de protección de la familia- párrafo cuarto de la Constitución Española de 1978 que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Como se ve, el precepto contiene una expresa referencia a los tratados y acuerdos internacionales que sobre la materia haya ratificado España, algunos de los cuales son también referenciados en el texto del Preámbulo de la LO 8/2021.

No obstante, conviene tener en cuenta el alcance, ciertamente limitado, del mandato constitucional, toda vez que el citado artículo forma parte por su ubicación de los llamados Principios rectores de la política económica y social del Capítulo Tercero del Título Primero de la Carta Magna, por lo que carece del nivel máximo de protección y eficacia que sí se reconoce a los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del mismo Título¹⁴.

Pero más allá de estos imperativos, el legislador vincula expresamente en el primer párrafo del Preámbulo de la LO 8/2021 la protección de la infancia frente a la violencia con los derechos humanos. Así, señala que “*la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos*”, conectando íntimamente- como ya lo hiciera el constituyente- dicha protección con los diferentes instrumentos internacionales sobre la materia (en virtud del mandato que a tal efecto contiene el art.10.2 CE¹⁵).

Del mismo modo, el Preámbulo destaca especialmente por su importancia la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño- adoptada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España al año siguiente- a la que evidentemente responde la meta número 16.2 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible.

¹² Al efecto, véase VINAGRE GONZÁLEZ, Agustina M., 2019. “Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas”, en LAGUNA HERMIDA/GÓMEZ GARCÍA (coords.), *Manual de Victimología*, Madrid, Delta, página 65.

¹³ En este punto, MOYA GUILLEM y DURÁN SILVA acertadamente señalan que “La investigación victimológica ha acreditado que los menores de edad tienen, por lo general, una mayor propensión victimal, sobre todo en el ámbito familiar, por su indefensión (...)”. MOYA GUILLEM, Clara y DURÁN SILVA, Carmen, 2022. “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, N° 1/2022, página 416. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/398651-Text%20de%20l'article-579852-1-10-20220316.pdf

¹⁴ Esto es, conviene recordar que este precepto está integrado en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución - *Principios rectores de la política económica y social*- lo que implica que, pese a lo previsto en el art.53.3 CE, su nivel de eficacia sea mucho menor que el de los derechos fundamentales *strictu sensu* de la Sección Primera del Capítulo II de ese mismo Título (a modo de ejemplo, señalar que estos principios solo pueden invocarse ante la jurisdicción ordinaria, no estando incluidos dentro del ámbito del recurso de amparo ante el TC) configurándose fundamentalmente como una suerte de normas programáticas que establecen criterios de actuación de los poderes públicos, y ello sin perjuicio de su evidente rango constitucional.

¹⁵ “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”

Asimismo, el Preámbulo también hace referencia expresa a otros instrumentos internacionales de los que se deriva el imperativo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siguiendo la terminología de la propia ley, tales como el Tratado de Lisboa (art.3) en el ámbito comunitario de la Unión Europea.

Igualmente, dentro del ámbito territorialmente superior del Consejo de Europa, el Convenio número 201 para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (Convenio de Lanzarote, 2010) el Convenio número 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011) o el Convenio número 185 sobre Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest, 2001).

Es más, la ley supone la culminación de todo un previo proceso que busca satisfacer las demandas y aun requerimientos que desde el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño- como órgano colegiado constituido en garante y supervisor del adecuado cumplimiento por parte de los Estados firmantes de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas- se venían planteando a España.

Tales demandas se vinculaban a la pretensión de articular jurídicamente una ley general o sistemática que constituyera el cauce de Derecho positivo para una más eficaz lucha contra la violencia infantil que pudiera además revertir las debilidades inoperantes derivadas de la fragmentación legislativa propia del reparto competencial del Estado de las Autonomías, con una normativa autonómica no siempre observante de las disposiciones de la Convención.

A tal efecto, ya en el año 2010 y a raíz del análisis por el Comité de los informes combinados tercero y cuarto remitido por España sobre la situación de los niños en nuestro país, dicho Comité aconsejó aprobar una ley integral sobre la violencia contra los menores, similar a la ya existente en materia de violencia de género, que garantice además, en una de las aspiraciones más reiteradamente planteadas sobre esta cuestión por el Comité, una mayor armonización entre las diferentes Comunidades Autónomas y el Estado.

Posteriormente, en el año 2017, el Comité volvió a dirigir una clara llamada de atención a España, considerando a todas luces insuficientes las reformas acaecidas en el ordenamiento jurídico español (especialmente en materia penal de la mano de la ómnibus LO 1/2015 de 30 de marzo) al declarar en relación con el análisis de los informes combinados números cinco y seis que lamentaba la falta de progresos y avances relevantes o significativos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los menores.

Es por ello que, ante la evidente insatisfacción del Comité de Derechos del Niño, la presente LO 8/2021, y así lo expresa en el Preámbulo, pretende dar ya sí debido cumplimiento a esa lejana recomendación del año 2010 de articular y aprobar una ley integral de violencia contra los niños¹⁶.

No obstante, el legislador no condiciona la aprobación de la ley solamente a compromisos internacionales válidamente asumidos por España, sino que lo conecta directamente con una suerte de imperativo social, a través de la en mi opinión poco afortunada expresión de “*sano desarrollo de nuestra sociedad*” que evoca reminiscencias de periodos históricos que no por oscuros resultan tan lejanos en el tiempo¹⁷.

1.3. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA VISIÓN PENAL DE LOS MENORES DE EDAD

Conviene plantear aquí, a modo de breve digresión, ciertas cuestiones sobre la compleja relación entre menores y Derecho Penal, entendiendo por menores genéricamente lo que la nueva ley denomina como niños, niñas y adolescentes, más acorde con las actuales coordenadas semánticas.

¹⁶ A tal efecto, es clara la relevancia, al menos teórica, de las recomendaciones emanadas del Comité de Derechos del Niño, no debiendo olvidar que, una de las razones esgrimidas en su día por el legislador español para la elevación desde los trece hasta los actualmente dieciséis años de edad para fijar la edad mínima para emitir un válido consentimiento en materia sexual fue precisamente una recomendación del Comité del año 2007, así como, según se dijo, la necesidad de armonizar y aproximar criterios con otros Estados europeos de nuestro entorno.

Ello dio lugar a la modificación del art 183 CP y del Capítulo II bis del Título VIII- Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales- del Libro II del CP, en términos que, no obstante su referido fundamento, han merecido abundantes críticas de la doctrina.

¹⁷ “*La aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes no solo responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad, sino a la relevancia de una materia que conecta de forma directa con el sano desarrollo de nuestra sociedad.*”

Me refiero claro está, aunque salvando las- evidentemente inmensas- distancias, al controvertido por difuso concepto de peligro para el “sano sentimiento del pueblo alemán” (*Gesundes Volksempfinden*) erigido durante el *Tercer Reich* como fundamento de las medidas de seguridad- predelictuales- en Alemania para, en aras de un supuesto beneficio público de la comunidad, legitimar formalmente el exterminio sistemático de enfermos mentales- la conocida como *Aktion T4*, de inspiración darwinista- y de judíos, entre otros colectivos incómodos para el régimen.

Es mayoritaria la doctrina- RAMOS VÁZQUEZ, DÍAZ CORTÉS, entre otros- que considera que sobre esta materia existe una suerte de relación dicotómica en que puede resumirse la postura que tradicionalmente viene siguiendo el legislador (no solo el patrio sino también el siempre más difuso legislador internacional) en relación con los menores de edad. Tal dicotomía puede expresarse conforme al paradójico binomio de menor- sujeto y menor -objeto.

Por una parte, el menor debe ser reconocido- y creo que la presente LO 8/2021 hace un notable esfuerzo en este sentido- como sujeto autónomo, hablándose del menor eficiente verdadero titular de derechos. A tal efecto, esta vía dirigida a la consideración del menor como sujeto virtualmente independiente fue precisamente iniciada ya en el año 1989 de la mano de la citada Convención de los Derechos del Niño, que reconoce a los menores como verdaderos ciudadanos, atribuyéndoles así derechos en ámbitos otrora excluidos de toda participación infantil, tales como el derecho de participación en la vida social y en los asuntos que les afecten.

Frente a ello, el menor es también (y así se deduce de la práctica totalidad de la normativa, especialmente penal, al respecto) un mero objeto de derechos que carece de aptitudes suficientes para ejercitarlos por sí, siendo una persona particularmente dependiente y vulnerable que requiere, que necesita de una actitud singularmente protectora y paternalista por parte de los diferentes poderes públicos.

Si se valora el espíritu inspirador de la normativa, a diferentes niveles, sobre menores de edad es claro que la visión preponderante es la del niño-objeto, incurriendo la mayoría de las veces en una visión tan arquetípica como idealizada de los menores como ser incólumes y puros que deben preservarse de casi cualquier contacto con los adultos (siendo este planteamiento especialmente evidente en el ámbito penal, con tipos penales desproporcionados en relación con los delitos del Título VIII del Libro II CP, particularmente con delitos como el *child grooming* del art 183 Ter CP o la tenencia de pornografía infantil ex art.189.5 CP).

En todo caso, es importante no perder de vista que ni siquiera la mejor y más bienintencionada vocación de proteger a los menores puede amparar ni llevar consigo la privación, restricción o cualquier otra forma de injerencia negativa al reconocimiento de aquellos derechos de que los menores son legítimamente titulares.

Esta compleja por antitética relación se agudiza especialmente en el ámbito de las nuevas tecnologías, las llamadas TIC¹⁸ (Tecnologías de la Información y la Comunicación), ámbito este en el que al anterior binomio de menor-sujeto y menor-objeto, se le podría añadir un segundo binomio dicotómico de oportunidades y riesgos.

Oportunidades porque el menor, en tanto que nativo digital¹⁹ se encontraría cronológicamente como grupo etario a la vanguardia de la revolución digital. Y riesgos porque, al mismo tiempo, los menores constituirían precisamente unos de los colectivos socialmente más vulnerables para configurarse como víctimas idóneas ante los innegables peligros que las nuevas tecnologías, y muy particularmente Internet, como nuevo espacio criminógeno llevan consigo.

A tal efecto, el legislador es especialmente sensible a esta cuestión de las TIC y adoptando en este sentido una visión claramente más vinculada a la percepción de las mismas como fuente de riesgos que de oportunidades, contempla estas nuevas tecnologías como medio comisivo de los cuatro nuevos tipos penales que introduce la LO 8/2021 en el Código Penal.

Es decir, estos nuevos tipos penales tienen por objeto castigar la distribución o difusión pública a través de las nuevas tecnologías de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio (art. 143 bis CP) a la autolesión (art. 156 ter CP) a la comisión de los delitos de abuso y agresión sexual de los menores de 16 años y de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP) y de contenidos destinados a promover o facilitar el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas (art 361 bis).

¹⁸ En este sentido, RAMIRO VÁZQUEZ, Julia, 2013, “Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet”, *Menores e Internet*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, página 31.

Véase también DÍAZ CORTÉS, Lina, 2018. “Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”, *Algunos desafíos en la protección de los datos personales*, Granada, Editorial Comares, página 140.

¹⁹ Término acuñado por el estadounidense Mark PRENSKY, en su artículo “Nativos e inmigrantes digitales” (2001). Véase PRENSKY, Mark, “Nativos e inmigrantes digitales”, *Cuadernos SEK 2.0*, Institución educativa SEK (adaptación al castellano del texto original “*Digital natives , Digital Immigrants*”). (Fecha de consulta 24/09/2022).

Recuperado de [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)

1.4. HACIA UNA NOCIÓN DE VIOLENCIA

Conviene asimismo, retomar y no pasar por alto una cuestión ya planteada, cual es la de la violencia que la ley pretende combatir, toda vez que se erige en auténtico tema axial que vertebra la ley, presidiendo y aun inspirando la finalidad y filosofía de la misma. A este respecto, ya se ha señalado que el art. 1.1 de la ley declara que esta tiene por objeto garantizar la integridad de los menores- niños, niñas y adolescentes- frente a cualquier forma de violencia, reafirmandose en este objetivo en el art. 3 en relación con las diversas finalidades perseguidas.

El mismo artículo primero, en su segundo apartado, contempla una definición legal de violencia, si bien concebida esta en términos tan amplios que resulta de cierta vaguedad. De esta manera, la ley señala que:

“A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad- prescinde aquí el legislador de la terminología inclusiva de niños, niñas y adolescentes- de sus derechos y bienestar; que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital²⁰.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.”

La citada vaguedad en que incurre el precepto- poco observante al parecer de la exigencia de *Lex Certa* y del principio de taxatividad derivado del principio de legalidad penal²¹- se enmarca en la no menos criticable tendencia de asimilar violencia con la mera trasgresión, inobservancia o incumplimiento de un mandato o disposición jurídica, favoreciéndose de este modo la fáctica consolidación de un término de violencia cada vez más desdibujado, desvirtuado y vaciado de contenido verdaderamente jurídico, máxime cuando la ley objeto de análisis no es una ley ni exclusiva ni estrictamente penal, sino que sus disposiciones alcanzan de manera omnicompreensiva cualesquiera ámbitos en que se despliega la vida de lo que da en llamar niños, niñas y adolescentes.

En esta misma línea, GARCÍA LLORIA lamenta que “ el legislador use esta terminología mediática y poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico para referirse a fenómenos que no son identificables con el uso de medios de coacción física (o moral) exclusivamente²²”.

Del mismo modo, me resulta cuestionable la absoluta y asimétrica asimilación que el legislador realiza en el párrafo siguiente, en su enumeración (absolutamente desordenada y asistemática, a modo de *totum revolutum*) de actos de violencia para los efectos de la ley, obviando mínimos estándares de proporcionalidad, y vinculando hasta el punto de identificar como violencia comportamientos tan dispares y merecedores de muy diversa calificación y respuesta penal en tanto que atentan contra bienes jurídicos completamente distintos- y excluyendo por cierto el primero de ellos, cual es la vida-

²⁰ En este sentido, ya se apuntaba que la ley es especialmente sensible con la cuestión relativa a las TIC, especialmente en materia penal como se señalaba.

En todo caso, ello no es sino una exigencia derivada de la propia realidad social a la que todo instrumento jurídico aspira a servir. A tal efecto, esta clase de violencia se ha visto recientemente notablemente incrementada, especialmente a través de actos de acoso. Véase al efecto LÓPEZ FONSECA, Óscar, 2022, “La violencia digital creció más de un 17% en el último año”, *El país.com*, 4 de agosto. (Fecha de consulta 24/09/2022).

Recuperado de <https://elpais.com/espana/2022-08-04/la-violencia-digital-crecio-mas-de-un-17-en-el-ultimo-ano.html>

²¹ Recuérdese que la *Lex Certa* no es sino una exigencia derivada del principio de legalidad penal ampliamente reconocido tanto a nivel interno (art 9.3 y 25.1 CE; art 2 y 3CP, principalmente) como internacional (tales como la Constitución estadounidense de 1787- Enmienda V y Enmienda VI- la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789- art.8- y más recientemente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 -art.11.2- o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 -art.7-).

La citada exigencia implica que la definición de los delitos y las penas y medidas de seguridad debe realizarse taxativamente mediante tipos cerrados y elementos descriptivos, sin dejar lugar o espacio a la imaginación subjetiva del operador jurídico-penal.

²² GARCÍA LLORIA, Paz, 2022, *Op. Cit.*, ...p.276.

Esta asimetría se refleja por ejemplo en la inclusión dentro del mismo concepto de violencia de conductas tales como el descuido o trato negligente, de un lado y la mutilación genital o la trata, de otro (y ello sin perjuicio de la cuestionable incorporación conjunta dentro de la definición de conductas dolosas con negligentes- término reconducible en materia penal a la imprudencia²³).

Es decir, el amplísimo concepto de violencia esbozado aquí por el legislador poco tiene que ver con el concepto jurídico penal de la misma, ni en la forma o medios de ejercerla, ni en sus destinatarios, ni en la modalidad subjetiva de las conductas- dolosas o imprudentes- ni en los resultados dañosos- “amenaza” o “interfiere”- etc.

En palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, la ley pretende en su indefinida definición legal de violencia “impedir su identificación únicamente con la violencia de naturaleza física e intencional²⁴,” dotándola de un contenido mucho más amplio que impida que queden impunes conductas atentatorias de los derechos de los menores pero que no revisten de extraordinaria gravedad, con una finalidad por ende marcadamente simbólica que, aunque loable en su aspiración no se compadece con la vocación garantista del Derecho Penal.

En este sentido, es gratificante la distinción que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico sí emplea respecto del término violencia, vinculando la violencia en el ámbito penal al empleo de fuerza física²⁵, mientras que el Diccionario de la Real Academia Española, obviamente más generalista, prescinde del recurso a la *vis* física como elemento nuclear o identificador de la violencia.

Esto es, la violencia admite numerosas adjetivaciones y en un texto con las aspiraciones de la LO 8/2021 estas deberían ser suficientemente descritas y delimitadas, a fin de evitar entrar en zonas resbaladizas que dificulten la necesaria delimitación entre las conductas trasgresoras y las conductas que, además de trasgresoras, son también delictivas y por tanto punibles, siendo por tanto necesario deslindar los próximos pero necesariamente diferentes conceptos de violencia, fuerza, infracción y delito²⁶.

Y precisamente por admitir tantas adjetivaciones resulta especialmente criticable la definición acogida por el legislador, que si bien pudiera resultar satisfactoria en otro ámbito, no ocurre tal cosa en materia penal, que por mor de las vulneraciones de derechos fundamentales que legitima y ampara a través del monopolístico ejercicio del *Ius Puniendi* por parte del Estado, debe ser siempre una materia objeto de especiales cautelas- tanto en su creación inicial por el legislador como en su posterior aplicación por los operadores jurídicos- extensibles también en el ámbito terminológico, toda vez que las palabras no debieran ser inocentes.

De esta manera la ley, siendo tan necesaria como loable en su finalidad de proteger a los menores (ya se ha señalado además la insistencia por parte del Comité de Derechos del Niño al efecto) incurre no obstante en lo que podríamos llamar males o defectos propios del Derecho Penal postmoderno, de la sociedad del riesgo y que caracteriza desgraciadamente la actualmente vigente Política Criminal de nuestro tiempo.

Así, la ley presenta un enfoque podría decirse que exclusiva y casi excluyentemente victimocéntrico²⁷, respondiendo a la tendencia uniformemente seguida por las reformas penales de los últimos tiempos dirigidas al endurecimiento de las penas y a la incorporación de nuevos tipos penales- en una ya consolidada inflación

²³ Téngase en cuenta que en España la incriminación penal de la imprudencia responde a un criterio de *numerus clausus* ex. art 10 y 12 CP, de modo que para que una conducta imprudente sea penalmente relevante deberá estar expresamente tipificada en esa concreta modalidad subjetiva. Además, en el vigente CP solamente son delictivas la imprudencia grave y la menos grave, habiendo desaparecido la imprudencia leve, constitutiva tradicionalmente de falta, y relegadas muchas de ellas al ámbito propio del Derecho Administrativo Sancionador tras la expresa derogación del Libro III del CP que las regulaba mayoritariamente, operada por la LO 1/2015.

²⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, *Diario La Ley*, N° 9902, 5, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, página 3. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de: <https://bit.ly/3wkxqOT>

²⁵ El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la violencia en el ámbito penal como “fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos, como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros”. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/violencia1>

²⁶ Véase al efecto RUIZ RODRÍGUEZ, L. y AGUDELO, G. (coords), 2019. *Transiciones de la política penal ante la violencia realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental, páginas 48 y ss.

²⁷ A tal efecto, cada vez resulta más cuestionado el excesivo protagonismo a través de su directa participación en las diferentes fases del procedimiento penal que las víctimas han venido adquiriendo, particularmente a partir del Estatuto de la Víctima de 2015- resultado de la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2012/29/UE-, muestra nuevamente del populismo punitivo y de un Derecho Penal a la carta de las demandas sociales, y ello sin perjuicio además de la creciente importación que desde modelos anglosajones del *Common Law* se viene planteando en España en relación con la justicia restaurativa y la mediación penal (especialmente en materias como la delincuencia juvenil).

punitivista- que carecen en ocasiones de una realidad subyacente que justifique la intervención punitiva al tratarse de conductas de muy escasa trascendencia penal, dando así lugar al progresivo engrosamiento, hasta términos realmente elefantiásicos, del Código Penal que poco se compadece con el principio de *ultima ratio* que debiera inspirar toda intervención punitiva en un Estado de Derecho.

Es decir, el victimocentrismo parece haberse erigido en único foco que guía y alumbra la vigente Política Criminal (de corte expansivo) que busca satisfacer así en primera instancia las demandas sociales dirigidas al endurecimiento progresivo de la reacción penal con la consiguiente reducción de las garantías, demandas estas sabiamente orientadas, azuzadas incluso, por la enorme influencia de los *mass media*, capaces de expandir un intenso alarmismo social a través del enfoque mediático con el que abordan según qué temas.

De esta manera, la noción- más que definición por su imprecisión y vaguedad- de violencia dada por el legislador responde desgraciadamente más a un enfoque sociológico que verdaderamente jurídico, y especialmente penal. Se dibuja la violencia de forma tan amplia y difusa que cualquier acto de incumplimiento de la ley es ya subsumible en esa omnicomprensiva idea que de ella se predica, porque, además, la ley difumina los diferentes sectores del ordenamiento jurídico, siendo difícil delimitar las conductas con consecuencias civiles de las que provocan efectos penales.

Es claro que la catalogación de violencia planteada no se ajusta al carácter de *ultima ratio* penal, y que inobserva asimismo la naturaleza fragmentaria y subsidiaria que constituye la esencia de nuestro Derecho Penal²⁸. Desconocer u obviar estas premisas básicas que rigen el funcionamiento del Derecho Penal garantista de un Estado de Derecho debiera ser preocupante para cualquier jurista.

Una vez que se han planteado las anteriores consideraciones de carácter general a modo de, creo, necesaria contextualización teórica, procede abordar ya sí las cuestiones eminentemente penales que plantea novedosamente la citada LO 8/2021.

2. REFORMAS PENALES PLANTEADAS POR LA LO 8/2021.

Tal como se apuntaba al inicio, la LO 8/2021 introduce, mediante un sistema de Disposiciones Finales, numerosas modificaciones en un amplio elenco de aquellas normas jurídicas que de un modo u otro regulan la vida del menor en sus diferentes esferas, haciendo gala así de esa naturaleza transversal ya aludida.

En este sentido, uno de los cuerpos legales objeto de reforma, tal como se ha apuntado, ha sido el Código Penal, en virtud de la Disposición Final sexta, que contiene a su vez hasta treinta y cinco apartados, con novedades penales tanto en materia de Parte General como de Parte Especial.

A tal efecto, grosso modo, pueden destacarse las siguientes:

- Se incorpora la edad dentro del catálogo de móviles odiosos de la circunstancia agravante del art.22.4 en los términos que luego expondré.
- El plazo de prescripción de ciertos delitos cometidos contra menores de edad se amplía sustancialmente, pasando a computarse a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad.
- Se elimina el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea menor de edad.
- La imposición de la pena de privación de la patria potestad a los reos de homicidio o asesinato tendrá carácter imperativo para la autoridad judicial cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo y cuando la víctima fuera hijo del autor.
- La edad a partir de la cual se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones previsto en el apartado tercero del art.148 CP pasa de doce a catorce años.
- Se reforman los tipos agravados de los delitos de agresión sexual (art.180 CP) de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art.183 CP) y de los delitos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (art.188 y 189 CP).

²⁸ Naturaleza con arreglo a la cual este peculiar sector del ordenamiento jurídico se configura como último recurso para la resolución de los conflictos y la garantía de un cierto orden y convivencia, de modo que solo cuando el resto de herramientas o instrumentos jurídicos de los que válidamente se vale el Estado se hayan revelado insuficientes o inoperantes ante un conflicto determinado, estará legitimada la intervención punitiva estatal que, por otra parte, solo podrá además dirigirse a castigar los comportamientos o ataques más graves contra los bienes jurídicos más fundamentales

- Se modifica el alcance de la excusa absolutoria del artículo 183 Quáter CP (la conocida como “Cláusula Romeo y Julieta”) limitándose expresamente a los delitos previstos en los artículos 183.1 y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo CP- frente a la anterior redacción, más amplia que se refería al conjunto del Capítulo Segundo Bis- en los casos en que el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica- manteniéndose así el criterio mixto ya previsto en la anterior redacción, que aúna tanto el componente cronológico²⁹, vinculado a la edad, como el componente del discernimiento, vinculado al grado de desarrollo o madurez- y siempre que dicho autor no emplee violencia u otros medios claramente incompatibles con la libre manifestación del consentimiento por parte del menor.
- Se amplía el sujeto activo del delito de sustracción de menores ex art.225 bis CP, incluyendo tanto al progenitor que habitualmente convive con el menor como al progenitor que solo tenga reconocido sobre el menor un régimen de estancias.
- En los términos que se apuntaban en las páginas precedentes, se introducen cuatro nuevos tipos penales que contemplan como modalidad comisiva el empleo de las llamadas TIC que buscan evitar la impunidad de conductas que, precisamente por realizarse mediante tales instrumentos, eran difíciles de reconducir a los tipos penales clásicos de los que son reflejo. De esta manera, se castiga a quienes, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estos.

3. MODIFICACIONES DE PARTE GENERAL

En el párrafo precedente se han señalado sucintamente las principales novedades que en materia de Derecho Penal introduce la ley objeto de estudio en el presente artículo. Pues bien, siguiendo la tradicional distinción entre Parte General- reconducible al Libro Primero del CP, “Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”- y Parte Especial- asimilable al Libro Segundo, “Delitos y sus penas”- se pueden apuntar las siguientes reformas en materia de Parte General planteadas por la LO 8/2021.

3.1. AGRAVANTE DE MÓVILES ODIOSOS Y DELITOS DE ODO; LA EDAD COMO CRITERIO

Ya se señaló que el apartado primero de la Disposición Final sexta de la ley introduce ex novo dentro del catálogo, necesariamente cerrado, de la agravante ordinaria o genérica de móviles odiosos o discriminatorios del art.22.4 CP, la circunstancia discriminatoria de la edad. En este sentido, pueden realizarse las siguientes observaciones:

Esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los móviles discriminatorios prevista en el art.22.4 CP- vista con cautela en ocasiones por su peligrosa vinculación, al menos en lo que a inspiración o filosofía se refiere, al Derecho Penal de autor alejado de la responsabilidad penal por el hecho- se ha visto sucesivamente modificada, en el sentido de ampliada o sobrealimentada si se quiere (“no ha parado de crecer”, como señala acertadamente GONZÁLEZ TASCÓN³⁰, provocando incluso ciertos solapamientos aplicativos respecto de las complejas cuestiones del género, la orientación o identidad sexual o de género o el sexo) mediante una serie de reformas legales iniciadas desde el año 2010³¹ y continuadas en los años 2015 y 2021(mediante la ley ahora analizada) y aún más recientemente, en el presente año 2022³².

²⁹ A tal efecto, considero muy positivo el empleo por parte del legislador de este criterio mixto, frente al criterio estrictamente cronológico predominante en el CP, ya que si bien este último aporta innegablemente mayor seguridad jurídica a los órganos jurisdiccionales, desconoce la realidad biológica del menor, incurriendo en un cierto automatismo que le aleja de las singularidades propias de cada supuesto fáctico.

³⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.4.

³¹ LO 5/2010 de 22 de junio. En relación con esta primera reforma del art.22.4 CP, MIR PUIG señaló que “La LO 5/2010 introdujo dos importantes modificaciones en la agravante de motivos racistas o discriminatorios (art. 22, 4ª CP). Por una parte, la reforma introduce la motivación discriminatoria por identidad de género, con el objeto de dar cobertura a los casos de discriminación de las personas transexuales (transfobia). Tales casos no resultaban subsumibles en el móvil discriminatorio por motivo de «sexo u orientación sexual».20 Por otra, se sustituyó el término «minusvalía» por «discapacidad», concepto de mayor tradición en Derecho comparado”. MIR PUIG, Santiago, 2016, *Derecho Penal. Parte General*, décima edición, Barcelona, Editorial Reppertor, página 656.

³² A tal efecto, ya la reforma aprobada por LO 1/2015 introdujo el género (“razones de género”) la llamada agravante genérica

Y esto es así porque la enumeración de móviles discriminatorios que ofrece el precepto presenta necesariamente un carácter cerrado y exhaustivo de *numerus clausus*, con arreglo al cual solo aquellos móviles expresamente descritos pueden producir los efectos agravantes, en absoluta coherencia con el principio ya aludido de legalidad penal- aplicable tanto a la tipificación de delitos como a la regulación en este caso de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal- en su modalidad de taxatividad, obligando por tanto a reformas legales que expresamente introduzcan *ad hoc* el pretendido elemento discriminatorio.

Por eso, sorprende que la redacción originaria del anteproyecto estableciera una fórmula tan abierta como preocupante de “cualquier motivo³³” basado en la discriminación, cláusula esta afortunadamente descartada por las citadas razones de taxatividad.

- Además de la edad, se incluyen dos motivos más en la agravante genérica del art.22.4; la aporofobia y la exclusión social dando así un paso decisivo en la mejor lucha contra la especial vulnerabilidad que presentan las personas en situación de sinhogarismo, víctimas de agresiones solo por su mera condición de “pobres”, si se me permite esta expresión. No obstante, el estudio de esta cuestión excedería lógicamente del alcance de este trabajo, por lo que me limito a apuntarlo como importante novedad.
- En consecuencia, con las modificaciones operadas en la agravante ordinaria de discriminación del art.22.4 CP, se lleva consigo una reforma- de conformidad al sistema mixto de tutela presente en nuestro ordenamiento jurídico penal- de los llamados comúnmente, con menos precisión de la deseable, delitos de odio. Concretamente, se modifican los art. 314, 511, 512, y 515.4 CP incorporándose en ellos tanto la edad como la aporofobia y la exclusión social en términos cuyo estudio excede del espacio disponible para este artículo.

No obstante, esta reforma operada por la LO 8/2021 no alcanzó al complejo art.510 CP, cuya modificación se ha verificado posteriormente y de manera imperfecta mediante la LO 6/2022, de 12 de julio, que ha incluido solamente la aporofobia, pero dejando fuera la exclusión social.

De esta manera, como bien apunta BERDUGO GARCÍA-MAESTRO³⁴ los colectivos protegidos de los art.22.4 CP y 510 del CP no son los mismos, en una nueva muestra de asistematicidad y falta de coherencia interna del ordenamiento a la que más seguidamente me referiré.

- Es importante tener en cuenta que la LO 8/2021 establece como nueva circunstancia discriminatoria la edad, sin adjetivación adicional, ya que como su propio Preámbulo señala “*la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada*”.

A tal efecto, la motivación subjetiva³⁵ que debe concurrir en el autor del hecho delictivo para la apreciación de la circunstancia agravante, exigiéndole de él que la comisión del delito en cuestión esté orientada por ese concreto móvil discriminatorio, plantea dificultades probatorias en la práctica. Esto se evidencia especialmente respecto de los menores de edad, toda vez que no existe contra ellos en nuestras sociedades actuales ni estigmas o estereotipos negativos ni una opinión, más o menos frecuente, de animadversión o discriminación generalizada hacia los mismos.

Cosa bien distinta se plantea respecto de los ancianos o integrantes de la llamada tercera edad, en relación con los cuales, sería desconocer la realidad y taparse los ojos, negar o cuestionar ciertos sentimientos de antipatía, animadversión o discriminación contra los mismos, que favorece prejuicios que pueden llegar a ser motivadores de actos delictivos.

de género por imperativo del Convenio de Estambul -predicable de cualquier delito frente a la agravante específica prevista en concretos delitos como los art.148.4;153.1;171.4; 172.2 CP- dentro del listado del art.22.4 CP. A su vez, la recientísima LO 6/2022 de 12 de julio ha añadido junto a los ya clásicos motivos racistas o antisemitas, los antigitanos, en lo que a mi modo de ver constituye una redundancia innecesaria casi simbólica, máxime si se tiene en cuenta la coetilla ya prevista, de “*la etnia, raza o nación a la que pertenezca...*” la víctima.

³³ Me estoy refiriendo al Anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministro el 18 de diciembre de 2018. Véase CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*, de 30 de mayo de 2019, página 76.

³⁴ Esta acertada observación fue realizada durante la ponencia que brillantemente impartió en la mesa que llevaba por rúbrica *Qué se castiga: delitos en un marco constitucional* el día 30 de septiembre del 2022, con ocasión del emotivo homenaje rendido a la figura de su padre, el profesor Berdugo Gómez de la Torre.

³⁵ En este sentido MIR PUIG clasifica las circunstancias agravantes entre objetivas y subjetivas, entendiendo por estas últimas aquellas que “indican una motivación particularmente indeseable”. MIR PUIG, Santiago, 2016, *Op. Cit.*, p.649.

Del mismo modo, la asimilación (al hablarse escueta y únicamente de edad) de menores de edad con personas mayores, plantea problemas terminológicos y conceptuales, tanto sobre la noción de vulnerabilidad, especialmente relevante respecto de los delitos de odio, como sobre la cuestión trascendente de delimitar quiénes integran ambos colectivos, cuestión esta especialmente compleja respecto de las personas mayores- ya que el término edad es inevitablemente ambiguo en su propia vigencia temporal.³⁶ Por todo ello, considero que la aplicabilidad real de esta circunstancia agravante no resultará sencilla en el quehacer diario de nuestros órganos jurisdiccionales.

3.2. REFORMAS EN EL ÁMBITO DEL CASTIGO

La LO 8/2021 presenta de manera asistemática una serie de modificaciones en materia de sanción penal, afectando a diversos preceptos del CP tanto de Parte General como de Parte Especial. A tal efecto, grosso modo debe señalarse que las modificaciones operadas en esta materia responden a la necesidad de conectar las penas a la finalidad de protección de los menores, finalidad esta que, como se está tratando de poner de manifiesto, preside e impregna el conjunto del articulado de la ley.

Sin poder detenerme en cada una de las novedades aquí introducidas, me centraré especialmente en dos penas, ambas clasificadas legalmente como penas privativas de derechos ex. art.39 CP; la inhabilitación especial y la privación de la patria potestad, destacando lo que en mi opinión es más relevante al objeto de este trabajo.

En cuanto a la inhabilitación especial, es importante destacar la modificación, en el sentido de ampliación, del art.39 b) CP³⁷ -y en términos análogos del art.45, así como en sede de medidas de seguridad del art.107 CP respecto a la medida no privativa de libertad de inhabilitación profesional- cuando extiende el ámbito objetivo de aplicación de la pena a cualesquiera actividades “*sean o no retribuidas*”.

Esta vocación omnicomprensiva de la ley sigue la estela ya iniciada por la LO 1/2015 en materia de delitos sexuales. De esta manera, con la referencia al carácter no retribuido de la actividad sobre la que puede recaer igualmente la inhabilitación, se pretende incluir aquellas actividades u ocupaciones que, no siendo prestadas o ejercidas en régimen laboral, pudieran quedar excluidas de la sanción penal. Me estoy refiriendo fundamentalmente a labores propias de voluntariado o monitoreo en ámbitos de ocio, tiempo libre, o de carácter religioso o catequista, entre otros.

Respecto de la privación de la patria potestad (necesariamente ha de distinguirse respecto de la inhabilitación especial para su ejercicio, que no alcanza a la titularidad misma) hay que señalar que si bien la misma afecta a la propia titularidad, dada la *sui generis* consideración de la patria potestad como un derecho- deber, subsistirán respecto del progenitor, aun privado de la patria potestad, igualmente ciertas obligaciones en relación al hijo menor de edad tal como establece el art.110 del Código Civil³⁸.

A tal efecto y en relación con esto último, la ley añade una disposición específica al precepto a fin de que el juez, siempre en atención al superior interés del menor sometido a la patria potestad, y valorando las diferentes circunstancias concurrentes en cada caso concreto, determine los derechos del menor subsistentes, a fin de que la imposición de la pena de privación de la patria potestad no provoque mayor perjuicio al menor que al propio autor del hecho delictivo, dado el carácter ya aludido de derecho- deber que presenta la patria potestad (y que exige de la autoridad judicial máxima cautela para su decretamiento).

Partiendo de esta premisa, a todas luces encomiable por cuanto contribuye a clarificar el contenido concreto de una pena siempre compleja de integrar, no resulta acertada la previsión con carácter imperativo de esta pena de privación de la patria potestad para los supuestos de personas condenadas por la comisión de uno o más delitos contra la vida del Título Primero del Libro II del CP- *Del homicidio y sus formas*- ex. art. 140 bis del CP- introducido *ex novo* por la LO 1/2015- en los siguientes términos:

³⁶ GARCÍA LLORIA se pregunta respecto de la vaguedad del término edad, huérfano de mayor adjetivo, “¿Desde cuándo y hasta cuándo?” (GARCÍA LLORIA, Paz, 2022, *Op. Cit.*, p.281) y GONZÁLEZ TASCÓN habla expresamente de “cierta confusión entre lo que sería una situación de discriminación provocadora de vulnerabilidad y una situación de vulnerabilidad connatural al proceso de desarrollo vital (...)” (GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.5). A tal efecto, personalmente no considero que los menores de edad constituyan actualmente un colectivo especialmente vulnerable en cuanto a discriminación o desigualdad se refiere.

³⁷ “*Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades, sean o no retribuidas, (...)*”.

³⁸ “*El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*”

1. “Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común”. Este supuesto hace referencia a los supuestos de que la víctima, lógicamente ya fallecida pues no se habla de supuestos de tentativa en la ejecución, tuviera hijos en común con el responsable penalmente de su muerte. Es decir, se está pensando en los supuestos característicos desgraciadamente de la violencia de género con muerte de la madre. En este caso, y respondiendo a una reclamación social largamente planteada- nuevamente las demandas sociales, retributivas fundamentalmente en sus finalidades, erigidas en único foco de la política criminal- el legislador dispone que el juez imperativamente está compelido a decretar respecto de los hijos habidos la privación de la patria potestad para el progenitor autor.
2. “(...) Cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren”. En este supuesto, la víctima del delito no es ya el otro progenitor del menor o menores respecto de los cuales se impone la privación de la patria potestad, sino el propio menor sometido a ella, en cuyo caso, la privación se decretará (igualmente con carácter obligatorio no facultativo) respecto de aquellos otros hijos del autor y a su vez hermanos de doble o único vínculo de la víctima, en el caso de que los hubiera.

Decía que la redacción de este inciso no ha sido todo lo afortunada que hubiera sido deseable porque en el segundo supuesto de que la víctima sea el hijo del autor, bien pudiera ocurrir (y aquí retomo lo dicho respecto de las formas imperfectas de ejecución a las que el legislador no hace referencia lo cual no implica que perfectamente puedan plantearse en la vida real más allá del texto rígido de la ley) que el hijo cuya vida se ha puesto en peligro a través de una tentativa de homicidio, por ejemplo, sobreviva y no fallezca. ¿En qué situación quedaría el autor progenitor respecto de ese hijo contra cuya vida atentó? ¿Qué ocurriría con la patria potestad respecto del menor? ¿Sería admisible o aconsejable acudir ante esta laguna legal a la vía de los art.55 y 56 CP por el cauce de las penas accesorias?

Son estas cuestiones cuya dificultad además se agudiza dado el carácter imperativo de la pena al que ya hemos aludido- que aparece además con un estilo *manu militari* indeseado por parte del legislador al obviar o al menos dejar en un segundo plano la protección del superior interés del menor en estos casos vinculados como se ha dicho a la violencia de género- y que no son sino muestra de la cierta premura con que el legislador ha emprendido ciertas reformas, especialmente en esta cuestión, la de las penas, que requiere de un tratamiento rigurosamente sistemático que sea capaz de garantizar la imprescindible coherencia normativa en el conjunto del texto penal.

Por último, quisiera antes de cerrar este epígrafe, hacer referencia a la incorporación en el contenido del art.57 CP, en relación con las llamadas penas de alejamiento, del delito contra las relaciones familiares dentro del catálogo de delitos que se configuran como presupuesto para acudir a algunas de las medidas contenidas en el citado precepto, que, por mor del art.48 CP a cuyo contenido expresamente se remite, puede llegar a extenderse a la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos menores.

En este sentido, esta reforma no se ha realizado de manera coherente con el contenido del art. 94 del Código Civil³⁹, evidenciando nuevamente lo que viene siendo ya una triste y mala costumbre del legislador patrio, cual es regular las materias pertenecientes a diferentes sectores del ordenamiento jurídico- y a veces aun del mismo sector o rama- como si estos fueran compartimentos estancos absolutamente aislados los unos de los otros y por tanto impermeables a su respectivo contenido, ignorando así el carácter necesariamente unitario y coherente del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰.

³⁹ “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.”

⁴⁰ En este sentido las palabras de FERRAJOLI cobran si cabe mayor relevancia, leyéndose con pesadumbre, cuando afirma que “Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento (...) la coherencia, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional. Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio”. FERRAJOLI, Luigi, 1999, “El Derecho como sistema de garantías”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín (Colombia), Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, N°60, pp.74-75.

3.3. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS CONTRA MENORES

La responsabilidad penal ni es ni debe ser indefinida en el tiempo. El Capítulo Primero del Título VII del Libro I del Código Penal regula, concretamente en el art. 130 CP, una serie de causas de extinción de dicha responsabilidad (hasta un total de ocho causas si se incluye la específicamente prevista para el caso propio de las personas jurídicas) que determinan que finalmente no vayan a imponerse o ejecutarse una pena por la comisión de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible toda vez que el delito evidentemente se ha cometido, pero la responsabilidad penal de él dimanante- y que ya ha nacido- se extingue.

A tal efecto, las causas más objetivas e incontrovertidas de tal extinción de la responsabilidad penal son la muerte del reo- sin perjuicio de la acción civil derivada del delito que subsistiría frente a sus herederos o causahabientes, dado su carácter no personalísimo ex.art.115 LECRim- y el cumplimiento de la condena- cuyo evidente paralelismo con el art.1156.1 del Código Civil en sede de obligaciones y contratos llegó a provocar cierto cuestionamiento al achacarse su herencia o influencia civilista-.

En el tema que nos ocupa, hay que señalar que la LO 8/2021 ha venido a modificar de manera relevante la cuestión de la extinción de la responsabilidad penal en relación a aquellos delitos que tengan por sujetos pasivos a menores de edad. En particular, dos han sido las causas extintivas que se han visto modificadas; la prescripción y el perdón del ofendido.

3.3.1 La prescripción del delito

La prescripción (del delito, no de la pena, y esta no es cuestión baladí, ya que se trata de cuestiones diferentes aunque con la común consecuencia de extinguir la responsabilidad penal ex.art.130 CP) podría definirse en materia penal como la extinción de la perseguibilidad de un delito por el transcurso de un determinado plazo de tiempo desde su comisión sin que este haya sido aún juzgado.

En cuanto a su fundamento, sucintamente considerado, este puede obedecer a diferentes circunstancias, si bien, predominantemente se trata de razones de seguridad jurídica ex. art.9.3 CE, con arreglo a las cuales no es admisible que, en un Estado de Derecho, un sujeto esté eternamente sometido a la amenaza de incoación de un proceso penal contra su persona a fin de evitar así que la espada de Damocles penda indefinidamente sobre su cabeza⁴¹, vinculándose incluso a una cuestión de expectativas.

Pero también se esgrimen fines más pragmáticos o utilitaristas desde un punto de vista procesal, como la mayor complejidad probatoria que se plantearía toda vez que los vestigios de un hecho delictivo se debilitan notablemente cuanto más lejos queda en el tiempo su comisión, así como en una vertiente más material, la disminución de la necesidad de pena al autor del delito, tanto desde la perspectiva preventivo-especial como desde la meramente retributiva.

En el caso concreto que nos ocupa de la LO 8/2021, con la finalidad expresamente enunciada en el Preámbulo de evitar *“la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección”*, se amplía de manera no insignificante el plazo de prescripción de ciertos- no todos- delitos cometidos contra menores de edad al modificarse el día de comienzo del cómputo del plazo (el momento a partir del cual se computará el *dies a quo*) que será cuando el menor víctima del delito alcance la edad de treinta y cinco años, frente al anterior criterio de la mayoría de edad.

Para tener una visión panorámica que ayude a la mejor comprensión de la reforma aquí operada en sede de prescripción, es importante tener en cuenta que desde hace ya años viene existiendo una corriente cada vez más pujante que aboga por la regulación como imprescriptibles (a semejanza de los delitos previstos en el art.131.3 CP) de aquellos delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad.

Esta corriente, en un primer momento impulsada, con una lógica retribucionista innegable, por las asociaciones de víctimas de delitos sexuales ha llegado paulatinamente a extenderse a posturas oficiales, que hacen suya esta aspiración⁴². Sin ir más lejos, la ex vicepresidenta del Gobierno de la Nación, Carmen Calvo, incluso llegó

⁴¹ No obstante, conforme al 131.3 CP existen ciertos delitos que no prescribirán nunca, tales como los delitos de lesa humanidad, genocidio- ambos contemplados como delitos contra la Comunidad Internacional en nuestro Código Penal (Título XXIV del Libro II) y como crímenes internacionales, junto con el crimen de guerra y el crimen de agresión, en el Estatuto de Roma de 1998 creador y articulador de la Corte Penal Internacional- delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (salvo los previstos en el art.614 CP) y los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de una persona. Las penas impuestas por cualquiera de los citados delitos también son *per se* imprescriptibles ex. art.133.2 CP.

⁴² Véase CUÉ, Carlos, 2018, “El Gobierno comunica al Vaticano cambios legales para que los abusos no prescriban”,

a desplazarse al Vaticano para debatir sobre este espinoso asunto con el Secretario de Estado de la Santa Sede, Pietro Parolin, a fin de anunciarle la intención del Gobierno de convertir en imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad. A tal efecto, el cauce elegido para dar cabida a esta pretensión habría de ser precisamente una ley integral en materia de protección de menores.

Es evidente que la redacción final de la LO 8/2021 no incorpora, al menos formalmente, la imprescriptibilidad de esta clase de delitos, habiéndose enfriado la euforia inicial. Por razones de adecuación constitucional- en relación especialmente con el mandato resocializador ex.art. 25. 2 de la Carta Magna, que expresamente habla de “reeducación y reinserción social”⁴³- se entendió que hablar de imprescriptibilidad era a todas luces excesivo, optándose en su lugar por una ampliación tan extensa del inicio del cómputo de los plazos de prescripción que, por la siempre más pacífica vía fáctica, se ha venido prácticamente a consolidar el carácter imprescriptible de tales delitos.

No obstante, en puridad, el nuevo cómputo del plazo se extiende no solamente a los delitos sexuales sino también a los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad y a los delitos de trata de seres humanos.

De esta manera, es importante realizar las siguientes precisiones respecto del cómputo de los plazos de prescripción, pues si bien la regla general establece que los delitos prescriben desde el día en que se cometen, deben tenerse en cuenta importantes excepciones:

En relación con los supuestos de delitos continuados, permanentes o habituales, los plazos de prescripción previstos en el art. 131 CP se computarán desde el día en que se realizó la última infracción para los continuados, desde que se elimine la situación ilícita en los delitos permanentes y desde que cesa la conducta delictiva respecto de aquellos delitos que exigen habitualidad.

Además, cuando los delitos se cometan contra menores de edad, se distinguen novedosamente desde la LO 8/2021 dos grupos de delitos, rompiéndose así la anterior sistematicidad al respecto:

- A) En cuanto a los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.
- B) En relación a los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.

A tal efecto, es importante destacar que precisamente hasta la reforma de la ley, el criterio general que en esta materia y ya desde el año 1999 venía siguiéndose en España era el de la mayoría de edad de quien era menor al tiempo de comisión del delito de cuya prescripción se trata. No obstante, la LO 8/2021 modifica sustancialmente esta cuestión fijando, respecto de los delitos citados, el inicio del cómputo de los plazos de prescripción en los treinta y cinco años, lo que constituye una modificación de gran envergadura aunque en todo caso menor que la inicialmente proyectada de plena imprescriptibilidad y que la solicitada en su defecto por las asociaciones de víctimas, fijada en cincuenta años.

Si se entra a valorar cuáles son los concretos delitos respecto de los cuales se establece la elevación del *dies a quo* de la prescripción, es evidente que estamos ante delitos legalmente clasificados de graves en su mayoría-entendiendo por tales ex.art.33.2 CP aquellos que tienen por ley señalada una pena de prisión superior a los cinco años de duración- respecto de los cuales el art.131 señala un plazo de prescripción de diez a veinte años, en función de la concreta horquilla penológica del delito en cuestión. Ello implica, como se apuntaba, una práctica imprescriptibilidad, de los delitos afectados por la reforma.

Se plantea aquí la dificultad de aunar, por una parte, la necesidad de combatir la impunidad de ciertos delitos cometidos contra víctimas que por su corta edad no son conscientes siquiera de su condición de tales y por

Elpaís.com, 30 de octubre. (Fecha de consulta 28/09/2022).

Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288_142038.html

⁴³ En la que es quizás la única huella hoy presente en nuestro ordenamiento jurídico del pensamiento, un tanto utópico, del insigne penalista salmantino Pedro DORADO MONTERO.

tanto, o no denuncian o lo hacen cuando el plazo de prescripción ya ha finalizado,⁴⁴ con la necesidad de mantener garantías, evitando la consolidación fáctica y por la puerta de atrás de una suerte de imprescriptibilidad genérica que convierte la pena en un instrumento puramente vindicativo vinculado a las tesis kantianas del estricto merecimiento.

La solución a esta diatriba no es en ningún caso sencilla. A tal efecto, a la pretensión para mí legítima de dotar de un mayor tiempo a las víctimas para poder invocar la justicia y denunciar aquellos delitos de que han sido objeto durante su minoría de edad, se podrían alegar ciertas observaciones críticas:

- La selección de delitos no es del todo afortunada. Es decir, respecto de los delitos sexuales, es evidente que el tabú que históricamente ha rodeado todo cuanto se vincula a la sexualidad en los menores de edad, y que persiste en nuestros días, justifica la especial dificultad que un menor pueda encontrar para dar el paso de denunciar el hecho delictivo (siquiera a sus propios padres) así como la especialmente intensa victimización secundaria que puede experimentar como consecuencia del correspondiente proceso penal. No obstante, estas circunstancias no se predicen tan naturalmente respecto de otros delitos carentes de la connotación sexual o libidinosa en que a mi juicio estriba el especial sufrimiento posterior de la víctima⁴⁵.
- Sería conveniente potenciar, y justo es reconocer que también lo hace la propia ley⁴⁶, todo lo relativo a la detección precoz del delito y a la mayor sensibilización al respecto de todas aquellas personas que tratan en su día a día profesional con menores desde diferentes instancias, a fin de evitar, de prevenir (verbo fetiche en esta materia me atrevería a decir) la comisión del delito.
- Finalmente, es reseñable la ausencia de previsión alguna en lo tocante a la cuestión de la prescripción por parte de la LO 8/2021 en relación a la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor- cuyo ámbito subjetivo de aplicación se extiende de los catorce a los dieciocho años de edad. Esta circunstancia es particularmente grave si se tiene en cuenta que conforme a la Disposición Final primera de la citada LO 5/2000, el CP y las leyes penales especiales regirán como derecho supletorio en lo no regulado expresamente por la ley en materia de derecho sustantivo o material. A tal efecto, el art.15 de la LO 5/2000 en sede de prescripción nada indica en materia de cómputo de los plazos de prescripción, razón por la cual se recurre supletoriamente a lo previsto en el art.132 CP.

En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN certeramente advierte de que “Se echa en falta, en consecuencia, una reflexión sobre el equilibrio entre los derechos de las víctimas y los principios que rigen el sistema de justicia penal de menor”, para concluir, señalando cáusticamente que “No deja de ser llamativo que una ley que se denomina de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se haya olvidado de tomar en consideración en relación con esta cuestión el interés superior de los menores que quebrantan la ley penal”⁴⁷.

3.3.2 El perdón del ofendido⁴⁸

En cuanto al perdón del ofendido, se trata de una institución tradicionalmente vinculada en su concepción a los delitos privados o en su caso semipúblicos cuyo fundamento descansa en la disponibilidad existente sobre ciertos bienes jurídicos y en el raro predominio del interés particular sobre el interés público del Estado en la exigencia de responsabilidad penal cuando se trate de tales bienes.

⁴⁴ Entre otras cosas por la presencia de numerosas barreras y por un frecuente proceso de victimización secundaria habitual en los delitos contra menores

⁴⁵ En palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, “a otros delitos donde no resulta tan evidente que las características de la victimización durante la minoría de edad excluyan el fundamento de la prescripción relativo a la no necesidad de pena”. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.14.

⁴⁶ Título III de la LO 8/2021.

⁴⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.15.

⁴⁸ Resulta aquí interesante la terminología empleada por el legislador cuando expresamente se refiere al término “ofendido”, teniendo en cuenta que en el ámbito de la dogmática penal suele utilizarse más frecuentemente el término, mucho más extendido, de sujeto pasivo- como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito- y sin la connotación patrimonial que presenta el término perjudicado- como persona que sufre los efectos económicos derivados del delito y que puede resultar relevante para la determinación de la eventual responsabilidad civil que se derive- con el que no necesariamente ha de coincidir.

Para un estudio específico de la materia, véase DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, 2022. “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-04, página 31. (Fecha de consulta 25/09/2022).

Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>

Para que el perdón del ofendido pueda llegar a desplegar sus efectos jurídicos de extinción de la responsabilidad este deberá reunir, de conformidad con el apartado quinto del art.130 CP, los siguientes requisitos:

- Debe tratarse de delitos leves perseguibles a instancia de la persona agraviada, o que estén expresamente previstos por la ley al efecto.
- Ha de otorgarse expresamente, sin que en ningún caso éste pueda ser presunto o implícito.
- Deberá ser previo a la sentencia, a cuyo efecto el juez o magistrado tiene que oír al ofendido que lo emite con anterioridad al momento de dictar dicha sentencia.

Respecto del perdón del ofendido el CP viene contemplando su eficacia en relación con delitos como los de descubrimiento y revelación de secretos (art.201.3 CP) calumnias e injurias como delitos privados por excelencia (art 215.3 CP) y daños por imprudencia grave por importe superior a 80.000 euros (art.267 CP).

Sin embargo, existen delitos que aunque perseguibles mediante denuncia del ofendido- delitos semipúblicos o semiprivados, ambas denominaciones serían correctas- respecto de ellos no se admite la eficacia del perdón, tales como los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, delitos contra la propiedad intelectual e industrial o delitos societarios, porque la ley no lo permite, evidenciándose así el carácter marcadamente restrictivo de la eficacia del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento.

En todo caso, con anterioridad a la LO 8/2021, se preveía la posibilidad de que en los delitos cometidos contra menores de edad, pudiera su representante legal emitir un perdón con eficacia extintiva de la responsabilidad penal, siempre que se observaran una serie de cautelas, destinadas a asegurar que la disponibilidad sobre el bien jurídico vulnerado por el delito no obedeciera a intereses espurios del representante sino a los propios del representado (al superior interés del menor, utilizando terminología civil) y articuladas a través de un régimen de audiencias que incluía necesariamente un cuidadoso control judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, pudiendo llegar la autoridad judicial a rechazar en su caso la eficacia del perdón otorgado por representación.

No obstante, y pese a tales garantías legalmente previstas, la ley niega directamente y sin mayor explicación en este sentido que una vaga referencia en el Preámbulo⁴⁹ cualquier posibilidad de eficacia al perdón por representación en cuanto causa de extinción de la responsabilidad penal cuando señala en su Disposición Final sexta, apartado noveno, que *“En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida- que será el perdón emitido por su representante legal, toda vez que el menor de edad no estaría legalmente capacitado para ello por mor de su incompleta capacidad de obrar- no extingue la responsabilidad criminal”*.

A tal efecto, la nueva redacción dada al inciso final del art.130.5 CP es manifiestamente mejorable, toda vez que no menciona en ningún caso al perdón por representación y además, parece restringir la ineficacia del perdón respecto de aquellos delitos que afecten a bienes “eminentemente personales” del menor, no precisando qué ha de entenderse respecto del resto de supuestos que reúnan los demás requisitos legales antes señalados.

Esto es, ¿cuándo los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado no atenten contra bienes jurídicos personales, el perdón sería o no eficaz como causa de extinción de la responsabilidad penal? El legislador no da una respuesta clara ni unívoca a esta cuestión.

En esta misma línea, y siguiendo nuevamente a GONZÁLEZ TASCÓN “se suscita la duda de si es posible que el perdón otorgado por una de estas personas o por su representante o apoyo pueda tener validez en aquellos casos en los que el bien jurídico de titularidad de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección no es de naturaleza eminentemente personal (...)”⁵⁰.

De esta manera, hubiera sido deseable una mayor precisión legislativa al respecto a fin de evitar los previsibles problemas interpretativos y aplicativos del precepto que surgirán en los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, considero que la reforma trae al respecto más confusión sobre una cuestión que no parecía suscitar en la práctica judicial especial problemática.

⁴⁹ A tal efecto, en el Preámbulo el legislador señala (de manera muy parca teniendo en cuenta el importante calado de la reforma que introduce) que la finalidad no es otra que la de “completar de este modo la protección de los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte”.

⁵⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, *Op. Cit.*, ...p.13.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Tras todo lo expuesto en las páginas precedentes, quisiera muy brevemente plantear a modo de cierre las siguientes observaciones:

- La LO 8/2021 coloca a España a la vanguardia mundial en materia de protección de los menores de edad frente a la violencia. Es por ello que quiero expresar en estas líneas mi congratulación con tan importante avance normativo para nuestro país en una materia de tan capital importancia como es en definitiva el bienestar de nuestros menores.
- Dicho esto, considero que la ley, al pretender por mor de su carácter transversal e integral, regular tantas y tan variadas cuestiones, incurre en ciertas incoherencias y faltas de sistemática, como si las reformas que introdujera, aunque relativas a diferentes normas, no formaran parte dentro de un marco mucho mayor de un mismo y único ordenamiento jurídico.
- Estas deficiencias, si se me permite el término, son especialmente graves o preocupantes en una materia tan sensible y delicada como es la penal por las implicaciones ya aludidas respecto a la injerencia feroz que el Derecho Penal tiene en el disfrute y ejercicio de derechos fundamentales, especialmente la libertad, quintaesencia de los derechos individuales.
- No voy a reiterarme aquí en lo ya expuesto en estas páginas. Simplemente quisiera destacar de nuevo la cierta precipitación en la que el legislador desgraciadamente ha incurrido en determinadas cuestiones.

Precipitación manifestada en ocasiones en una redacción errática, confusa o insuficiente que, lejos de aclarar la labor del intérprete, le impone a éste una tarea más que de exégeta hermenéutico, de verdadero adivino del contenido de la *voluntas legislatoris*⁵¹, lo cual es especialmente lamentable cuando está en juego una más eficaz defensa de la infancia y la adolescencia, así como el propio bienestar de nuestros menores, cuya protección acertadamente la ley configura como verdadero imperativo de derechos humanos.

5. BIBLIOGRAFÍA

AZAGRA MALO, Jorge y ADELL TRONCHO, Belén, 2021. “Un aproximación a la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº57, pp.168-176. (Fecha de consulta, 28/09/2022). Recuperado de [https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez \(uria.com\)](https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez (uria.com))

BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, María José, Qué se castiga: delitos en un marco constitucional, Seminario Internacional Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 30 de septiembre de 2022.

CUÉ, Carlos, 2018, “El Gobierno comunica al Vaticano cambios legales para que los abusos no prescriban”, Elpaís.com, 30 de octubre. (Fecha de consulta: 28/09/2022). Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288_142038.html

DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, 2022. “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 24-04, pp.1-49. (Fecha de consulta 25/09/2022). Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>

DÍAZ CORTÉS, Lina, 2018. “Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”, Algunos desafíos en la protección de los datos personales, Granada, Editorial Comares.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, 2021. “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; a la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de las leyes integrales”, Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, Nº 134, pp. 5-45. (Fecha de consulta, 21/09/2022). Recuperado de <https://www.dykinson.com/libros/cuadernos-de-politica-criminal-numero-134/ISSN0210-4059-numero-134/>

⁵¹ De hecho, no estamos ya en la actualidad en el Estado legislativo sino en el Estado judicial, que obliga o permite según los casos a los jueces (como intérpretes del Derecho) a llenar, a reescribir el contenido o la letra de la ley, de los tipos penales, ante las carencias legislativas, lo cual no es sino altamente preocupante desde el punto de vista de la división de poderes más elemental.

FERRAJOLI, Luigi, 1999, “El Derecho como sistema de garantías”, Nuevo Foro Penal, Medellín (Colombia), Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, N°60, pp.74-75.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, Diario La Ley, N° 9902, 5, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, pp. 1-25. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de: <https://bit.ly/3wkxqOT>

LLORIA GARCÍA, Paz, 2022. “La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones”. IgualdadES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, pp. 271-298. (Fecha de consulta, 21/09/2022). Recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/39798igdes609lloria-gacia.pdf> (cepc.gob.es)

LÓPEZ FONSECA, Óscar, 2022, “La violencia digital creció más de un 17% en el último año”, Elpaís.com, 4 de agosto. (Fecha de consulta 24/09/2022). Recuperado de <https://elpais.com/espana/2022-08-04/la-violencia-digital-crecio-mas-de-un-17-en-el-ultimo-ano.html>

MIR PUIG, Santiago, 2016, Derecho Penal. Parte General, décima edición, Barcelona, Editorial Reppertor.

MOYA GUILLEM, Clara y DURÁN SILVA, Carmen, 2022. “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, InDret, N° 1/2022, pp.414-451. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/398651-Text%20de%201'article-579852-1-10-20220316.pdf>

PRENSKY, Mark, “Nativos e inmigrantes digitales”, Cuadernos SEK 2.0, Institución educativa SEK (adaptación al castellano del texto original “Digital natives , Digital Immigrants”). (Fecha de consulta 24/09/2022). Recuperado de [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)

RAMIRO VÁZQUEZ, Julia, 2013, “Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet”, Menores e Internet, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. y AGUDELO, G. (coords), 2019. Transiciones de la política penal ante la violencia realidades y respuestas específicas para Iberoamérica, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental.

VINAGRE GONZÁLEZ, Agustina M., 2019. “Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas”, en LAGUNA HERMIDA/GÓMEZ GARCÍA (coords.), Manual de Victimología, Madrid, Delta.

