

CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO PENAL



Coordinador: José Sáez Capel

Germán Aller • Matías Bailone • Ignacio Berdugo Gómez de la Torre • Elías Carranza • Carla Cavaliere • Juan Carlos Ferré Olivé • Luis Francisco Lozano • Fernando Navarro Cardoso • José Sáez Capel • Alfonso Zambrano Pasquel



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO PENAL

Edición digital actualizada en enero de 2016



www.editorial.jusbaire.gov.ar

editorial@jusbaire.gov.ar

fb: /editorialjusbaire

Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]

+5411 4011-1320

Cuestiones actuales de derecho penal / Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Germán Aller; Matías Bailone; Elías Carranza; Carla Cavaliere; Juan Carlos Ferré Olivé; Luis Francisco Lozano; Fernando Navarro Cardoso; José Sáez Capel; Alfonso Zambrano Pasquel; Coordinación general de José Sáez Capel - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015.

376 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-3690-43-3

1. Derecho Penal.

CDD 345

© Editorial Jusbaire, 2015

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Juan Manuel Olmos

Alejandra B. Petrella

Marcela I. Basterra

Marta Paz

Esteban Centanaro

José Sáez Capel

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Oficina de Diseño

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Gonzalo Cardozo; Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2015

Presidente

Juan Manuel Olmos

Vicepresidenta

Alejandra B. Petrella

Secretaria

Marcela I. Basterra

Consejeros

Ricardo Félix Baldomar

Juan Sebastián De Stefano

Juan Pablo Godoy Vélez

Carlos E. Mas Velez

Agustina Olivero Majdalani

José Sáez Capel

Administrador General

Alejandro Rabinovich

SUMARIO

09. PRÓLOGO **por Juan Manuel Olmos**
13. El Derecho Penal en la “Sociedad del riesgo” **por Germán Aller**
25. El genocidio y el anteproyecto de Código Penal de la Nación **por Matías Bailone**
35. Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal **por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**
91. Criminalidad, Justicia Penal y Política Criminal en América Latina **por Elías Carranza**
139. ¿Cuál es el fundamento de la no punibilidad de los jóvenes en conflicto con la ley penal? **por Carla Cavaliere**
179. La armonización procesal penal en la Unión Europea: derechos de los detenidos y mayor eficacia jurisdiccional **por Juan Carlos Ferré Olivé**
199. Misión de los Tribunales Superiores de Justicia **por Luis Francisco Lozano**
227. Vallejo Nágera, “Los niños perdidos del Franquismo” y los crímenes contra la Humanidad **por Fernando Navarro Cardoso**
299. El tipo objetivo de estafa en el anteproyecto de ley de reforma y actualización e integración del Código Penal de la Nación **por José Sáez Capel**
343. La Teoría del Delito y el Código Orgánico Integral Penal **por Alfonso Zambrano Pasquel**



PRÓLOGO

Los trabajos científicos reunidos en esta publicación son el resultado de sendos seminarios efectuados por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la Facultad de Derecho de la Universidad porteña, con el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y la colaboración del profesor y ex rector salmantino Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

El ILANUD es una institución joven, de apenas cuarenta años, establecida en la Ciudad de San José por acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Costa Rica, suscrito el 11 de julio de 1975 y ratificado por la Asamblea Legislativa mediante ley 5135 de ese país.

Su objetivo principal es colaborar con los gobiernos en el desarrollo económico y social equilibrado de los países latinoamericanos, mediante la formulación e incorporación en los programas nacionales de políticas e instrumentos de acción adecuados, en el campo de la prevención del delito y la justicia penal (art. 2 del referido Convenio). Asimismo, tiende a promover la adopción y aplicación por los gobiernos de normas, directrices y procedimientos que hayan recomendado las Naciones Unidas, para promover un planteamiento integral de los problemas del delito y la justicia penal, vinculado con la planificación nacional



general; contribuyendo además a preparar, adoptar y poner en práctica políticas y programas para la prevención del delito.

Como es lógico, contribuye al desarrollo y planificación de las políticas y programas de las Naciones Unidas en el plano de la justicia penal, y es por ello que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha firmado, el año pasado, un Convenio Marco de Intercambio y Cooperación Mutua en el ámbito de las ciencias penales y criminológicas.

Respecto a la Universidad de Salamanca, por todos conocida, se trata de la quinta más antigua de occidente, fundada por el Rey Alfonso IX de León en 1218. El Rey Alfonso X de Castilla León, conocido como Alfonso El Sabio, acrecentó la influencia de la Universidad a tal punto que, en 1254, el Papa Alejandro IV la reconoció con la categoría de Estudios Generales de la Cristiandad, junto con Bolonia, Oxford, y la Sorbonne, mediante un breve documento firmado en Nápoles, y dio así a sus grados validez universal en la cristiandad.

No alcanzaría el libro para mencionar a quienes han cursado o dictado clase en sus aulas, pero sí quiero destacar a tres de sus grandes rectores: Fray Luis de León, Miguel De Unamuno e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Este último, encontrándose por motivos profesionales en Buenos Aires, accedió gentilmente a participar en nuestro seminario.

Realizamos dos seminarios, y estamos en vías de efectuar un tercero; el primero de ellos se llevó a cabo los días 4 y 5 de noviembre pasado en el Salón Auditorio y en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en tanto que el segundo tuvo lugar el 14 de abril de 2015, por cierto fecha



muy cara a muchos españoles, tal como lo resaltó el conferencista, en el Salón Verde de la misma casa de estudios.

El seminario de noviembre se realizó dentro del precitado Convenio Marco, y el siguiente aprovechando, como manifesté, la estadía en Buenos Aires del catedrático y ex Rector salmantino don Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

Lamentablemente no fue posible recoger todas las disertaciones del primero de los eventos citados, empero las aquí publicadas denotan el nivel de los mismos.

De esta forma, los asistentes a ambos encuentros podrán tener en sus bibliotecas las magníficas piezas allí producidas por los profesores Germán Aller, Matías Bailone, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Carla Cavaliere, Elías Carranza, Juan Carlos Ferré Olivé, Luis Francisco Lozano, Fernando Navarro Cardoso, José Sáez Capel y Alfonso Zambrano Pasquel.

Este trabajo está dirigido a analizar las complejidades de las cuestiones actuales del derecho penal como también servir de ayuda a los operadores del sistema de justicia penal de la Ciudad de Buenos Aires.

Es mi deseo agradecer a nuestra *Alma Mater*, la Universidad de Buenos Aires, que conforme a la Constitución local es consultora preferencial de la Ciudad Autónoma (art. 58, párrafo segundo) y muy especialmente al verdadero hacedor de este trabajo con el cual tengo el privilegio de formar parte del Consejo de la Magistratura, Maestro en Derecho Penal, el Dr. José Sáez Capel, al igual que a todo el personal de su Unidad Consejero que tanto colaboró para la realización de estos eventos.



Párrafo aparte merece destacar que la presente publicación es posible gracias a esta nueva herramienta que hemos creado en el ámbito de la justicia de la CABA que es la Editorial Jusbaire.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primavera de 2015.

Dr. Juan Manuel Olmos

Presidente del Consejo de la Magistratura
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



EL DERECHO PENAL EN LA “SOCIEDAD DEL RIESGO”

Por Germán Aller*

Es para mí un alto honor dirigirme a ustedes en este evento de singular importancia y que, además, se enmarca dentro de una interesantísima actividad académica en esta prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Me distinguen al haberme invitado y me comprometen a dar lo mejor de mí en procura de proporcionar algunas reflexiones de cierto interés para los asistentes. Merced a la amabilidad de las instituciones organizadoras, y especialmente al querido amigo y colega José Sáez Capel, expondré estas discutibles ideas con el propósito de avivar un debate que también refiera la interacción de la “sociedad del riesgo” con el Derecho penal. Vaya entonces mi cálido saludo a los demás expositores, que han intervenido con particular brillo, así como el público en general, y las felicitaciones a los organizadores por la exitosa concreción de esta importante iniciativa.

* Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Catedrático de Derecho Penal y Profesor Adjunto de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.



LA SOCIEDAD DEL RIESGO

En el siglo XIX los marineros que caían al Támesis no morían ahogados, sino envenenados por los fétidos vapores y humos de aquella cloaca londinense. El paseo por las estrechas calles medievales equivalía a sufrir por el hedor de las heces acumuladas por doquier. Las fachadas y portales de las casas parisinas estaban corroídas por la orina de los transeúntes. Los peligros eran entonces tangibles, perceptibles por los sentidos, mientras que los riesgos de hoy residen en las fórmulas químico-físicas y en la globalización, siendo invisibles e imperceptibles. Esto condice con la moderna concepción de los nuevos prototipos de delito, que no son ya los crímenes sangrantes, tocables, visibles, sino los imperceptibles a simple vista, como lo concerniente a la corrupción económica y del poder, los delitos contra la Administración y la Hacienda Pública.

Muchos peligros de ayer apenas asustan hoy. Sin embargo, en la actualidad hay riesgos casi incontrolables. En este aspecto, se pueden distinguir los peligros, que provienen de la naturaleza, y los riesgos, que son creados por las personas, porque, como la vieja premisa de Plautus utilizada por Bacon y Hobbes: *homo homini lupus* (“el hombre es un lobo para el hombre”). Pero ha de aclararse que dicha expresión no significa que la persona se aniquila a sí misma, sino que —siguiendo su sentido histórico— otras son el mayor peligro para ella, otras son las que la devoran: aquellos extraños que arrasan sin compasión la obra humana. Los riesgos creados por el ser humano crecen y generan conciencia pública del riesgo y, se concreten o no en un daño real, producen consecuencias en lo fáctico.



La humanidad ha logrado cierto control y previsibilidad sobre los peligros de la naturaleza. Sin embargo, estos peligros no se distribuyen igual para todas las personas ni Estados, porque aquellas carenciadas, definidas como de segundo o tercer orden, siguen siendo victimizadas por los mismos fenómenos naturales, mientras que, por ejemplo, en la costa oeste de Estados Unidos se anuncia con cierto detalle y precisión el acaecimiento del fenómeno peligroso, de modo de evacuar la zona, guarecerse en refugios, contar con rápida asistencia y demás medios de protección o contención que disminuyan considerablemente el daño. No así a pocos kilómetros de allí, donde los salvadoreños, guatemaltecos, hondureños, etc., posiblemente se vean impactados de lleno por el suceso climático o sísmico sin casi poder enterarse. También dentro de Estados Unidos se establecen diferencias para prevenir o contener un fenómeno de la naturaleza, como el caso de Nueva Orleans. Con lo cual, queda en evidencia que los peligros son objeto de desigual distribución social y se pone de relieve que, citando a Ulrich Beck: *Con el reparto e incremento de los riesgos surgen 'situaciones sociales de peligro'*, generándose así una ostensible *expansión de riesgos*.

Se ha alcanzado la técnica y el conocimiento suficiente para transformar la Cordillera de los Andes o el Himalaya en una llanura, eliminar los lagos, secar los ríos y muchas otras cosas más. De hecho, las grandes ciudades con sus inmensos rascacielos, los puentes y túneles de montaña, las represas y subterráneos demuestran la capacidad humana para introducir cambios en la naturaleza, al punto de tapizar de concreto un gran espacio verde. Sin embargo, tarde o temprano la naturaleza retoma la conducción de la vida y domina a la mano del ser humano, porque



las ciudades indefectiblemente serán algún día recubiertas por la maleza, superadas por la erosión, así como en cualquier instante emergerá otra cordillera, otro Himalaya, otro océano u otro continente en cualquier lugar del orbe, o la represa y los puentes caerán, y el ser humano será un espectador de tal espectáculo de la naturaleza. Además, las leyes humanas no pueden gobernar las acciones de la naturaleza, sino únicamente a aquellas acciones humanas con implicancia en ella, porque evidentemente el Derecho no puede imponer o prohibir algo a meros procesos de la naturaleza. Empero, los mayores peligros para la persona actualmente no son los provenientes del mundo de la naturaleza, sino de las personas mismas. Esto ilustra que la inmensa cantidad de riesgos son contruidos por el ser humano contra el ser humano, corroborando así que es un *lobo para el hombre*, porque destruye a sus congéneres.

Los mercados se hunden, los votantes están indecisos, las preguntas más evidentes quedan sin contestar, los jóvenes no encuentran motivaciones, el empleo es una meta, los tratamientos médicos fracasan, los edificios científicos de racionalidad de vienen abajo, los sistemas jurídicos no captan los hechos, los ciudadanos descreen de la justicia, los legisladores legislan de espaldas a los académicos, siendo todo esto fruto de la obra humana y otrora logros de gran relieve ahora puestos en serio riesgo. Ojalá tan cruel relato hubiera sido solo la prognosis de un futuro evitable, pero ocurre que la sociedad industrial del riesgo proviene de una fractura de la modernidad post sociedad industrial y la sociedad del riesgo es consecuencia de lo obsoleto de la industrial, a pesar de que ¡igual hay que seguir viviendo después de ello! Incluso sabiendo que la sociedad del riesgo está estructurada a



partir de la atribución de roles sociales simbólicos y de respuestas formales a problemas sociales.

DERECHO PENAL DEL RIESGO

A una perspectiva social del riesgo le sigue consecuentemente una también penal, en cuyos términos resulta discutible establecer el alcance de un Derecho penal concebido a partir de la sociedad del riesgo. Sin embargo, tomar en cuenta nociones de peligro y riesgo no es novedoso en materia penal, porque el punto en cuestión trae a la memoria el concepto de *temibilità* que acuñó Garófalo en 1885 por el que pretendía prever la perversidad constante y la cantidad del mal a temer del delincuente, midiendo el daño y la alarma. Esta aseveración puede ser considerada como un antecedente de las actuales respuestas penales relativas a la mentada sociedad del riesgo. Existiendo problemas penales teóricos y prácticos de gran envergadura, como aspectos político-criminales, el aumento de la criminalidad y de la violencia en el delito, la orientación de la teoría del delito, alternativas a la respuesta penal y otros, parecería comparativamente que el Derecho penal del riesgo es un tema de menor entidad, pero baste para superar esa primera impresión pensar que lo que se discute al referirse a la sociedad del riesgo es qué tipo de Derecho penal tendremos en el futuro, porque hasta hace no mucho tiempo, los prototipos de delitos eran los perceptibles por los sentidos, tangibles y apreciables fácilmente, mientras que ahora eso está cambiando.



Los delitos eran medidos por el grado de violencia que llevaban ínsita, y la violencia en tipos penales como homicidio, aborto ilícito y lesiones es manifiesta. En otros tipos la violencia es psíquica o física pero de segundo orden, como en la violación sexual, la rapiña o robo con violencia en las personas, amenaza y otros, donde se atacan al menos dos bienes jurídicos y la integridad física pasa a un segundo plano, ya que se prioriza la libertad, la propiedad o la libertad sexual como bienes jurídicos. En otros tipos la violencia contra las personas desaparece y deja sitio a la violencia contra la propiedad, como los ejemplos del hurto con violencia en las cosas y el daño, hasta llegar a aquellos tipos penales en que la violencia es patrimonial, como la apropiación indebida, el hurto simple, etc. Todos estos tipos penales han sido los clásicos prototipos de delito y han contado con un sólido estudio científico desde hace casi dos siglos. El Derecho penal para la sociedad del riesgo no puede regirse por esos prototipos, porque ya no es la violencia física el elemento catalizador, ni tampoco lo simplemente perceptible por los sentidos (visible, tangible, constatable). En la sociedad del riesgo se dirige a la Ciencia penal hacia la creación de tipos de peligro abstracto (o presunto) y específico, pero —más allá todavía— ya no es la noción pura de peligro la que predomina sino la de riesgo. Esto se vislumbra en la creación de nuevas ramas del Derecho penal, como el claro caso de la protección al ambiente y lo referido a la economía, e implicando ambas el aumento de tipos penales y endurecimiento de penas. Por tanto, en la sociedad del riesgo habrá un Derecho penal expansivo, con el *topos* del adelantamiento de la barrera de protección penal, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, persecución de delitos de bagatela, instauración de tipos



acumulativos y cambio de paradigma respecto del daño al bien jurídico por el de la peligrosidad y el riesgo.

Buena parte de la discusión penal relativa al Derecho penal del riesgo nace en torno a la crítica que le formula la afamada Escuela de Frankfurt (Albrecht, Hassemer, Prittwitz, Herzog) y la de sus críticos a esta. Uno de los penalistas y teóricos más importantes de Alemania, Winfried Hassemer, integrante de la mencionada Escuela de Frankfurt, destacó en 1997 que *muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy y, sin embargo, hay hoy riesgos apenas controlables. Las personas viven —o así lo sienten— bajo la sensación de mayores y difusas amenazas*. Esto se vincula directamente con la antinomia seguridad-inseguridad-sensación de inseguridad, dado que, merced a la globalización, se han potenciado los riesgos a la par de la evolución del modernismo y la información sobre los riesgos, al punto de sentir el ciudadano que el riesgo se cierne directamente sobre él y esto, como es imaginable, es a veces cierto y otras falso. La seguridad ciudadana comienza a ser estimada como un bien jurídico, ya que la violencia, el riesgo y la amenaza son fenómenos centrales de percepción social y esto es percibido como nunca antes. Asimismo, el discurso acerca de la mentada seguridad ciudadana encuentra un fuerte eco en la concepción del Derecho penal del riesgo y, como manifiesta magníficamente Díez Ripollés, se trata de *un debate desenfocado*.

La introducción de nuevos tipos penales, el agravamiento de las penas de los ya existentes, la creación de nuevos bienes jurídicos, la flexibilización de los criterios de imputación, la relativización de los principios político-criminales, la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del procesal adjetivo, así como la ampliación de los espacios de riesgos



penales de relieve, son aspectos que denotan la tendencia a la *expansión* del Derecho penal, que pone de relieve una *huida selectiva al Derecho penal* con fundamento ideológico. Esto se circunscribe en la creación de respuestas penales de carácter simbólico, como meras declaraciones de principios, pero carentes de contenido real y social.

Si a lo apuntado agregamos la concepción penal de *riesgo permitido* y su estrecha vinculación con el principio de *confianza*, de fuerte incidencia en los casos de responsabilidad médica, así como la imputación objetiva dando la noción de creación de un riesgo antijurídico o incremento de uno preexistente que se realiza en el resultado (todo ello acotado por la “prohibición de regreso”), observaremos que el riesgo también actúa como límite doctrinal de tipo interpretativo al momento de tipificar delitos, porque la idea penal de riesgo permite ponderar los niveles de realización de la conducta humana, pero con el inconveniente de que esa valoración no resulta ajena al contexto social en que se plasme. Prueba de ello en materia penal es el aumento de deberes de cuidado y la disminución de espacios de riesgo, incrementando la instauración de tipos de peligro abstracto o presunto y, paradójicamente, no hay casi identificación social con la víctima, a pesar de que la expansión del Derecho penal presenta algún signo al respecto, aunque igualmente no resulta convincente.

Un Derecho penal globalizado, expandido y unificado deviene en menos garantista, como se denota con las actuales leyes antidrogas, las vinculadas al crimen organizado, la corrupción, al lavado de dinero y al terrorismo.



CONSIDERACIONES FINALES

En el mundo ha habido un gran avance científico y tecnológico, lo que obliga a los Estados a invertir en educación y conocimiento para lograr sociedades de *inclusión* en vez de *exclusión*, si fuere posible apuntando a un pacto social con tal fin. Esta idea pudo verse ya adelantada en Kant al proponer una *federación de naciones* y mencionar el *derecho de ciudadanía mundial*, dado que las democracias no son posibles en forma aislada, como sociedades únicas, sino en sociedad civil mundial. Asimismo, Kant rechazó la guerra penal, es decir, aquella que tuviere por finalidad la punción de otros Estados. Pero también vivimos en una sociedad *en y de* riesgos que se han globalizado: guerras nucleares, la proliferación y trasiego clandestino de armamento, la radiación, la afectación del ambiente natural, el narcotráfico, el terrorismo internacional, la experimentación con virus y genes, las toxinas, el ciberespacio financiero y muchas otras expresiones de la interacción humana que pueden poner en serio riesgo a millones de personas y sus bienes.

Frente a esto, se percibe que el Derecho penal está de moda, pero no su faz académica, científica y de discusión acerca de su mejora que lamentablemente se relega a los claustros y seminarios universitarios, a pesar de los ingentes esfuerzos por difundir los progresos de la Ciencia penal—, sino un Derecho penal de *prima ratio* o a veces de *única ratio*, meramente sancionador y simbólico en su peor sentido posible: ofrece una seguridad que no obtiene y, en cambio, afecta la seguridad jurídica. Concluyentemente, los juristas no están de moda y vamos rumbo hacia un Derecho penal como marco decorativo de la solución global de un problema, sin ser radicales en cuanto al sentido



etimológico: ir a las raíces de la cuestión, sino que el Derecho penal en ciernes se parece más al *del enemigo* que al clásico de Anselm von Feuerbach (1801) o Francesco Carrara (1859).

Esto nos hace reflexionar acerca de la dirección que lleva el Derecho penal y nos permite –desgraciadamente– comprobar que hay dos líneas definidas: la científica, más allá del posicionamiento ideológico que se siga, y la legislativa, de corte pragmático y sin esperar del Derecho penal más que un superficial valor como producto de *marketing*. Como toda generalización, esta quizá peque de injusta y a lo dicho seguramente haya algunas tan honrosas como escasas excepciones, pero como indica Dahrendorf, la delincuencia permite identificar aspectos del conflicto social y frente a ella es lógico que muchos se dejen, sin más, seducir por las fórmulas más burdas: más policías, juicios más severos y penas más duras.

Hecha esta salvedad, si bien es conveniente lograr predicciones de riesgo, dominio del peligro e intervención antes de que se produzca la lesión, el medio para ello parece ser la disolución del concepto de bien jurídico (o de algún otro concepto que eventualmente lo supla) y con ello la Política criminal queda *huérfana*, porque se legisla en aras de un progreso manuscrito y en el papel, pero sin contenido social. Tal afirmación lleva a la impostergable negación de toda manifestación de *Derecho penal del enemigo*, inclusive aunque se cambie la semántica. Es plenamente compartible propugnar un Derecho penal de seguridad y prevención, pero en la medida de mantener los contenidos ético-valorativos anclados en la Ciencia penal, como pregonaron Welzel en Alemania y Bettiol en Italia. De lo dicho parece resurgir la vieja discusión por un Derecho penal de corte ético-social



o uno protector de la seguridad y la paz, pero es posible dotar de una dirección dogmática a dicha tutela sin renunciar al afianzamiento ético-social.

Las personas han convivido siempre –y lo hacen actualmente– con peligros y riesgos de todo orden. El Estado de derecho se obtuvo merced al sacrificio de miles de vidas y se mantiene por la lucha en procura de retirar manifestaciones incorrectas (negación del Derecho: no-Derecho). No podemos abdicar de honrar a quienes dieron sus vidas por consagrar el Estado de derecho. Y para que tal extrema entrega humana siga perdurando, se han de proteger las garantías individuales de todos los ciudadanos. Ello también cuando ponderamos riesgos. No sea cosa que a fin de cuentas un día pasemos la raya y constatemos que vale más la vida de un animal que la humana. Parece obvio que cuidando a las personas también se cuida al ecosistema, pero esto no se refleja plenamente en el mundo que nos circunda. Lo dicho cobra mayor relieve cuando lo confrontamos con la mentada “sociedad del riesgo” en relación al Derecho penal, porque en ella –cuya existencia no cabe ya ser negada– también se percibe una cierta desproporción entre la punición por la creación o aumento de riesgos de relevancia penal y la realidad social que circunda al individuo.

Por consiguiente, no me cabe duda de que un Estado fuerte, absorbente y de gran dimensión –característico de la sociedad del riesgo– no propenderá a un Derecho penal de mínima expresión, sino de máxima a través de un potente “Derecho penal del riesgo”, en donde se perdería el carácter fragmentario, de subsidiariedad y de *ultima ratio legis* que distingue al Derecho penal liberal. En cambio, un Derecho penal mínimo solo sería



factible en el contexto de un Estado mínimo. Por tanto, teniendo presente lo planteado por Sartre en su libro *El Existencialismo es un Humanismo* en cuanto que *el hombre está condenado a ser libre* y también *a cada instante a inventar al hombre*, antes de construirse una Política criminal para la sociedad del riesgo debe definirse el Estado que se pretende para esa Nación y recién después trazar las líneas político-criminales racionales para asegurar al ciudadano su reconocimiento individual y colectivo, aún riesgos mediante.



EL GENOCIDIO Y EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN*

Por Matías Bailone**

El genocidio es el delito más grave que puede acometer un ser humano, y así lo demuestran los códigos penales más avanzados de la actualidad, los tratados internacionales y la costumbre jurídica afianzada en la segunda posguerra europea.

Hoy, además del orgullo de compartir esta mesa con queridos amigos, entre ellos nuestro Rector honorario salmantino, con quien compartimos (yo a través de mi Maestro Luis Arroyo Zapatero) un ascendente académico fundamental para el Derecho penal hispánico, el Maestro Don Marino Barbero Santos, y mi querido amigo José Sáez Capel, con quien hemos compartido tantas cosas en estos años. Digo, además de este agradecimiento al Consejo de la Magistratura por el honor de esta invitación, hoy es 14 de abril, y se cumplen 5 años de que nos

* La presente es la reconstrucción de la desgrabación de la conferencia brindada en las "Jornadas sobre Cuestiones actuales de Derecho Penal", organizadas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, el 14 de abril de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A ello se debe su estilo coloquial y la ausencia de notas y comentarios marginales.

** Profesor de Criminología y de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Matanza. Investigador posdoctoral de la Universidad de Castilla-La Mancha. Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fue Director durante los últimos cinco años de su Instituto de Investigaciones, actualmente en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.



presentáramos a las puertas de la Cámara Federal de la Capital para entregar a sorteo la querrela para investigar, en virtud del principio de jurisdicción universal, los crímenes de genocidio y lesa humanidad del franquismo en España.

Porque toca a la temática a desarrollar en estos minutos, pero también porque es un hecho histórico que me atraviesa fundamentalmente, y además creo que es un hito de la justicia penal internacional. Voy a hablar y homenajear a las víctimas del genocidio franquista, de ese fascismo dictatorial y asesino, que sumergió a España en un atraso de centurias y un régimen despótico que aún hoy se mantiene impune.

Una de las grandes enseñanzas de Don Marino Barbero Santos, en su especial interés en las relaciones interpersonales entre la política y el derecho penal, fue la de señalar el marco institucional de las diversas reformas punitivas, y cómo una dictadura sangrienta y genocida, como el llamado “régimen de Franco”, fue un lugar propicio para las peores manifestaciones punitivas y violatorias de los derechos humanos.

El 14 de abril de 2010, en conmemoración de la proclamación de la Segunda República española, con un grupo de abogados y de militantes de derechos humanos, presentamos una querrela (en la que estuve trabajando desde 2008 en España, con el asesoramiento y colaboración de Joan Garcés, y bajo la idea original de Emilio Silva y Ariel Jerez) para que un juzgado federal de la Ciudad de Buenos Aires (de acuerdo al artículo 118 de nuestra Carta Magna) investigue y juzgue los crímenes del franquismo, en virtud del principio de jurisdicción universal. El primer querrellante fue Darío Rivas, un emigrante gallego de 95 años que



desde 1952 está buscando los restos de su padre, “paseado” por la falange por haber sido alcalde republicano en Castro de Rei. La valentía de Darío fue el estandarte detrás del cual se encolumnaron muchas familias españolas y argentinas que quisieron encontrar los restos de sus parientes, y el reconocimiento por parte del Gobierno español de su calidad de víctimas. Más allá de que todavía hay muchos victimarios vivos y con buena salud, especialmente los torturadores y asesinos parapoliciales de los últimos años del franquismo, los asesinos del padre de Darío ya no están para poder responder ante la Justicia. Pero los procesos judiciales, como escenarios performativos privilegiados, no están solo para arribar a una pena, sino –en estos casos más que nunca– para la obtención de una verdad jurídica que instaure la memoria histórica.

Desde esa fecha la querella ha tenido una vida jurisdiccional compleja, pero muy buena acogida en los grupos de derechos humanos y en la prensa nacional e internacional. Los pedidos de captura y detención de la jueza federal Dra. María Romilda Servini de Cubría, que tuvieron un azaroso camino y estaban dirigidos contra torturadores y asesinos del tardofranquismo, fueron demorados en suelo español, primero por nuestra embajada y después por el Gobierno español actual, que ha argumentado disparatadas justificaciones para eludir la acción de la Justicia. Los abogados de la querella, que conformamos un grupo plural y activo, y con verdadera militancia por los derechos humanos, hemos persistido en la lucha y la compañía a las víctimas, como la gran labor de Ana Messuti, de Carlos Slepoy, de Beinusz Szmukler, de David Baigún, de Máximo Castex, de Ricardo Huñis, de Carlos Zamorano y Héctor Trajtemberg.



Recién recordábamos la gran obra académica de Ana Messuti, que es la tesis doctoral que tanto elogió Ignacio Berdugo, y su compromiso con las víctimas, tanto en suelo español como en el trabajo realizado acá en Argentina en el Juzgado Federal N° 1. Recuerdo cuando fuimos a buscar a Ezeiza a Asunción Mendieta, que cumplió 89 años en el vuelo que la traía a Buenos Aires, también recuerdo sus lágrimas cuando decía que por primera vez iba a declarar ante un juez por el fusilamiento de su padre, por haber sido leal a organizaciones sindicales republicanas.

Hoy, como dije, se cumplen cinco años de eso, y es un triunfo de la jurisdicción universal, y del derecho penal internacional, que no tiene tantas cosas de las que sentirse orgulloso. Este principio del siglo XVII que dice que cualquier juez de cualquier lugar del mundo puede actuar jurisdiccionalmente cuando el juez natural no lo hace, en los gravísimos y excepcionales casos de crímenes del derecho internacional, como el genocidio o los crímenes llamados contra la humanidad o de lesa humanidad. Este principio es un triunfo de las víctimas de estos crímenes, es un triunfo del humanismo por sobre la diplomacia que rige al derecho penal internacional de los países centrales.

Lamentablemente, seguimos prisioneros de un esquema colonialista en cuanto al desarrollo del instrumental del Derecho penal internacional. Más allá de las críticas al proceso judicial militar de Núremberg, claramente significó un momento fundante de la historia contemporánea, en la que quedó claro que esos “crímenes atroces” no pueden quedar impunes. Pero la historia que vino después fue la cooptación de esas conquistas de la humanidad por parte del poder realmente imperante, el de la Guerra Fría, el del hegemonismo imperial norteamericano.



La Convención Internacional de Naciones Unidas para la prevención y represión del Genocidio del 48 fue un avance, en cuanto a su existencia, a la puesta sobre la mesa de la discusión sobre la naturaleza jurídica de ese “crimen sin nombre”, que teorizó Rafael Lemkin. Pero fue un retroceso con respecto al borrador previo que para Naciones Unidas hicieron tres de los más grandes juristas de la época, el propio Lemkin, Donnedieu de Vabres y Vespasiano Pella, en ese momento presidente de la “Asociación Internacional de Derecho Penal”.

En nuestro medio, la obra y el magisterio de Daniel Feierstein se han encargado de demostrar que solo regresando al origen de la obra de Lemkin, de su legado jurídico, y de una comprensión cabal y sociológica del “proceso genocida”, se puede utilizar el derecho internacional para llevar justicia, verdad y memoria a las víctimas de estos crímenes estatales. Con Feierstein tenemos un seminario de doctorado aquí en esta casa, que ya lleva tres años de continuidad, en el que pretendemos unificar los caminos sociológico y jurídico para el estudio de este crimen. Lo que es un poco ir contracorriente con la ortodoxia interpretativa de la convención de Naciones Unidas y la forma en que los teóricos al uso del derecho penal internacional abordan este tipo de problemáticas.

Desde la criminología cautelamos entendemos al genocidio como un proceso, cuya finalidad real no es tanto el momento consumativo de la aniquilación física, sino su verdadera esencia, la necesidad de reorganizar la sociedad en la que se produce el genocidio. La reidentificación societaria, de acuerdo al patrón cultural y político del perpetrador y su clase, es la razón por la



que los genocidios se producen, por la que se eliminan sectores enteros de la sociedad.

Cambiar la identidad política de la sociedad es lo que el franquismo hizo con el genocidio planificado sobre una España republicana, laica, europeizante, cosmopolita, tolerante y respetuosa de los derechos fundamentales. De las “dos Españas”, una aniquiló a la otra, la eliminó físicamente, pero además, la eliminó del patrón societario. Reorientó a la sociedad nacional, excluyendo los elementos que consideraba incompatibles con sus intereses de clase. El éxito de esa empresa de la llamada Guerra Civil y las posteriores cuatro décadas en las que el régimen genocida siguió consumando ese aniquilamiento totalizante, hicieron que la sociedad de la llamada “transición” experimentara ese momento tan crucial para los genocidios, que es el momento posgenocida, cuando se ven los resultados y las ganancias de tanto esfuerzo asesino. Es Gregorio Morán quien se encarga, en uno de los más lúcidos libros políticos españoles y más ninguneados por el régimen transicionista, de decir que la operación más exitosa de la transición española fue la de poner a todos en un pie de igualdad ante el pasado, un proceso de desmemorización colectiva, no de olvido, sino de algo más preciso y voluntario, la capacidad de volverse desmemoriado. La generación dominante en España en 1975 logra instaurar la igualdad de los desmemoriados, la de quienes renacen ya en un estado de cosas que les benefician y que les pertenece. Una acumulación originaria que los pone en el lugar de los que dictan las órdenes y también los relatos del pasado.

El proceso de transición a la democracia no obligaba a extirpar la experiencia personal y su propia historia y responsabilidad



en la catástrofe, sino que era una ‘sugerencia’ de obligado cumplimiento si se aspiraba a ser socialmente reconocido. Así surge una clase política que usufructúa los beneficios del posgenocidio, y que se jacta –a la manera de Dostoievski en *Los hermanos Karamázov*– de que si el pasado no existe, todo está permitido.

El caso español es paradigmático, así como el del genocidio indonesio, del cual hay un documental fascinante y espeluznante llamado *The Act of Killing*, que siempre uso en mis clases, y que muestra esa faceta de las sociedades posgenocidas donde el éxito de los genocidios es patente y todavía impune. Chile es otro caso, con una constitución sancionada por el perpetrador del genocidio, de acuerdo a su modelo societario, que fue el que instaló a sangre y fuego. Mientras sigan vigentes sus modelos de sociedad, el genocidio seguirá extendiendo su sombra ominosa sobre la contemporaneidad y sobre las víctimas.

Tenemos el orgullo nacional de que hace ya más de una década se inició en Argentina el camino de la justicia, de la verdad y de la memoria. Llevar a los estrados judiciales a los perpetradores, a los victimarios, también significó en paralelo desandar sus modelos de economía neoliberal y de política conservadora. Una cosa va unida a la otra, no hay otra forma de entender los procesos genocidas que comprender la totalidad del fenómeno. Por eso en 2010, se quiso devolver a España lo que el Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, en cabeza de la valentía y el coraje de Baltasar Garzón Real, hizo por Argentina y Chile, y también por Guatemala: forjar procesos externos que sirvan para que el país de la catástrofe tome la causa por las astas y gestione ese proceso de regeneración de soberanía jurisdiccional.



La única forma de hacer caer los procesos abiertos por jurisdicción universal, es que el país de los jueces naturales genuinamente juzgue y condene a los perpetradores. Que dignifique los tribunales de justicia nacionales. Que se comience a andar el largo proceso de instauración de memoria, verdad y justicia.

Los procesos genocidas buscan quebrar la solidaridad interna de las sociedades nacionales, buscan romper las relaciones de cooperación y autonomía. Y lo hacen a través de la instauración de sistemas de “terrorificación” de la sociedad, instigando a la delación generalizada y persecución al “otro”, cuya delimitación es el grupo al que se pretende eliminar.

Quizá estas peculiaridades son las que nos muestran la necesidad de seguir llamando “genocidio” a estos procesos y a los crímenes asociados a su fenomenología. La otra figura jurídica al uso, la de “crímenes contra la humanidad” –herencia del posnazismo– solo permite reflejar y comprender el delito cometido por el perpetrador, en tanto que el genocidio implica también la comprensión del propósito de la acción llevada a cabo por el sujeto activo, es decir, el tipo de identidad societaria que se quiere suprimir, las características del grupo que se quiere eliminar, y así, comprender la transformación de la población en su conjunto, que la ausencia de los grupos exterminados (étnicos, nacionales, raciales, políticos u otros) produce en el tejido social.

La figura jurídica y sociológica del genocidio demanda activamente a la sociedad del posgenocidio que reconozca las secuelas que produce en ella el aniquilamiento, evitando así que sea visto como un sufrimiento sectorial, como algo que le pasó a otras personas, y no a toda la sociedad.



Sobre esto querría decir muchas cosas más, pero me voy a limitar a decir algunas últimas palabras sobre cómo se trata esto en nuestro Anteproyecto punitivo nacional.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cuya comisión de redacción presidió mi maestro el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, que fue de conformación pluralista y que trabajó denodadamente en busca de los consensos necesarios para consumir el texto codificado, es uno de los modelos de vanguardia de legislación penal del que nos sentimos plenamente orgullosos. El trabajo previo que hicimos, con Zaffaroni y Sáez Capel, entre otros, en la Parte General del Anteproyecto para Bolivia, fue un insumo necesario de partida, pero de allí comenzó el arduo trabajo de la Comisión argentina para unificar y traer seriedad a una legislación punitiva –como la actual– que está sumida en el caos y la descodificación.

Con respecto al genocidio, la comisión ha tenido una valiente posición vanguardista y en la línea de lo que vengo diciendo. Se contó con la asistencia de la “Asociación Internacional de Académicos del Genocidio”, que preside Feierstein, y podríamos decir que es lo más avanzado y humanista que existe en proyectos de legislación. Sus tipos penales anteceden toda la parte especial, como el delito más grave y de mayor cantidad temporal de pena privativa de libertad.

Quizá la más arriesgada posición doctrinaria expuesta por la Comisión es la que no se limita a enumerar –como en *numerus clausus*– a los grupos protegidos, que es una de las características de la Convención, sino a incluir a cualquier grupo “identificado con criterio discriminatorio” dentro de la protección. Una



larga discusión que surge en 1948, y que ha demostrado que una definición legal escueta como la de Naciones Unidas solo sirve para dejar fuera más de la mitad de las experiencias genocidas de nuestra era. Y que la única forma de entender el fenómeno es que la definición y los contornos del grupo a exterminar los da el propio perpetrador.

Se reemplaza el concepto de “intención” por el de “finalidad” y se deja entrever el carácter de estatal de cualquier acción genocida, quizá su formulación más directa, quizá decir con todas las letras que estos tipos de crímenes son solo de producción estatal hubiera sido más honesto, pero de difícil aprobación por parte de toda la Comisión reformadora.

Para terminar, me gustaría decir que creo de avanzada y de vanguardia el Anteproyecto de Código Penal que aún no tiene estado parlamentario. Que en este, como en todos los temas de la parte especial y de la parte general, se ha sistematizado, ordenado, modernizado una legislación hecha añicos. Que sería un gran gesto de madurez política que todos los partidos y sectores puedan apoyar esta iniciativa, para que se debata artículo por artículo en el parlamento nacional, y la sociedad toda pueda conocer la naturaleza y gravedad de sus leyes punitivas, que era una de las necesidades sociales que entendió magníficamente Beccaria hace 250 años.



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

Por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*

I. INTRODUCCIÓN

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

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

La situación hoy ha cambiado favorecida por la presencia a nivel global de nuevos condicionantes como la internacionalización

* Dr. Dr. h. c. mult. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

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



política y económica o el desarrollo tecnológico alcanzado en los últimos tiempos. La influencia de estos y otros factores hace que hoy se produzca, no solo en nuestro país, lo que se califica como una explosión de la corrupción,² con nuevos actores y una multiplicación de sus efectos. La dimensión internacional que caracteriza a muchas de las más graves manifestaciones de la corrupción hace que se desarrolle frente a ella una nueva política criminal impulsada por la actuación de instituciones políticas de carácter internacional o regional.

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

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

II. LOS CONDICIONANTES NACIONALES E INTERNACIONALES

2. Entre las reiteradas reformas que ha experimentado el Código de 1995, aquellas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la nueva realidad de la corrupción obedecen a dos grupos de causas de naturaleza muy diversa. Por una parte, la realidad de la corrupción y de la percepción de la misma en nuestra

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



sociedad y por otra, las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a organismos e instituciones internacionales.

La corrupción ha pasado a constituir un tema de gran transcendencia para la opinión pública, basta con ver en nuestro país los resultados que recoge el barómetro del CIS, que refleja el notable incremento de la consideración que la corrupción merece como problema a los españoles.³

Esta percepción negativa de la corrupción se ha agravado en los últimos tiempos, hecho que también es confirmado por los Informes de Transparencia Internacional. En el Informe de 2006 España ocupaba el puesto 23, con una puntuación de 6,8, en el de 2014 ocupa el puesto 37, con una puntuación de 6,0.⁴ Ciertamente

3. El barómetro que mensualmente, salvo agosto, elabora el Centro de Investigaciones Sociológicas, tiene como objetivo medir determinados aspectos de la opinión pública española. Puede consultarse en su página web, www.cis.es (acceso 14/4/2015). En noviembre de 2013, la corrupción, con un 31,8 %, era tras el paro, con un 77,7 %, el problema que más preocupaba a los españoles. Un año después, en noviembre 2014, paro y corrupción continúan siendo para los españoles los dos mayores problemas, pero mientras el paro mantiene su porcentaje en un 77 %, la corrupción lo incrementa hasta un 63,8 %. El último barómetro consultado, marzo 2015, refleja una disminución de la consideración de la corrupción como problema, el paro aumenta su porcentaje al 80,3 % y la corrupción disminuye a un 50,8 %.

Estos datos ratifican los resultados de otras encuestas, así, la Comisión Europea en el *Anexo referido a España de su Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, p. 3, textualmente afirma: “Según el Eurobarómetro especial de 2013 sobre la corrupción, el 63 % de los encuestados (porcentaje más elevado de la UE) se considera afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana (media de la UE: 26 %), en tanto que el 95 % manifiesta que la corrupción es un problema muy extendido en el país (media de la UE: 76 %) y el 91 % afirma que existe corrupción en las instituciones locales y regionales (media de la UE: 77 %)”. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf (acceso 29/1/2015).

4. Los Informes anuales de Transparencia Internacional pueden consultarse en www.transparency.org o en www.transparencia.org.es (acceso 7/1/2015). Ciertamente el



el último Informe exterioriza una cierta consolidación en la percepción de la corrupción, en especial si se compara con los últimos años, lo que, en opinión de Transparencia Internacional, “viene a demostrar que España no tiene corrupción sistémica, como ocurre en un gran número de países, sino múltiples escándalos de corrupción política en los niveles superiores de los partidos y en los gobiernos locales y autonómicos”.⁵

Es indudable que estos datos sobre la valoración negativa que socialmente se da a la corrupción tienen su explicación más próxima en casos tan mediáticos como el Gürtel, el de los ERE, el Bárcenas, el NOOS, con imputación de miembros de la familia real, o el más reciente de la familia Pujol.⁶

mayor descenso se produjo en 2013, año en el que España retrocedió 10 puestos, con una nota de 5,9, descenso que solo superaron Gambia, Malí y Guatemala.

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

6. En su último Informe Transparencia Internacional aborda la explicación de este aumento de la percepción negativa de la corrupción que se ha producido en España. Con acierto estima que las razones son complejas pues, “por una parte, los sistemas de control se han mostrado más eficaces y han venido aflorando muy numerosos casos de corrupción; por otra parte, las denuncias de los medios de comunicación y el relevante eco social y atención prestada a los casos ahora aflorados han influido intensamente en la percepción ciudadana, generando un estado general de indignación; también es cierto que la crisis económica ha incrementado el nivel de exigencia social, y aunque la Justicia viene cumpliendo su función con cierta eficacia y nivel de resultados, a pesar de su lentitud, se ha generado desde fines de 2009 un muy alto nivel de alarma social; finalmente, aunque el enfriamiento de la economía, especialmente en el sector urbanístico, permite pensar que los casos de corrupción se han reducido en ese ámbito, la lentitud de las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevante, la expansión de los escándalos a las instituciones clave del



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

El haber suscrito la Convención contra la corrupción de Mérida, elaborada en 2003 en el marco de Naciones Unidas,⁷ impone obligaciones penales y no penales a los Estados firmantes.⁸ Pero pese al indudable significado que tiene el que haya podido llegarse a elaborar un texto con este contenido y potencial extensión territorial, la Convención adolece de las dificultades, frecuentes en Naciones Unidas, de no articular mecanismos funcionales para poder impulsar y garantizar el cumplimiento de sus prescripciones.⁹ También la heterogeneidad de los Estados miembros hace que su articulado diferencie dentro de las medi-

Estado, y la sensación de impunidad explican bien la percepción social negativa que se mantiene en este Índice”.

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

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

9. El mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, establecido por la Resolución 3/1, es por lo menos de dudosa eficacia, al establecer que requiere el acuerdo entre los evaluadores y el país evalua-



das represivas propuestas, aquellas cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento y aquellas que son meras recomendaciones, baste la lectura de la fórmula empleada, los Estados signatarios “considerarán la posibilidad de tipificar como delito”.

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

En 1997 la OCDE alcanza a elaborar un “Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales”. El Convenio, suscrito por España, obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero “para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”.

El Convenio, el más importante frente a la corrupción de un funcionario de un tercer país, lo que en terminología de la OCDE constituye la “corrupción transnacional”,¹⁰ se debe en gran medida a la iniciativa y presión de los Estados Unidos, que en 1977

do y tener un carácter confidencial, vid. PÉREZ CEPEDA, Ana/BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *La política criminal internacional contra la corrupción*, cit., p. 31, texto y nota 53.

10. Denominación que utiliza la OCDE en su reciente informe para referirse a la corrupción definida en el art. 1 del Convenio, vid. OCDE (2014), *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale: une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, Editions OCDE, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226623-fr>, expresamente p. 7 (acceso 15/1/2015).



habían promulgado la *Foreign Corrupt Practices Act*.¹¹ Pero, pese a la presión ejercida por la OCDE, el grado de cumplimiento de la Convención por parte de los Estados firmantes objetivamente es muy desigual.¹²

La OCDE, de forma paralela, también lleva a cabo una lucha contra los denominados “paraísos fiscales”, países y territorios que por sus políticas bancarias y por su opacidad fiscal juegan un papel decisivo en el lavado de capitales, complemento necesario para muchos de los casos más graves de corrupción.¹³ En este

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

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

13. Vid. SAURA GARCÍA, Pedro: “Paraísos fiscales y corrupción”, en *Temas para el debate*, N° 223 (jun.), 2013. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, en especial p. 88 y ss.



punto, la actuación de la OCDE se ve favorecida por la naturaleza global de la reciente crisis económica y por la política que en igual dirección han seguido los países del G20.

El punto de partida seguido por la OCDE para afrontar esta realidad ha sido la elaboración de la más conocida lista de Estados considerados como paraísos fiscales, lista que a lo largo de los años ha pasado de “negra” a “gris”¹⁴ y en la que se ha avanzado como instrumento para limitar el secreto bancario, reforzar las relaciones económicas entre los Estados y favorecer las políticas fiscales nacionales.¹⁵ No se derivan, por tanto, de estas medidas obligaciones directas de contenido penal, pero ciertamente la supresión de estas políticas de opacidad fiscal es una pieza clave

14. A final de la última década del pasado siglo la OCDE asume como objetivo la actuación contra los paraísos fiscales y señala una lista de 41 países y 21 territorios que le merecían esta consideración. La crisis económica y la presión del G20 hizo que los países de la lista original fuera disminuyendo, entre otras razones porque era relativamente fácil abandonar la lista, bastaba con suscribir 12 convenios bilaterales, donde se comprometían a intercambiar información fiscal, pero estos convenios podían ser entre países que se encontraban en la lista. Sobre este punto véase GARZÓN ESPINOSA, Alberto: *Paraísos fiscales en la globalización financiera*, cit., p. 144.

El último test de transparencia de la OCDE no ha sido superado por Brunei, Dominica, Micronesia, Guatemala, Líbano, Liberia, Islas Marshall, Nauru, Panamá, Trinidad y Tobago, Vanuatu.

15. Cada Estado puede tener su propia lista de “paraísos fiscales”, con consecuencias sobre las relaciones económicas con los mismos. En España la lista de los 48 Estados y territorios que merecen esa consideración, aparece recogida en el RD.1080/1991, de 27 de mayo. El Ministerio de Hacienda en la última actualización de esta lista de diciembre de 2014, reduce la lista a los 33 Estados y territorios, que a continuación se relacionan: 1. Emirato del Estado de Bahrein, 2. Sultanato de Brunei, 3. Gibraltar, 4. Anguilla, 5. Antigua y Barbuda, 6. Bermuda, 7. Islas Caimanes, 8. Islas Cook, 9. República de Dominica, 10. Granada, 11. Fiji, 12. Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), 13. Islas Malvinas, 14. Isla de Man, 15. Islas Marianas, 16. Mauricio, 17. Montserrat, 18. República de Naurú, 19. Islas Salomón, 20. San Vicente y las Granadinas, 21. Santa Lucía, 22. Islas Turks y Caicos, 23. República de Vanuatu, 24. Islas Vírgenes Británicas, 25. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, 26. Reino Hachemita de Jordania, 27. República Libanesa, 28. República de Liberia, 29. Principado de Liechtenstein, 30. Macao, 31. Principado de Mónaco, 32. Sultanato de Omán, 33. República de Seychelles.



de carácter preventivo en la lucha contra el aprovechamiento de los beneficios de los grandes delitos económicos, entre los que se encuentran los supuestos más graves de corrupción.¹⁶

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

Las medidas propugnadas por la Unión Europea contra la corrupción comienzan a adoptarse en los últimos años del pasado siglo y pueden situarse dentro de lo que en principio constituye el contenido de un “Derecho penal europeo”,¹⁷ teniendo como objeto la protección de los intereses financieros de la Unión y la delincuencia transfronteriza, rasgo este que suele concurrir en las conductas más graves de corrupción.

Los primeros pronunciamientos de la Unión Europea en este campo tienen por finalidad afrontar la posible corrupción de

16. Pero no se crea que la opacidad fiscal solo se da en los Estados incluidos en las listas de la OCDE, sirva de muestra la sentencia del conocido como caso “ballena blanca”, TS 974/2012 de 5/12/2012 que, en sus hechos probados, recoge cómo “Por lo general, la persona jurídica extranjera era una sociedad constituida en el Estado norteamericano de Delaware cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o título constitutivo”. HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan: “Crisis financiera, rescates bancarios y paraísos fiscales”, en *El viejo topo*, n° 253, 2009, p. 56, no duda en calificar a este Estado como “el paraíso fiscal que no figura en la lista de la OCDE”.

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



los funcionarios comunitarios para garantizar la protección de sus intereses financieros.¹⁸ Este es el sentido de los dos primeros convenios, de 1996 y 1997, que pretenden que las legislaciones penales de los Estados miembros tipifiquen como delito “actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”.¹⁹ Estos Convenios fueron completados por el Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997, dada la conexión de la corrupción con esta forma de delincuencia.²⁰

Junto a este camino la Unión Europea ha propugnado el castigo de la corrupción privada para garantizar la libre competencia, aquí la dimensión de las consecuencias económicas de la corrupción constituye la clave para el recurso al Derecho penal, que aparece prescrito por la “Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”,²¹ que había sido precedida en 1998 por una “Acción común sobre la corrupción en el sector privado”. El art.

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

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

20. Sobre este Plan, vid. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 93.

21. Sobre antecedentes, contenido y problemas que plantea puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: “Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 89, 2011, p. 159 y ss.



4 de la Decisión Marco establece de forma taxativa el uso del Derecho penal en estos casos de corrupción²² y en los dos artículos siguientes establece la adopción de medidas penales o administrativas frente a los comportamientos de corrupción llevados a cabo por personas jurídicas.²³

Por su parte, el Consejo de Europa creado con el objetivo de defender los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la democracia, ha desarrollado siempre una política muy activa frente a la corrupción.²⁴ La pieza clave es la Convención penal contra la corrupción, de 1999,²⁵ ratificada por España en 2005 y en vigor a partir de 2010, en cuyo preámbulo se afirma que la corrupción “constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socaba los principios de una buena administración, de la equidad y de la jus-

22. El artículo 4 de esta Decisión marco obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que incluyan una pena privativa de libertad de una duración máxima al menos de uno a tres años.

23. Ante la tardanza de los Estados en aplicar el contenido de esta Convención, la Comisión pretendió potenciar su lucha contra la corrupción a través de una Comunicación, en 2003, titulada “Una política global de la Unión Europea contra la corrupción”, http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/normativas/politica%20global%20de%20la%20ue%20contra%20la%20corrupcion.pdf recoge el texto de esta Comunicación (acceso 14/1/2015). Su contenido es una invitación imperativa a los Estados miembros a que adopten políticas activas de lucha conjunta contra la corrupción.

24. A partir de la Conferencia de Ministros celebrada en 1994 en Malta, inicia la adopción de medidas contra la corrupción. Vid. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 100 y ss.

25. La Convención civil de 1999 requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtuvieron el 1/11/2003. España la firmó en 2005, la ratificó en 2009 y entró en vigor el 1/4/2010. En la actualidad la Convención tiene 35 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 7 firmas aún no seguidas de ratificación. Ver la información sobre la Convención en www.coe.int/greco (acceso 1/2/2015).



ticia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”.²⁶

Esta Convención penal contempla la incorporación a la legislación penal de los Estados firmantes de una serie de delitos referidos a la corrupción. Su contenido es mucho más amplio que otros instrumentos internacionales, pues aborda el cohecho tanto en el ámbito público como en el privado y en el internacional, y en los tres supuestos, tanto el activo como el pasivo. Además incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una muy amplia serie de medidas procesales y preventivas. La Convención penal está completada por otra de carácter civil del mismo año, también vigente en España a partir de 2010, que recoge indemnizaciones para las víctimas de la corrupción.²⁷

El Consejo de Europa, para el seguimiento de la aplicación por los Estados de su política contra la corrupción, creó, a partir de 1998, el Grupo de Estados contra la Corrupción, GRECO,²⁸ del

26. El Consejo ha adoptado distintas medidas que arrancan de su “Programa de Acción contra la corrupción” de 1996. Al año siguiente el Consejo de Ministros aprobó el 6/11/1997 “Veinte principios directivos para la lucha contra la corrupción”. El año 2000 el Consejo de Ministros adoptó una recomendación estableciendo un “Código de conducta de los funcionarios públicos” y en 2003 otra Recomendación para el establecimiento de unas “Reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales”. El texto de todos estos documentos puede consultarse en http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm (acceso 1/2/2015).

27. La Convención civil de 1999, requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtuvieron el 1/11/2003. España la firmó en 2005, la ratificó en 2009 y entró en vigor el 1/4/2010. En la actualidad la Convención tiene 35 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 7 firmas aún no seguidas de ratificación. Ver la información sobre la Convención en www.coe.int/greco (acceso 1/2/2015).

28. Sobre GRECO, puede consultarse la amplia información contenida en su página web www.coe.int/greco.



que forma parte España y que periódicamente emite, en diálogo con las autoridades de cada país, informes sectoriales sobre las medidas seguidas por los Estados en su lucha contra la corrupción, con evaluaciones y recomendaciones, de cuyo cumplimiento se hace un ulterior seguimiento.²⁹

5. Desde un punto de vista político criminal es obligado considerar el Informe de la Comisión de enero de 2014 sobre la lucha contra la corrupción que dirige al Consejo y al Parlamento.³⁰

Dentro de este Informe, para este estudio, tiene particular interés el anexo referido a España.³¹ La lectura del mismo pone de relieve cómo el éxito de la lucha contra la corrupción en España depende, más que de nuevas reformas penales, de la aplicación

29. La cuarta ronda de evaluación de las medidas contra la corrupción se ha centrado en la “Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales”, el informe sobre España es público desde el 15/1/2014. Las tres anteriores rondas trataron, la primera sobre la situación general de la corrupción y la lucha contra ella en España, la segunda abordó tres temas, “Los productos de la corrupción. Administraciones públicas y corrupción y Personas Jurídicas y corrupción”, y la tercera sobre “Transparencia de la financiación de los partidos políticos”. A los documentos de las cuatro evaluaciones sobre España y sobre los demás países se puede acceder en www.coe.int/greco.

30. COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, Bruselas, 2014, el texto completo puede verse en: ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library (acceso 20/1/2015). El origen de la elaboración de este Informe viene de 2011 en una Comunicación de la Comisión al constatar que “la aplicación del marco jurídico de lucha contra la corrupción sigue siendo desigual de un Estado miembro a otro y, en general, no es satisfactoria. No todos los Estados miembros han transpuesto la legislación de la UE contra la corrupción”, vid. COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Y Social Europeo*, Bruselas, 2011. El texto completo aparece en distintas direcciones electrónicas, se ha utilizado http://euored.ccoo.es/euored/Instituciones_UE:Comision_Europea (acceso 20/1/2015).

31. El texto de este Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España, al que ya nos hemos referido, puede verse en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf.



de las que ya se llevaron a cabo o de reformas en otros ámbitos que doten de eficacia a la política criminal contra la corrupción.

En su diagnóstico, el Informe considera como cuestiones que están en el punto de mira en nuestro país la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, el conflicto de intereses y la publicidad del patrimonio, el desarrollo urbano,³² la contratación pública³³ y la transparencia y acceso a la información.

Los autores del Informe subrayan las reformas ya llevadas a cabo, e incluso consideran algunas buenas prácticas en la contratación pública a nivel local,³⁴ en la transparencia, en el acceso a la información y en la mejora de los índices de transparencia en la Administración municipal. Pero enumeran cuatro aspectos en los que se requiere profundizar, en concreto: seguir trabajando en la normativa de la financiación de los partidos políticos;³⁵ desarrollar estrategias a la medida para las administraciones regional y local; desarrollar códigos de conducta para los cargos

32. Sobre este punto, véase OLAIZAOLA NOGALES, Inés y otros: *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

33. Sobre la corrupción dentro de la contratación pública puede consultarse por todos JAREÑO LEAL, Ángeles: “La corrupción en la contratación pública”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (dir.): *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, p. 149 y ss.

34. COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, cit., p. 14, pone como ejemplo de buena práctica “la creación de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública en Cataluña o de la Comisión Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, ha fijado estándares de transparencia más estrictos, centralizado la recopilación de datos y mejorado el escrutinio de los procedimientos de contratación pública”.

35. Sobre este punto es consulta imprescindible la reciente monografía de OLAIZAOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.



electos a nivel central, regional y local;³⁶ finalmente, en la contratación pública tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de cuentas y organismos análogos.

6. El examen de estos dos grupos de condicionantes de la política criminal frente a la corrupción nos lleva a formular ya una serie de observaciones. Es incuestionable que la nueva realidad de la corrupción requiere una nueva política criminal. Dentro de ella nadie discute la necesidad de recurrir al Derecho penal frente a sus formas más graves, pero parece claro que los instrumentos internacionales y la racionalidad en el recurso a las penas, constitucionalmente requerido, permite sostener que existe un importante y largo camino a recorrer fuera del Derecho penal para afrontar con eficacia la lucha frente a la corrupción.

Existe el riesgo, en el que es propenso a incurrir el legislador, de, en razón de las que hemos calificado como causas nacionales de la corrupción, se recurra de forma reiterada a la adopción de medidas que se sitúan dentro del valor simbólico inherente al Derecho penal. Los peligros de la prevención general positiva con la búsqueda de una legitimación en la opinión pública³⁷ han estado y están presentes en este campo, baste recordar las valoraciones que sobre la situación en España recoge el Informe de Transparencia Internacional, que se sintetizan en la constatación de la existencia en la sociedad de una sensación de impuni-

36. COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, p. 16, donde valora como importante “garantizar el necesario marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno, incluido un mecanismo de supervisión independiente de la mano de un sistema de sanciones disuasorias”.

37. Sobre este punto, por todos, LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Bem jurídico penal*, Quartier Latin, São Paulo, 2014, p. 213 y ss.



dad respecto a la corrupción, que por otra parte no corresponde con la realidad.

Por otro lado, las nuevas conductas de corrupción penalmente relevantes participan de toda la problemática político criminal y dogmática que, con carácter general, presenta el denominado “moderno Derecho penal”.³⁸

En síntesis, es la hora no de nuevas reformas en la legislación penal, sino de la colaboración internacional, de los necesarios cambios procesales,³⁹ de las modificaciones de regulaciones administrativas, de la aprobación de nuevas normativas, y de asumir políticas que trasmitan y garanticen la transparencia y la eficacia.

Pensar que evitar la corrupción depende solo de las reformas penales realizadas y que pasamos a exponer en el siguiente apartado es, cuanto menos, ingenuo. La corrupción es plural en sus causas y en sus manifestaciones y posee rasgos propios en cada país. Una realidad compleja exige respuestas complejas que van mucho más allá del contenido del articulado del Código Penal.

38. Sobre los problemas de la incorporación de estos nuevos contenidos al Derecho penal, por todos, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, o HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

39. Los problemas procesales vinculados a la complejidad de muchos de los casos de corrupción es motivo de la prolongación de los procesos con las consecuencias negativas de todo tipo que de ello se derivan. Ver sobre esta problemática el reciente artículo de RUZ GUTIÉRREZ, Pablo: “Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 11, 2015, p. 203 y ss.



III. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

7. Como se irá exponiendo, en el caso de la corrupción la mayor parte de los cambios legislativos de carácter penal derivados de los distintos convenios internacionales suscritos por España ya se habían producido con anterioridad a 2015. En las páginas que siguen, sin pretensión de exhaustividad, se busca llevar a cabo una consideración conjunta de las distintas reformas que pueden vincularse a la respuesta penal frente a la corrupción, ya sea nacional o internacional, tomando como punto de partida las consecuencias que esta tiene en la actualidad.

Un primer grupo de reformas aborda lo que en puridad se puede denominar corrupción internacional con distintos contenidos, por un lado la necesidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales recojan comportamientos realizados por funcionarios de las distintas instituciones internacionales, en este sentido es clara toda la normativa generada por la Unión Europea y la propia Convención de Mérida.

Por otro, y a veces vinculada a este tipo de comportamientos, se encuentra la necesidad de afrontar la corrupción de funcionario extranjero, con la finalidad de garantizar las relaciones económicas internacionales. En este campo es determinante la actuación de la OCDE.

Un segundo grupo de propuestas y recomendaciones va dirigido a abordar las causas concretas que la corrupción presenta en España, que no excluye el que traiga consecuencias que vayan más allá de nuestras fronteras, pues finalmente la corrupción nacional, puede requerir operaciones de lavado de dinero, al que en seguida me referiré, que muchas veces se llevan a cabo en



otros países. Además, no se debe olvidar que la corrupción de un país afecta en mayor o menor medida a los restantes países con los que tiene relaciones, según sea la intensidad de las mismas, y ya sean estos vínculos de carácter político o económico.

En este grupo hay que incluir las reformas legislativas referidas a la contratación pública, a la corrupción de particulares, a la financiación de partidos políticos, a la ordenación del territorio o al medio ambiente, o la pretensión de tipificar autónomamente el enriquecimiento ilícito.

Otra serie de reformas se refieren a comportamientos que no siempre están relacionados con la corrupción, pero que pueden estar vinculados a su significación económica, pues posibilitan beneficiarse de sus efectos. Este es el caso del lavado de dinero, y como complemento necesario del mismo las actuaciones sobre los paraísos fiscales o las dirigidas a la recuperación de activos, que no tienen carácter penal, por lo que no serán abordadas en estudio.

Finalmente, hay que apuntar algunas reformas de parte general que se proyectan también sobre delitos, que implican o presuponen una conducta de corrupción, ya que facilitan su comisión, este es el caso de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, o, como en las modificaciones de la regulación del decomiso, que pretenden evitar el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de estos comportamientos.

8. En relación al **cohecho**, el denominador común de los Convenios internacionales referidos a la corrupción es demandar a los Estados firmantes la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo, lo que ya se daba en la legislación española,



pero la nueva situación internacional exigía una mejora técnica de sus contenidos, lo que se lleva a cabo especialmente en la reforma de 2010.⁴⁰

La internacionalización de la corrupción es abordada directamente en estos delitos, en un primer momento, tras la reforma de 2010, con la protección de intereses financieros de la Unión Europea, que, tal como demandaban los textos por ella generados, hacía que el delito de cohecho, de acuerdo con el art. 427 del Código Penal, comprendiera los casos en los que “los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión”.⁴¹ A continuación, en el mismo artículo recogía con am-

40. Vid. el análisis que lleva a cabo MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: “El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el Código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., en especial, p. 286 y ss. Así mismo véase el análisis de VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: Cohecho (arts. 419 y ss.), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1153 y ss., donde subraya cómo la reforma de 2010 del cohecho aparece condicionada internacionalmente y en algunos puntos por las recomendaciones contenidas en los informes del GRECO a las que ya nos hemos referido. Aunque, como pone de manifiesto OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 57 y ss., el legislador fue más allá de las recomendaciones de los informes del GRECO, al introducir importantes modificaciones en algunos tipos.

41. La Convención de Mérida da un concepto más amplio de funcionario extranjero, al que se aproxima más el Código penal español tras la reforma de 2015. En concreto el art. 2 de la Convención en dos de sus apartados establece: “b) Por ‘funcionario público extranjero’ se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por ‘funcionario de una organización internacional pública’ se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.



plitud quién merecía esta consideración.⁴² La reciente reforma del Código penal va más allá pues, además de agravar con carácter general la pena del delito de cohecho, procede a la ampliación de los funcionarios objeto de estos delitos al equiparar al funcionario nacional a los de cualquier Estado u organización internacional pública, tal como demandaba la Convención de Naciones Unidas.⁴³ Este cambio trae consecuencias sobre otros delitos, en especial sobre el tipo referido a la protección de la competencia en el marco internacional.

Importa subrayar que en el cohecho continúa en primer plano como objeto de protección el funcionamiento de

42. El art. 427, después de la reforma de 2010, establecía: “1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea: 1º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro”.

43. La redacción del art. 427 tras la reforma de 2015, queda como sigue: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”. Ver el análisis de este precepto que efectúa VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *Cohecho*, cit., p. 1179 y ss.



la Administración,⁴⁴ que tras las últimas reformas incorpora, desde 2010, la protección del buen funcionamiento de la Administración de la Unión Europea y de la de los distintos Estados miembros y desde 2015 el de cualquier otro Estado u organización internacional.

Por tanto, en el caso del cohecho no aparecen recogidas directamente en el tipo las posibles consecuencias económicas, que como vimos caracterizan las nuevas formas de corrupción y que se engloban en otras figuras delictivas.

La protección de los intereses de la Unión Europea, desde un primer momento, fue más allá de la revisión del sujeto en estos delitos y alcanza a otros, como el fraude de subvenciones o los fraudes tributarios, que en algunos casos pueden guardar conexión con conductas de corrupción⁴⁵ y en los que sí se incorpora el contenido económico de las conductas penalmente relevantes.

Por otro lado, y como adelantaba la Exposición de Motivos, la reforma de 2015 ha procedido a una agravación generalizada de la respuesta penal en los “llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública”, muchos de los cuales

44. Existen distintas posturas en relación con el bien jurídico protegido en el cohecho, con carácter general me parece convincente el análisis de las distintas posturas que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p. 27 y ss., pues tiene razón al sostener la presencia en este delito de un bien jurídico merecedor de protección por parte del Derecho penal y al situar este en el funcionamiento de la Administración y en concreto en garantizar la prestación de servicios públicos en condiciones de igualdad.

45. Ver por todos, ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.



pueden ser aplicables en casos de corrupción.⁴⁶ Esta política criminal de agravación además aparece reforzada por la introducción de una limitación para la obtención de la libertad condicional, al establecer, en el punto 2 del número 4 del excesivamente extenso art. 90, que se puede denegar su concesión “cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado”.

Todas estas reformas del cohecho pueden vincularse también a la que hemos denominado “corrupción nacional”, y muy especialmente a la necesidad de abordar su presencia en la contratación pública, a la que antes se ha hecho referencia, aunque la política criminal frente a estos comportamientos no puede limitarse al Derecho penal, sino que pasa por la profundización en políticas de transparencia y por reformas en la regulación administrativa que aborden el funcionamiento interno de la Administración⁴⁷ y, en especial, los procedimientos de contratación pública.

9. La tutela de las **relaciones económicas internacionales** con la pretensión de evitar su contaminación por comportamientos que quiebren la libre competencia es, como vimos, un objetivo

46. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 esta agravación generalizada en los delitos que pueden implicar corrupción dentro de la Administración pública, se lleva a cabo con un “aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público”, a la que une en los supuestos de más gravedad la de ejercicio de sufragio pasivo.

47. En especial, sobre contenidos de políticas preventivas frente a la corrupción en las administraciones públicas, pueden consultarse los estudios recogidos en el primer capítulo de la ya citada obra de NIETO MARTÍN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., p. 17 a 130.



prioritario para la OCDE, que hizo que el legislador español incorporase como delitos en el art. 445 del Código Penal conductas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.⁴⁸ En 2013, la OCDE emite un informe “demoledor”⁴⁹ sobre la situación en España, al constatar que durante toda su vigencia, no se había producido ni una sola condena.⁵⁰ Con lo que, por otra parte, se confirma una evidencia, que una cosa son las leyes y otra muy distinta la realidad de su aplicación.

Esta situación hace que el autor de la última reforma busque un nuevo camino para dar cabida a estos comportamientos dentro de la sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del libro II,

48. Este delito se introduce en el Código penal español por la LO. 3 del año 2000, sobre esta primera redacción véase FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. La actual redacción del artículo proviene de la reforma de 2003 y fue revisada en la de 2010. Sobre este delito es básica la citada monografía de BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., p. 145 y ss.

49. El Grupo de trabajo efectuó en la fase 2, en 2006, una serie de recomendaciones que afectan a la corrupción transnacional. A resaltar que en su Informe el Grupo de trabajo de la OCDE constata que no se ha seguido ninguna de las tres referidas a la “infracción de corrupción transnacional”, ninguna de las dos concernientes a la “responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción transnacional” y ninguna de las cinco referidas a las “sanciones aplicables a la corrupción transnacional”. Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l’Espagne de la Convention de l’OCDE sur la lutte contre la corruption*, diciembre 2012, p. 92 y ss., en <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Espagne-Phase-3-FR.pdf> (acceso 16/1/2015).

50. Textualmente afirma: “El Grupo de trabajo está extremadamente preocupado por el hecho de que después de casi 13 años desde la entrada en vigor de la infracción de corrupción transnacional en España, ninguna persona física o moral haya sido perseguida o condenada por este tema”. Vid. OCDE: *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l’Espagne de la Convention de l’OCDE sur la lutte contre la corruption*, diciembre 2012, cit., p. 5. El Informe, pp. 10 y 11, constata la existencia de cuatro asuntos en los que se inició una investigación que concluyó en archivo. En concreto, cinco se referían a relaciones comerciales con distintos países, Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia, y dos a programas internacionales de contenido económico, uno referido a comercio de material militar y otro al programa de Naciones Unidas “petróleo contra alimentos”.



hasta ahora denominada “De la corrupción entre particulares”, que pasa a titularse “De la corrupción en los negocios”.⁵¹ El legislador, con una técnica cuanto menos estética y sistemáticamente discutible,⁵² suprime el Capítulo X del Título XIX, “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” e incluye el contenido del farragoso art. 445, con alguna modificación que complica más las cosas, en el nuevo art. 286 ter.⁵³

La explicación a este cambio de ubicación hay que buscarla en la consideración del bien jurídico protegido en estos delitos que tendría como contenido las relaciones económicas, mientras que el buen funcionamiento de la Administración, aunque sea

51. Esta denominación se incorpora en el debate de la reforma en el Senado y sustituye a la de “corrupción en el sector privado”, que había aprobado el Congreso.

52. Aunque requiere una mayor profundización, no parecía técnicamente necesario el cambio de ubicación de este delito. El Senado con el señalado cambio de denominación de la Sección, de “corrupción en el sector privado” a “delitos de corrupción en los negocios”, salva la obvia objeción de que era difícil hablar de corrupción privada cuando uno de los sujetos de la relación de corrupción es “autoridad o funcionario público”, aunque lo sea de otro país, máxime cuando su intervención se efectúa “en relación con el ejercicio de funciones públicas”.

53. El nuevo art. 286 ter: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.



de otro país, que también resulta afectado, pasa a un segundo plano. Pero la ampliación que se efectúa en el cohecho hace que en este caso, respecto al bien jurídico, se inviertan los términos.

Es decir, respecto a la decisión político criminal de otorgar relevancia penal a comportamientos en que esté implicado un funcionario extranjero se presenta la opción entre dos caminos, según el bien jurídico que se estime como más relevante: o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales. Pues bien, el legislador ha optado por seguir los dos a la vez, lo que en lugar de solucionar problemas los genera.

Al ampliar el concepto de funcionario en el cohecho hace que sean incluíbles en él todos los comportamientos de este cohecho internacional del 286 ter,⁵⁴ lo lógico, si se asume la explicación que hemos dado al cambio de ubicación de este delito, sería plantearse un concurso ideal de delitos. Pero el legislador parece excluir esta vía y acude a incorporar una regla de concurso de leyes al establecer su aplicación “salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código”, afirmación que no constituye una ayuda para solucionar estos problemas.⁵⁵

54. Como ya ha puesto de relieve GARCÍA ALBERO, Ramón: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 574, el contenido del cohecho es más amplio que el de este delito, además “aunque el artículo 286 no incrimina más que al particular –cohecho activo– la conducta del funcionario podría ser castigada por el artículo 420 o 419 CP. Lo mismo con los sobornos impropios o subsiguientes”.

55. Sobre la regla del concurso de leyes que plantea el legislador en la nueva redacción, mi discípula, la profesora Demelsa BENITO, en diálogo que hemos sostenido sobre este aspecto de la reforma, me argumenta con razón que tampoco tiene mucho sentido, pues, valiéndonos de dos ejemplos, conduce a la siguiente situación: -Ciudadano español que soborna a un funcionario marroquí para que este realice un **acto contrario a los deberes del cargo** (cohecho propio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.



A esta primera observación hay que añadir la que se deriva del hecho de que en el 286 ter únicamente se contempla el comportamiento de cohecho activo, es decir de quien corrompe, pero no el del funcionario objeto de la corrupción cuyo comportamiento, por la ampliación del concepto de funcionario, siempre quedará dentro del cohecho. Realidad que se torna más compleja si se analiza la Ley Orgánica del Poder judicial y el campo de aplicación que se establece para el principio de justicia universal.⁵⁶

En cualquier caso, y volviendo al núcleo de la cuestión, entiendo que es difícil de sostener que la no aplicación de la legislación penal española a casos de corrupción en las relaciones económicas internacionales dependa del lugar de la colocación del tipo penal en el Código o de las modificaciones realizadas introducidas en la última reforma, que más que facilitarla la dificultan.

10. Las obligaciones internacionales de España, generadas tanto por la Convención de Mérida, aunque no la mencione, como en especial por “la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la **corrupción en el sector**

-Ciudadano español que soborna a funcionario marroquí para que este realice un **acto propio del cargo** (cohecho impropio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.

En el primer caso, hay que resolver cuál es el precepto aplicable: el nuevo 286 ter o el nuevo 427 relacionado con el 424, a su vez relacionado con el 420. Al tener ambos la misma pena, no nos sirve la regla expresada por el legislador. Por lo que habría que acudir a las reglas generales del art. 8 CP y el precepto más especial sería el 286 ter.

En el segundo caso, sería aplicable el 286 ter porque prevé una pena mayor que el cohecho propio “clásico” (424 y 420). Esta situación abre la duda de cuáles son las razones que llevan a castigar con más pena el cohecho propio “extranjero” que el cohecho propio “nacional”, tal vez tiene que ver con el bien jurídico afectado.

56. Con carácter general toda esta problemática, además de lo dicho en nota 52 puede verse PUENTE ALBA, Luz María: “Corrupción en las transacciones internacionales (art. 286 ter CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 925 y ss.



privado”, llevaron al legislador en 2010, ciertamente con bastante retraso, a incorporar al Código estas conductas de corrupción privada en el nuevo artículo 286 *bis*, con lo que pasaban a un primer plano las consecuencias económicas de la corrupción y la libre competencia como bien jurídico tutelado.⁵⁷

El artículo que recoge este delito es reformado en 2015. En primer lugar, se procede a un cambio de orden en sus dos primeros párrafos, con lo que sigue la misma sistemática del hecho, primero la conducta del corrupto y después la de quien corrompe.⁵⁸

Junto a este cambio de orden se han realizado, con desigual fortuna, otras modificaciones. Estos ataques a la competencia

57. Sobre el debate en torno al bien jurídico, que refleja distintas posiciones en Derecho comparado, y en la doctrina española, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: *Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado*, cit., p. 159 y ss. Los mismos: “Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código penal español”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 97, 2012, p. 217.

58. El art. 286 *bis*, en sus tres primeros apartados, establece: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.



se producen entre quienes intervienen en ella; en su anterior redacción el código enumeraba junto a la empresa mercantil, “sociedad, asociación, fundación u organización”, la actual redacción se limita a “empresa mercantil o sociedad”, lo que tiene un potencial de creación de problemas en cuanto los “excluidos” podían llevar a cabo comportamientos que incidan negativamente sobre la competencia. La solución, ya apuntada por la doctrina, pasa por mantener un concepto material de empresa mercantil al amparo de la jurisprudencia que sigue en la materia el Tribunal de justicia de la Unión Europea.⁵⁹

En sentido opuesto, no se alcanzan a establecer las razones que han llevado al legislador a mantener al empresario fuera de los posibles sujetos activos de este delito,⁶⁰ cuando es claro que puede incidir sobre las relaciones de competencia y máxime cuando se ha procedido a la supresión de la referencia al incumplimiento de las obligaciones, lo que supone la opción definitiva por la competencia como bien jurídico y la exclusión como objeto de protección de la lealtad del empleado con la empresa.

11. El legislador aprovechó la incorporación de este delito para dar directa trascendencia penal, en el párrafo 4 del mismo artículo, de una forma más que discutible, a la **corrupción en el deporte**, pues, entre otras cosas, es bastante difícil establecer

59. GARCÍA ALBERO, Ramón: *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p. 571, que por otra parte no duda en calificar esta modificación del art. 286 bis como “sorprendente”.

60. En este sentido, PUENTE ALBA, Luz María: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 920.



que sea el mismo bien jurídico protegido en la corrupción en el deporte y en la corrupción de particulares.⁶¹

La reforma de 2015 ha pretendido solventar alguna de las objeciones formuladas por la doctrina a esta nueva figura delictiva. En este sentido incorpora la exigencia de que el encuentro o competición en el que se ha dado la corrupción sea de “especial relevancia económica o deportiva”⁶² y establece a continuación cuándo entiende que concurre cada una de estas relevancias. El camino más adecuado, en mi opinión, hubiera sido el exigir en la competición la presencia conjunta de ambas pues con ello el legislador se acomodaría a las razones que pueden proporcionar una explicación aceptable a que en estos casos se pueda recurrir al Derecho penal.⁶³

61. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/CERINA, Giorgio: “Algunos aspectos del nuevo delito de corrupción en el deporte”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 387 y ss. Sobre este delito pueden consultarse las monografías de CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 y BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: *El delito de “fraudes deportivos”*, Dykinson, Madrid, 2011.

62. La nueva redacción del art. 281 bis 4 establece: “Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate”.

63. El camino seguido por el legislador es ciertamente discutible. Pues vincula la relevancia económica a la existencia de cualquier modo de retribución, aunque no lo sea en todos los participantes, con lo que puede ser sujeto del delito uno de los participantes



Desde una consideración político criminal la mencionada relevancia económica o deportiva donde efectivamente parece concurrir, en términos que se adecuan a las exigencias constitucionales de racionalidad en la utilización del Derecho penal, es en los supuestos de agravación que recoge el 286 *quater*.⁶⁴

12. La reforma de 2015 introduce en el Libro II del Código penal un nuevo Título, **“De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”**, presentado como uno de los cambios legislativos más demandados por la opinión pública para abordar el problema de la corrupción. El procedimiento seguido⁶⁵ para su introducción y el propio contenido de los dos nuevos artículos llevan a pensar, una vez más, en el recurso simbólico al Derecho penal por parte del legislador.

La legislación española opta por una financiación de los partidos políticos de carácter mixto de origen público o privado y ha sido objeto de distintas y sucesivas regulaciones administrativas.⁶⁶ El debate doctrinal en este tema se ha centrado en cuestio-

que no recibe retribución. Además, por otro lado, la retribución puede ser mínima. Entiendo que la “especial relevancia económica” tenía que haberse vinculado al otro criterio, el de la “especial relevancia deportiva”, que además el legislador define. La vinculación de los dos criterios proporcionaría una explicación a la inclusión de estos comportamientos en este lugar del Código.

64. Art. 286 *quater in fine*: “En el caso del apartado 4 del artículo 286 *bis*, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional”.

65. Como recuerda MAROTO CALATAYUD: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 757, estos nuevos delitos se incorporaron ya en la fase de enmiendas al entonces Proyecto de reforma, también vid. pp. 760-761.

66. La regulación de la financiación de los partidos políticos no se produce hasta la 1987, LO 3/1987 de 2 de julio sobre financiación de los partidos políticos. Veinte años



nes como la regulación de las fuentes de financiación, la cuantía de las aportaciones y la necesaria transparencia de las mismas.⁶⁷ Pero la realidad ha puesto de relieve las insuficiencias de la regulación administrativa y los problemas que, cuando se ha llevado a cabo, ha presentado el recurso al Derecho penal a través de la aplicación de distintas figuras delictivas.⁶⁸

Por otra parte, la realidad de la corrupción en nuestro país y el papel que en la misma juegan los partidos políticos quedó reflejada en el Informe del grupo Greco, que en su tercera ronda estuvo dedicado a la “Transparencia de la financiación de los partidos políticos”.⁶⁹

Ciertamente no todos los supuestos de financiación ilegal de los partidos políticos están relacionados con supuestos de corrupción, pero la realidad de nuestro país nos demuestra que esa vinculación, con mucha frecuencia, está presente al constituir la

más tarde fue sustituida por la LO 8/2007 de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos, modificada por la LO 5/2012 de 22 de octubre y de nuevo modificada por LO 3/2015 de 30 de marzo, de control de las actividades financieras de los Partidos Políticos.

67. Una buena síntesis de las distintas posturas sobre financiación de los partidos políticos y las ventajas e inconvenientes de cada sistema puede verse en OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 87 a 98.

68. Ver la exposición que realiza, MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político criminal*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013, en www.academia.edu, p. 79 y ss., en especial el epígrafe “El nuevo siglo. De Filesa a Gürtel”, p. 150 y ss. También, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 100 en nota 155.

69. Puede verse este Informe GRECO de la tercera ronda en www.coe.int/greco, que se fundamenta en la recomendación del Comité de Ministros sobre las reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales. A resaltar cómo sus recomendaciones jurídicas no son precisamente de carácter penal.



aportación a la financiación el precio del uso desviado del poder, muy especialmente en el ámbito de la contratación pública. El actual caso Gürtel o el histórico caso Filesa, aunque no sean los únicos, son buenos ejemplos de esa realidad y de los problemas que presenta la aplicación a estos casos del Derecho penal.

Ante esta situación un sector de la doctrina española ya había demandado la necesidad y la conveniencia de una respuesta penal plasmada en una tipificación específica de las conductas de financiación ilegal de mayor gravedad.⁷⁰ La razón clave, que comparto, está en la presencia de un bien jurídico merecedor de protección que radica en el papel constitucional que juegan los partidos políticos, que se ve afectado por las conductas de financiación ilegal de los mismos. Aunque no hay que olvidar el carácter de *ultima ratio* del recurso al derecho penal, que debe plasmarse en diferenciar entre financiación ilegal, que puede acarrear sanciones administrativas, y financiación penalmente relevante.

Buena parte de las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos o relacionadas con ellas, podían tener relevancia penal a través de distintas figuras del Código,⁷¹ pero ciertamente, como recuerda la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, no existía en nuestro Código Penal una figura que re-

70. Son claves los estudios con propuestas de tipificación como delito autónomo que realizan NIETO MARTÍN, Adán: “Financiación ilegal de los partidos políticos”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán: *Fraude y corrupción en el Derecho económico europeo*, cit., p. 117 y ss., MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos...*, cit., p. 365 y ss., y recientemente y con un significativo título, OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, cit., p. 197 y ss.

71. Ver el análisis que lleva a cabo OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, p. 136 a 190.



cogiera de modo expreso esta forma de corrupción y “con esta modificación se castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político”. Para lograr este objetivo procede a la incorporación de este nuevo Título.

La reforma de 2015 toma dos decisiones, por un lado, establecer en el art. 304 bis como delitos una serie de infracciones de la normativa de financiación privada de los partidos políticos y por otra, en el art. 304 ter, crear la figura de asociación ilícita concebida para la financiación ilegal de los partidos políticos. El problema es que el contenido de estos nuevos delitos es objetable técnica y político criminalmente.

El 304 bis⁷² está construido como una ley penal en blanco que toma como referencia la Ley Orgánica sobre Financiación de

72. El nuevo artículo 304 bis establece: “1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5. Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea esta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7. Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.



partidos políticos, en concreto su art. 5.1.⁷³ Esta redacción del nuevo delito es fuente de nuevos problemas técnicos y político criminales.⁷⁴ La remisión que lleva a cabo al mencionado artículo de la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos, implica el considerar como constitutivos delitos a “las donaciones anónimas, finalistas o revocables”, a “donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales” y a “donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica”. Esta redacción y el necesario respeto al principio de legalidad impiden la referencia a otros preceptos de la ley de financiación, lo que supone que quedan fuera de este delito los casos en los que la financiación tenga carácter público y los supuestos en los que la financiación sea de origen privado. También la técnica de estricta ley penal en blanco, seguida en este tipo, lleva a dejar fuera a las condonaciones de créditos ban-

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

73. El artículo 5 establece: “Límites a las donaciones privadas. Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables. b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales. c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e). Dos. Todas las donaciones superiores a 25.000 euros y en todo caso, las donaciones de bienes inmuebles, deberán ser objeto de notificación al Tribunal de Cuentas por el partido político en el plazo de tres meses desde su aceptación”.

74. Pueden verse las primeras críticas en PUENTE ABA, Luz María: “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 949 y ss. Y en MAROTO CALATAYUD, Manuel: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 755 y ss.



carios⁷⁵ o a la financiación realizada a través de fundaciones,⁷⁶ y a tener dificultades para incluir las donaciones de inmuebles. Tampoco son menores los problemas que traen consigo las relaciones entre la responsabilidad administrativa y la posible responsabilidad penal.⁷⁷

Finalmente, como ya ha apuntado la doctrina,⁷⁸ las figuras agravadas son político criminalmente discutibles, pues abren problemas prácticos para la determinación de la cuantías y dejan para que sean establecidos por los tribunales los criterios para la determinación de la “especial gravedad” que llevaría a la aplicación de la pena de mayor entidad.

Como se adelantaba, el nuevo Título se completa con la introducción de un nuevo delito en el art. 304 ter,⁷⁹ referido a la participación en “estructuras u organizaciones” que tengan por

75. Para la importancia que en este tema tienen las deudas bancarias de los partidos y los efectos de sus posibles condonaciones, ver los datos que analiza OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos*, cit., p. 101.

76. Sobre la exclusión de las fundaciones, ver las páginas que dedica al tema PUENTE ABA, Luz María: “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 955 y ss.

77. MAROTO CALATAYUD, Manuel: “Financiación ilegal de partidos políticos”, cit., p. 762.

78. Tiene particular interés el análisis que de las figuras agravadas lleva a cabo MAROTO CALATAYUD, Manuel: “Financiación ilegal de partidos políticos”, cit., p. 763 y ss.

79. El art. 304 ter establece: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.



finalidad la financiación, “al margen de lo establecido en la ley”, de “partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”.

El nuevo delito es una forma agravada del preexistente de asociación ilícita del art. 565: 1º, “las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas, promuevan su comisión”, lo que hace surgir como primera duda la de la necesidad de esta nueva figura, si no crea más problemas que los que pretende resolver. Sobre este punto de partida llaman la atención al menos dos problemas, que para el legislador sea más grave la pertenencia a esta “estructura u organización”, que la propia actividad de financiación. Con lo que al final es más grave la conducta del que financia, externo al partido, que la de quien es financiado, el partido.⁸⁰ La confusión se agudiza con la expresa referencia en el tipo a que la financiación que se pretende lo sea “al margen de lo establecido por la ley”, términos que implican una mayor amplitud que lo penalmente relevante, con lo que vuelven a aparecer aquí los problemas vinculados a la confusión entre financiación ilegal y financiación delictiva.

El contenido de este nuevo título constituye un claro ejemplo de utilización simbólica del Derecho penal. Efectivamente aparece como necesaria la incorporación al Código Penal de los supuestos de mayor gravedad de financiación ilícita de los partidos políticos, pero el camino escogido ha sido pretender demostrar a la opinión pública que se dota expresamente de carácter delictivo a las conductas que parece que están presentes en el caso Gürtel, lo que, como se ha pretendido exponer, aunque fueran

80. En igual sentido MAROTO CALATAYUD, Manuel: “Financiación ilegal de partidos políticos”, cit., p. 764 y ss.



tipos aplicables a un hipotético caso de contenido análogo, generan lagunas y plantean problemas técnicos de no fácil solución. Únase a todo ello la no excesiva gravedad de las penas previstas y las previsible dificultades para su posible futura aplicación y se tiene el cuadro completo de utilización simbólica del Derecho penal.

Tiene que volverse a recordar que la eficacia de cualquier política criminal pasa por tener presente que esta no puede reducirse al recurso al Derecho penal. Esto sin duda ocurre también respecto a la corrupción referida a los partidos políticos que, además, no se puede limitar a la consideración como delitos independientes de estas conductas, aunque los tipos penales estuvieran correctamente formulados.

También son exigibles tanto conductas internas de transparencia como la existencia de controles externos de sus finanzas,⁸¹ todo ello unido a no hacer depender la responsabilidad política de sus miembros o dirigentes de su eventual responsabilidad penal, pues el límite de la responsabilidad política debe comenzar mucho antes de que se inicie el de la responsabilidad penal.

13. Con frecuencia la financiación ilegal de los partidos políticos aparece relacionada con el **delito de tráfico de influencias**. Este delito fue introducido por la reforma de 1991 y su redacción en el Código de 1995 ha sido objeto de reforma en 2010 y en 2015.

Con carácter general se busca aquí afrontar el mercado de las influencias sobre quien tiene capacidad para tomar decisiones

81. Vid. en NIETO MARTÍN, Adán/MAROTO CALATAYUD, Manuel (directores): *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, cit., en especial los estudios recogidos en los capítulos II y III, p. 131 y ss.



que redunden en el beneficio económico privado, es decir, la conducta de corrupción. Pero, a diferencia del criterio utilizado en el cohecho, el legislador dota de relevancia penal solo al comportamiento de quien ejerce sus influencias, diferenciando cuando se trata de funcionario, art. 428, y cuando se trata de un particular, art. 429, y completa en el art. 430⁸² con la tipificación de la conducta de quien ofrece estos servicios.

Como ya ha señalado la doctrina,⁸³ las conductas descritas en los dos primeros artículos en parte podían llevarse a supuestos de participación en otros delitos y no así el caso del 430, que constituye un acto preparatorio que por sí mismo sería impune.

Sobre este punto de partida hay que subrayar dos cuestiones, en primer lugar, su directa relación con la corrupción y dentro de ella muchas veces con conductas de las denominadas personas políticamente expuestas y con la financiación ilegal de los

82. Tras la reforma de 2015, el art. 430 establece: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

83. Por todos, ver CUGAT MAURI, Miriam: “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-07, <http://criminet.ugr.es>, p. 3 y ss.



partidos políticos⁸⁴ y, en segundo lugar, su escasa aplicación,⁸⁵ pese a que sea un hecho difícilmente discutible su frecuencia en nuestra sociedad.

La incorporación como nuevo delito político criminalmente ha sido, una vez más, una prueba de la utilización simbólica del Derecho penal y además su muy escasa aplicación frente a la realidad de la corrupción contribuye a potenciar los efectos negativos de esta, en especial al potenciar la deslegitimación del sistema y la pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema legislativo y en los responsables de su aplicación, justamente lo contrario de lo que con frecuencia el legislador dice que pretende buscar.

La situación se refuerza con el hecho de que las dos mencionadas reformas lo que han buscado ha sido, simplemente, incorporar la referencia a las personas jurídicas y agravar las penas. Pero frente a esta situación de escasa aplicación, no se aborda ni el examen de las causas de la misma ni la validez del camino escogido, y, por otro lado, tampoco se procede a intentar resolver los problemas técnicos que presentan estas figuras delictivas, en buena parte vinculadas a su proximidad con la inducción a la prevaricación o con el cohecho.⁸⁶

84. Lo pone de relieve con abundancia de ejemplos MAROTO CALATAYUD, Manuel: *Corrupción y financiación de partidos políticos*, op. cit., en especial pp. 286 a 296.

85. Subrayado por CUGAT MAURI, Miriam: “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, cit., p. 10, “los más de veinte años transcurridos desde la introducción del nuevo tipo hasta la fecha demuestran que ni se ha terminado con la práctica que se quería combatir ni han proliferado las condenas por ese título”.

86. Es particularmente ilustrativo el análisis que lleva a cabo CUGAT MAURI, Miriam: “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, cit., p. 4 y ss., o VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: “El tráfico de influencias”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 1192 y ss.



14. La búsqueda de eficacia en la lucha contra el delito lleva al legislador a veces, en la tensión eficacia-garantía, a plantear el sacrificio de garantías en búsqueda de resultados contra el delito que no llegan a producirse. Este rasgo clásico de la utilización simbólica del Derecho penal aparece también en un campo como el de la corrupción, en el que el peso de la opinión pública es particularmente elevado.

Esta situación se ha plasmado en algunos ordenamientos, con el apoyo en la Convención de Mérida,⁸⁷ en la inclusión del delito de **enriquecimiento ilícito**. Ciertamente, en el posible debate en España acerca de su inclusión en nuestra legislación, tiene que pesar la posición que ha mantenido el Tribunal constitucional portugués⁸⁸ al rechazar esta figura delictiva por contravenir exigencias constitucionales, en especial las vinculadas a la presunción de inocencia.

Un tipo penal con este contenido está construido como un delito de sospecha, constituye por tanto una manifestación de responsabilidad objetiva, al elevar a la consideración de delito lo que en realidad constituye una prueba indiciaria, la no

87. El art. 20 de la Convención de Mérida abre esta posibilidad, aunque la supedita a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico nacional. En concreto dispone que: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

88. El Tribunal Constitucional portugués declaró inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito que se había incorporado al Código Penal, fundamentalmente por suponer una inversión de la carga de la prueba, vid. “Acórdão do Tribunal Constitucional nº 179/2012, Processo nº 182/12”, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html> (acceso 1/2/2015).



justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial, la sospecha, por tanto, de la comisión de un posible hecho delictivo. Una figura delictiva así construida implica un ataque a la presunción de inocencia y una inversión de la carga de la prueba,⁸⁹ por lo que merece una consideración positiva que no esté presente en nuestro ordenamiento.

15. Todos los informes internacionales sobre la corrupción en España ponen de manifiesto una presencia particularmente importante de la misma en el ámbito municipal, proyectada sobre todo en los excesos que se produjeron en el urbanismo y en la **ordenación del territorio** con la finalidad de favorecer un desordenado y enloquecido auge de la construcción.

La respuesta penal expresa a esta situación comienza a producirse en el Código de 1995, tras un frustrado intento en el Proyecto de 1980,⁹⁰ con la incorporación al mismo de un capítulo titulado “De los delitos sobre la ordenación del territorio”.

En las casi dos décadas de vigencia del código ha quedado evidente la realidad de la corrupción a gran escala en algunos municipios dentro de las decisiones de política urbanística,⁹¹ lo que

89. En este sentido puede verse la argumentación que para rechazar la pretensión de su inclusión en el Derecho penal brasileño manteníamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: *O controle da corrupção: a experiência espanhola*, cit., pp. 373-374.

90. Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio: “Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (Coord.): *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, cit., p. 415. También se habían producido, como recoge el mismo autor, p. 424 y ss., algunos antecedentes jurisprudenciales, dentro de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente.

91. Es particularmente significativo el caso del municipio de Marbella. Entre los distintos pronunciamientos jurisprudenciales puede verse el reciente de la conocida como “operación Malaya”, sobre el que recayó sentencia de la Audiencia Provincial de



hizo necesaria la adaptación de la respuesta penal a esta realidad y el reforzamiento de las regulaciones administrativas. Estas reformas y en especial el contenido de la legislación administrativa excederían el objetivo de estas líneas, debido a su amplitud y a la problemática que se deriva de ser una materia de competencia de las distintas comunidades autónomas, lo que supone la existencia de regulaciones no necesariamente coincidentes.

En el campo del Derecho penal, la reforma de 2010 cambia la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, junto a ello procede a una ampliación de los tipos y a una agravación de las penas, acompañado de una modificación de la denominada prevaricación urbanística.⁹²

La abundancia de elementos normativos en los artículos 319 y 320 ha requerido un importante y complejo desarrollo jurisprudencial para la determinación del contenido de los mismos.⁹³ Finalmente, la reforma de 2015 ha incorporado, en el último momento, una precisión respecto a “la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”, al exigir que con carácter previo a la demolición estén garantiza-

Málaga de más de 4.000 folios. Con independencia de otras consideraciones, el caso en este momento tras haberse celebrado ya la vista del recurso en julio de 2014, está pendiente de la sentencia definitiva del Tribunal Supremo resolviendo los muchos recursos presentados por parte de los 52 condenados.

92. Sobre la nueva redacción véase RUBIO LARA, Pedro Ángel: “Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010”, en AA. VV.: *La corrupción a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 17 y ss.

93. Sirvan de ejemplo los términos que enumera VERCHER NOGUERA, Antonio: *Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España*, cit., p. 429 y ss., como “constructor y promotor”, “construcción” o “edificación” o “demolición”.



das las indemnizaciones al tercero de buena fe.⁹⁴ El propósito es evitar la pérdida de la vivienda o de los medios para obtener otra. El posible problema es si en la práctica se está abriendo una vía, no buscada por el legislador, para el mantenimiento definitivo de edificaciones ilegales.

16. Junto a estas figuras que tipifican comportamientos de uso desviado del poder, existe otra serie de delitos que engloban no solo conductas de corrupción, un claro ejemplo es el delito de **blanqueo de capitales**.⁹⁵ Desde que la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, incorporara al viejo Código Penal español la primera criminalización del blanqueo de capitales, tanto la regulación como la práctica de este delito han experimentado cambios trascendentales.

Las sucesivas reformas que el legislador ha introducido a lo largo de más de dos décadas han transformado radicalmente la naturaleza de esta figura.⁹⁶ En efecto, tanto la referida norma-

94. En su paso por el Senado se incorporó esta reforma en el apartado 3 del art. 319, cuya redacción queda como sigue: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

95. Sobre este delito véase la clásica monografía del especialista en esta materia, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1988, o las de ABEL SOUTO, Miguel: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*. Universidade de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2002 y *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005.

96. Presentan un alto interés los sucesivos congresos internacionales, cuatro hasta ahora, que se han celebrado en torno al blanqueo coordinados por ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson, sus ponencias y conclusiones, referidas



tiva original, como la que se incorporó al mismo cuerpo legal por obra de la Ley Orgánica 8/1992, centraron sus esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, pretendiendo hallar su contenido material en torno a la protección de la salud pública. En tal sentido, fue determinante la influencia de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 19 de diciembre de 1988.⁹⁷

La Ley Orgánica 10/1995, aprobatoria del nuevo Código Penal, ofreció a este delito una nueva regulación sobre la que se ha venido construyendo la autonomía del delito de blanqueo que reclaman los nuevos instrumentos internacionales, fundada sobre el significado socioeconómico de este género de conductas. Lo que posibilita su aplicación a conductas complementarias de la de corrupción al favorecer el disfrute de los beneficios de la misma.

Las sucesivas reformas operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 –de las que deriva la regulación hoy vigente– han

no solo al Derecho penal, han sido objeto de publicación: *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

97. El art. 3.1 de la Convención de Viena obliga a los Estados signatarios a considerar como delito entre otros a: “b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”. Texto completo de la Convención, ratificada por España, puede consultarse en: BOE, núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.



consolidado esta tendencia. Con todo, aún existen ciertas manifestaciones, tanto normativas como jurisprudenciales, que demuestran que todavía queda camino por recorrer.⁹⁸

La objeción más importante es la excesiva amplitud del tipo, constitucionalmente cuestionable y que puede llevar a castigar como iguales comportamientos que no lo son y a producir un alejamiento del bien jurídico originalmente protegido.⁹⁹

17. La Parte General del Código Penal también ha sido objeto de reformas vinculadas al Derecho penal económico y aplicables a la lucha contra la corrupción y que eran apuntadas en los instrumentos internacionales que se han expuesto. En concreto, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al decomiso.

La necesidad de que las personas jurídicas, cuando infringen las normas reguladoras de la economía, fueran objeto del poder sancionador del Estado, bien penal, bien administrativo,

98. Así, aunque se considera al blanqueo como delito autónomo de la infracción previa, aún hay vestigios de su dependencia, como es el caso de la agravación si los bienes proceden de las drogas 301.II (desde 1995) o de la corrupción o el medio ambiente 301.III, o la agravación personal en el 303 a veterinarios, facultativos, educadores... (el 303 es clónico del 372, sobre drogas). Por otro lado, hay una desatada tendencia a castigar como blanqueo actos que no tienen nada que ver con lo socioeconómico, que es el fundamento de la autonomía, utilizando la amplitud del tipo. Aparte, aún quedan asuntos por resolver en el plano dogmático. Por ejemplo, el problema del sujeto activo en el blanqueo imprudente. Gramaticalmente es común, pero el TS se pronuncia 50-50 % afirmando que es especial, afectando solo a los sujetos obligados por la Ley 10/2010 de prevención. Cuando se opta por el especial, se dice que el deber objetivo de cuidado solo se puede determinar a partir de una norma de referencia, y esa norma sería la Ley 10/2010.

99. Por todos, ver las críticas que expresa y recoge ABEL SOUTO, Miguel: "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, cit., en especial pp. 138 a 140.



aparecía, como hemos visto, en varios instrumentos internacionales.¹⁰⁰ En España, **la responsabilidad penal de las personas jurídicas** se incorpora al Código Penal en la Reforma de 2010 en el nuevo artículo 31 bis.¹⁰¹ La reforma discurre paralela a un debate doctrinal sobre la necesidad de su admisión y sobre la finalidad última de esta modificación del Código,¹⁰² y vino seguida de cambios necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰³ y de una modificación del artículo 31 bis en diciembre de 2012 para incluir, dentro de las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal, a los, hasta entonces excluidos, partidos políticos y sindicatos.¹⁰⁴

100. Puede consultarse en especial respecto a la situación en Europa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/PÉREZ, Ana Isabel: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directivas europeas y su implementación por los Estados”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.)/DE LA MATA BARRANCO, Norberto (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, p. 129 y ss.

101. Sobre la incorporación al Derecho penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la necesidad de esta decisión, antecedentes y aproximación a los problemas que plantea, vid. la aproximación que se lleva a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, cit., p. 161 y ss.

102. Una buena síntesis del debate y de las distintas posturas sostenidas puede verse en PALMA HERRERA, José Manuel: “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en PALMA HERRERA, José Manuel (director): *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 158 y ss.

103. Sobre este punto, vid. el reciente artículo de RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Revista Penal*, (35), 2015, p. 139 y ss.

104. Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modificaba el Código penal, “De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación”. Pero hay que recordar que la percepción a la que se refiere el legislador solo logra romperse con la aplicación de la ley, cosa que hasta el momento no se ha producido. Los riesgos del recurso a la utilización simbólica del Derecho penal aparecen cuando,



El examen de muchos de los informes citados en el primer apartado de este trabajo pone de relieve cómo la mayor parte de las conductas de gran corrupción son llevadas a cabo por o a través de una o varias personas jurídicas, por lo que es necesario tener presente esta realidad y plantearse, si se busca dotar de eficacia a la respuesta penal frente a la corrupción, si es político criminalmente necesario utilizar también este argumento adicional para sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁰⁵

Entiendo, de acuerdo con un importante sector doctrinal,¹⁰⁶ que la razón de ser de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa en la pretensión de buscar que las mismas establezcan controles internos, que impidan o dificulten el que a través de ellas se realicen comportamientos delictivos, entre ellos los que implican una utilización desviada del poder político, del poder económico o de ambos. Esta finalidad es cuestionada por algunos autores por entender, entre otras razones, que fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre esta base responde a principios ajenos a nuestro derecho e implica en cierta medida una privatización del poder sancionador.¹⁰⁷

como es el caso, un precepto no llega a aplicarse y la mencionada percepción es de que sí hubiera sido posible hacerlo.

105. Este punto es abordado en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, (20), 2013.

106. Por todos, NIETO MARTÍN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

107. Por todos, véase la sólida crítica que efectúa QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La reforma del régimen penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 77 y ss.



En todo el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del art. 31 bis no se ha producido aún una sentencia condenatoria de una persona jurídica,¹⁰⁸ con lo que en principio parece difícil sostener la necesidad de la reforma que se lleva a cabo en 2015 por las razones, técnicas, interpretativas y de supuestas obligaciones internacionales, que se aducen en su Exposición de Motivos.¹⁰⁹

El Consejo de Estado en su Dictamen¹¹⁰ y los primeros análisis de la doctrina¹¹¹ sobre esta Reforma, critican con dureza tanto el procedimiento seguido como el contenido de las modificaciones aquí introducidas, que dificultan más que favorecer la aplicación de la normativa penal.¹¹²

108. Hasta ahora nos consta tan solo las imputaciones de Pescanova, Bankia y el Barcelona CF, información que agradezco a la profesora Soledad Gil Nobajas de la Universidad de Deusto.

109. La Exposición de Motivos establece: “La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del 'debido control', cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”.

110. El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el entonces Anteproyecto de reforma del Código penal de 27 de junio de 2013, es especialmente crítico por la tramitación seguida por el Gobierno que lleva a la ausencia en este punto de los Informes de Consejo general del Poder judicial y del Consejo Fiscal.

111. Ver especialmente las páginas que dedica GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quater y quinquies”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit., pp. 155 a 160.

112. Subrayado especialmente por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La reforma del régimen penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 80.



El análisis del contenido de la reforma va mucho más allá de intentar precisar el contenido y límites del “debido control” y su estudio excede en mucho el objetivo de este trabajo, por lo que se apuntarán solo algunas cuestiones.

Por un lado, con su mencionado entusiasmo en la numeración de los artículos, completa y desglosa el art. 31 bis originario hasta un art. 31 bis quinquies, lo que parecía necesario dadas las distintas cuestiones que se pretendían abordar y por las dimensiones que ha adquirido el nuevo 31 *bis*.

Las dos innovaciones más relevantes son, por una parte, los cambios que se introducen en la relación de personas físicas que con su actuación pueden desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica y por otra, el establecimiento del contenido de los modelos de organización y gestión que exteriorizan el denominado “debido control” y cuya presencia puede llevar a la exención de la responsabilidad penal.

En su redacción originaria el art. 31 bis se refería a “los representantes legales y a los administradores de hecho y de derecho”. En los tres casos se trata de términos con un contenido establecido por ley y concretado por la doctrina y la jurisprudencia. La nueva redacción¹¹³ se refiere a “los representantes legales o a

113. El art. 31 bis 1 establece: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los



aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. La modificación fue informada negativamente por el Consejo de Estado y en igual sentido con razón ya se ha pronunciado la doctrina,¹¹⁴ pues la nueva redacción abre innecesarias interrogantes sobre las personas que quedan incluidas por ella.

La principal innovación de la reforma radica en establecer los contenidos que deben abordar los denominados “modelos de organización”¹¹⁵ y cuando la presencia de estos, aunque se hayan

hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

114. Véanse las páginas que dedican al tema, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La reforma del régimen penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., pp. 89-90, y GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quarter y quinquies”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit., pp. 164 a 168.

115. El art. 31 bis, apartado 5, enumera los puntos que debe contener el modelo de organización:

“Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o



quebrantado, puede determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo “nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto”¹¹⁶ se haya realizado el delito.

El camino seguido por el legislador es criticable por distintas razones tanto técnicas como político criminales. En primer lugar, el contenido que deben tener los modelos de organización y gestión debería ser objeto de la legislación mercantil, no de la penal. Por otro lado, los efectos de exclusión de responsabilidad deberían haber sido objeto de debate, máxime cuando pueden llegar a excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por los ya citados cargos de dirección.¹¹⁷

cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

116. El art. 31 bis 2, en sus cuatro primeros apartados, establece: “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2º. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

117. Con razón QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “La reforma del régimen penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 90, afirma: “la idea de que los máximos dirigentes actúan eludiendo ‘fraudulentamente’ los controles internos es, formalmente, admisible, pero



Además, la reforma, aunque mantiene la posible responsabilidad penal de partidos y sindicatos, continúa excluyendo de la misma a personas jurídicas que con carácter general “ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas”.¹¹⁸

Desde una perspectiva político criminal esta exclusión requiere una profundización en el debate, pues la política de prevención de la corrupción tiene una pieza clave en la actuación o en la intervención de las personas jurídicas en las que se articula la Administración y esta política no debería excluir sin más un posible recurso frente a ellas de la sanción penal.

18. Uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades delictivas. A esta finalidad obedece la Directiva de 3 de abril de 2014, que el legislador español utiliza como referencia en la reforma de 2015. Aunque la reforma va más allá de lo establecido por la

cuesta rebasar el plano de lo teórico y aceptar que en la práctica es posible someter a control a esos líderes, cuyas decisiones son propias y directamente ejecutadas”.

118. El art. 31 quinquies establece: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.



Directiva y es político criminalmente de dudosa constitucionalidad y técnicamente deplorable.¹¹⁹

La ampliación del **decomiso** en el Código Penal, iniciada en 2010, abandona la regulación tradicional del mismo, vinculada directamente a la realización de un hecho delictivo. La Directiva abre la puerta del decomiso ampliado, que el legislador español cruza y que ya había utilizado en 2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales.

El art. 127 bis establece el “decomiso de los bienes, efectos y ganancias” en una extensa relación de delitos entre los que se encuentran relacionados con la corrupción: delitos de corrupción en los negocios, delitos de blanqueo de capitales, delitos de cohecho y delitos de malversación. El decomiso se establece, de acuerdo con el mencionado artículo, cuando el juez o tribunal “resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito”.

El decomiso no requiere por tanto la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisados. Sino que establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias, que enumera en el apartado 2 del mismo artículo 127 bis.¹²⁰ La regulación se completa con

119. Véase la acertada crítica que formula HAVA GARCÍA, Esther: “La nueva regulación del decomiso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentario a la reforma penal de 2015*, op. cit., p. 214.

120. 127 bis: “2. A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes



la detallada regulación de otros puntos, como los supuestos en que no requiere sentencia condenatoria y el decomiso de bienes transferidos a un tercero.¹²¹

La regulación del decomiso, no solo en lo que se refiere a la corrupción, es ejemplo de la búsqueda de eficacia con el precio de la tensión con las garantías de las que es titular el ciudadano delincente, también el corrupto. Pese a la necesidad de prue-

sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

121. El Código se extiende en su detallada regulación del decomiso hasta el 127 sexies. A resaltar la regulación en 127 ter del decomiso sin condena: “1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
 b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o

c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.



bas indiciarias, del contenido de la Directiva inspiradora y de afirmaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que “el decomiso sin condena no tiene una naturaleza penal”, que transcribe la Exposición de Motivos, se abren dudas desde un derecho penal de garantías, en especial en lo que se refiere a su proximidad al ya mencionado delito de enriquecimiento ilícito de algunos ordenamientos, también mencionada en la Exposición de Motivos.

IV. CONCLUSIONES

La reflexión político criminal sobre las medidas a adoptar para afrontar las conductas de corrupción aparece hoy como una necesidad sometida a muy distintos condicionantes.

La dimensión que en la actualidad alcanza el uso desviado del poder en el propio beneficio, sus efectos económicos, políticos e institucionales, favorecidos por la internacionalización de nuestras sociedades y conectados con el desarrollo tecnológico alcanzado en las últimas décadas, delimitan una realidad muy distinta de la que tenían que afrontar códigos penales que hundían sus raíces en tiempos ya pasados.

El factor internacional juega un papel decisivo impulsado por la internacionalización de la economía y por la presencia de distintos organismos e instancias de carácter supranacional. La actuación y los instrumentos generados por Naciones Unidas, la OCDE, la Unión Europea y el Consejo de Europa, aspiran a incidir en el contenido de las políticas estatales contra la realidad de la corrupción, que describen y valoran los Informes anuales de Transparencia Internacional y que, en ningún caso, se limita al recurso al Derecho penal.



En este contexto y con estos condicionantes el legislador español en sucesivas reformas del Código de 1995 ha corregido viejos delitos e incorporado otros nuevos. Pero la consideración en su conjunto de las reformas introducidas, algunas de ellas en 2015, no merece una valoración positiva. Técnicamente, en bastantes casos, el camino seguido para las reformas, con limitaciones en el debate o ausencia del mismo, conduce a problemas de concursales y de coordinación entre las distintas figuras delictivas.

A lo que hay que unir que, desde una perspectiva político criminal, se incurre con frecuencia en un uso simbólico del Derecho penal, que busca la legitimación en la opinión pública. Pero limitarse a este camino implica olvidar el recurso a otras ramas del ordenamiento y las políticas de transparencia, que impiden o dificultan las conductas de corrupción. A lo que debe añadirse la creación de condiciones procesales y materiales, de personal e infraestructura, que faciliten frente a las conductas de corrupción una respuesta rápida con la aplicación de los nuevos tipos delictivos y las nuevas formas de responsabilidad. En caso contrario, la ausencia de aplicación de las normas trae como consecuencia la potenciación de los efectos negativos de la corrupción, justamente lo contrario de lo que se pretendía.



CRIMINALIDAD, JUSTICIA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN AMÉRICA LATINA*

Por Elías Carranza**

Es siempre muy grato y enriquecedor para mí regresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En el tiempo del que disponemos quisiera referirme a los siguientes puntos:

1. Situación del delito y la violencia en la región;
2. ¿Qué variables o factores se encuentran asociados a la violencia y el delito? Será importante determinar esto, porque si queremos reducir la violencia y el delito tendremos que actuar sobre tales factores reduciéndolos también.

Y finalmente, entonces, quisiera referirme a un tercer punto:

3. ¿Qué hacer para lograr una eficaz reducción de la violencia y el delito?

Comencemos por el primer punto.

La investigación criminológica indica que la violencia y la criminalidad, tanto la criminalidad ordinaria o convencional como la no-convencional (criminalidad de mercado o transnacional organizada) son muy altas en América Latina y el Caribe,

* Este trabajo actualiza la conferencia pronunciada en el Palacio de las Convenciones de La Habana en mayo de 2014.

** Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.



y que, medidas por las tasas de homicidios, serían las más altas del mundo.

Hay múltiples formas de violencia, que suelen tener relación entre sí. Mediremos la violencia por medio de las tasas de homicidio intencional.¹

¿Por qué haremos esto?

Porque las tasas de homicidio miden el delito de mayor violencia, que es el que acaba con la vida humana, y son el indicador más riguroso respecto de lo que pasa en materia de violencia y criminalidad en cualquier país del mundo. Son esenciales en la criminología comparada.

Aunque siempre tendremos el obstáculo de la “cifra oscura” de la criminalidad, y varios otros problemas metodológicos que habrá que sortear para lograr mediciones rigurosas y comparables entre países y entre regiones de un mismo país, el homicidio es el delito en el que estos problemas se presentan en menor medida, y es el delito que nos permite las mediciones más rigurosas, o menos inexactas.

Una dimensión de la gravedad de la situación en nuestra región en materia de homicidios nos la da el hecho de que en la actualidad hay en el mundo veintitrés países que tienen las tasas de homicidio intencional más altas, de veinte o más por cada cien mil habitantes, y dieciocho de los veintitrés se encuentran en América Latina y el Caribe. Los otros cinco se encuentran en

1. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC define al homicidio doloso o intencional como “La muerte ilícita de una persona infligida intencionalmente por otra” (*unlawful death purposefully inflicted on a person by another person*) (UNODC 2013:9).



África. Veámoslos en el siguiente cuadro, en el que hemos marcado con negrita los países de nuestra región.

Pusimos en pantalla los países del mundo que tienen 20 o más homicidios intencionales por cada cien mil habitantes. La organización Mundial de la salud considera epidémica la situación de los países que tienen tasas de homicidios de 10 o más por cada cien mil habitantes. Si tomamos su criterio el panorama de nuestra región es aún mucho más grave.

LOS 23 PAÍSES Y TERRITORIOS QUE EN EL MUNDO TIENEN 20 Ó MÁS HOMICIDIOS POR CADA CIENTO MIL HABITANTES. 2012 Ó AÑO MÁS CERCANO	
PAÍS/TERRITORIO	TASA
Honduras	90,4
Venezuela [Rep. Bolivariana]	53,7
Virgin Islands, USA	52,6
Belize	44,7
El Salvador	41,2
Guatemala	39,9
Jamaica	39,3
Swazilandia	33,8
Saint Kitts and Nevis	33,6
Sud África	31,0
Colombia	30,8
Bahamas	29,8
Congo [Rep. Democrática del]	28,3
Trinidad and Tobago	28,3
Puerto Rico	26,5



St. Vincent and Grenadines	25,6
Brazil	25,2
Rwanda	23,1
República Dominicana	22,1
Saint Lucia	21,6
Mexico	21,5
Dominica	21,1
Nigeria	20,0

E. Carranza: Elaborado a partir del “UNODC Global Study on Homicide 2013”, p. 122 y ss.

En el cuadro siguiente hemos colocado las tasas de homicidios intencionales de todos los países y territorios de las Américas desde Canadá hasta Argentina y Chile. Tomando el criterio de la OMS tenemos en las Américas que la gran mayoría de los países –veintiséis– tienen tasas de 10 ó más homicidios intencionales por cada cien mil habitantes. La región de América Latina y el Caribe es la de mayor violencia en el mundo medida por los homicidios.



HOMICIDIOS EN LOS 39 PAÍSES Y TERRITORIOS DE LAS AMÉRICAS. TASAS POR CADA CIENTO MIL HABITANTES. 2012 ó AÑO MÁS CERCANO	
PAÍS/TERRITORIO	TASA
Honduras	90,4
Venezuela [Bolivarian Republic of]	53,7
United States Virgin Islands	52,6
Belize	44,7
El Salvador	41,2
Guatemala	39,9
Jamaica	39,3
Saint Kitts and Nevis	33,6
Colombia	30,8
Bahamas	29,8
Trinidad and Tobago	28,3
Puerto Rico	26,5
Saint Vincent and the Grenadines	25,6
Brazil	25,2
República Dominicana	22,1
Saint Lucia	21,6
Mexico	21,5
Dominica	21,1
Panama	17,2
Guyana	17,0
Grenada	13,3
Ecuador	12,4
Bolivia [Plurinational State of]	12,1
Nicaragua	11,3
Antigua and Barbuda	11,2
Haiti	10,2
Paraguay	9,7
Peru	9,6
Costa Rica	8,5
Uruguay	7,9
Bermuda	7,7
Barbados	7,4
Suriname	6,1
Argentina	5,5
United States of America	4,7
Cuba	4,2
Aruba	3,9
Chile	3,1
Canada	1,6

E. Carranza: Elaborado a partir del "UNODC Gobar Study on Homicide 2013", p. 122 y ss.



Se advierte aún más la magnitud de las tasas de homicidios intencionales de los países de nuestra región cuando la comparamos con el universo de todos los países del mundo, y muy especialmente con el universo de los países de altos ingresos como es el caso de los países de Europa y algunos de Asia, como Japón y Singapur. Los países de nuestra región multiplican por cinco, por veinte, por cincuenta, y en algunos casos hasta por más de cien las tasas de homicidio de dichos países. Veámoslo en el cuadro siguiente:



TASAS DE HOMICIDIOS DE LOS PAÍSES DE INGRESOS ALTOS, MEDIOS Y BAJOS DE TODO EL MUNDO, 2012 ó AÑO MÁS CERCANO. 133 países			
PAÍS/TERRITORIO	TASA	PAÍS/TERRITORIO	TASA
Honduras	90,4	Angola	10
Venezuela	53,7	Paraguay	9,7
El Salvador	41,2	Perú	9,6
Guatemala	39,9	Russian Federation	9,2
South África	31	Kyrgyzstan	9,1
Colombia	30,8	Guinea	8,9
Congo Dem. Rep.	28,3	Philippines	8,8
Brazil	25,2	Costa Rica	8,5
Rwanda	23,1	Benin	8,4
Rep. Dominicana	22,1	Burkina Faso	8
México	21,5	Burundi	8
Nigeria	20	Iraq	8
Panamá	17,2	Somalia	8
Myanmar	15,2	Global average	8
South Sudan	13,9	Uruguay	7,9
Côte d'Ivoire	13,6	Kazakhstan	7,8
Turkmenistan	12,8	Pakistan	7,7
Tanzania	12,7	Cameroon	7,6
Congo	12,5	Mali	7,5
Ecuador	12,4	Chad	7,3
Mozambique	12,4	Eritrea	7,1
Bolivia	12,1	Lithuania	6,7
Ethiopia	12	Afghanistan	6,5
Rep. Centroafricana	11,8	Cambodia	6,5
Nicaragua	11,3	Kenya	6,4
Sudan	11,2	Ghana	6,1
Madagascar	11,1	Lao	5,9
Uganda	10,7	Argentina	5,5
Zambia	10,7	Belarus	5,1
Zimbabwe	10,6	Albania	5
Papua New Guinea	10,4	Mauritania	5
Togo	10,3	Thailand	5
Haití	10,2	Yemen	4,8



TASAS DE HOMICIDIOS DE LOS PAÍSES DE INGRESOS ALTOS, MEDIOS Y BAJOS DE TODO EL MUNDO, 2012 ó AÑO MÁS CERCANO. 133 países			
PAÍS/TERRITORIO	TASA	PAÍS/TERRITORIO	TASA
Niger	4,7	Belgium	1,6
United States	4,7	Canada	1,6
Georgia	4,3	Finland	1,6
Ukrania	4,3	Tajikistan	1,6
Iran	4,1	Slovakia	1,4
Uzbekistan	3,7	Bosnia Herzegovina	1,3
India	3,5	Hungary	1,3
Egypt	3,4	Croatia	1,2
Sri Lanka	3,4	Ireland	1,2
Viet Nam	3,3	Poland	1,2
Liberia	3,2	Portugal	1,2
Chile	3,1	Serbia	1,2
Nepal	2,9	Australia	1,1
Senegal	2,8	China	1
Bangladesh	2,7	Czech Republic	1
Turkey	2,6	France	1
United Arab Emirates	2,6	United Kingdom	1
Malaysia	2,3	Austria	0,9
Lebanon	2,2	Italy	0,9
Morocco	2,2	Netherlands	0,9
Norway	2,2	New Zealand	0,9
Syrian Arab Republic	2,2	Republic of Korea	0,9
Tunisia	2,2	Denmark	0,8
Azerbaijan	2,1	Germany	0,8
Jordan	2	Saudi Arabia	0,8
Bulgaria	1,9	Spain	0,8
Sierra Leone	1,9	Algeria	0,7
Armenia	1,8	Sweden	0,7
Israel	1,8	Indonesia	0,6
Malawi	1,8	Switzerland	0,6
Greece	1,7	Hong Kong	0,4
Libya	1,7	Japan*	0,3
Romania	1,7	Singapore	0,2

E. Carranza: Elaborado a partir de la lista del Banco Mundial de países clasificados según su Ingreso [World Development Record 2014:295] y de las tasas de homicidios de UNODC "Global Study on Homicide 2012", p. 92 y ss.

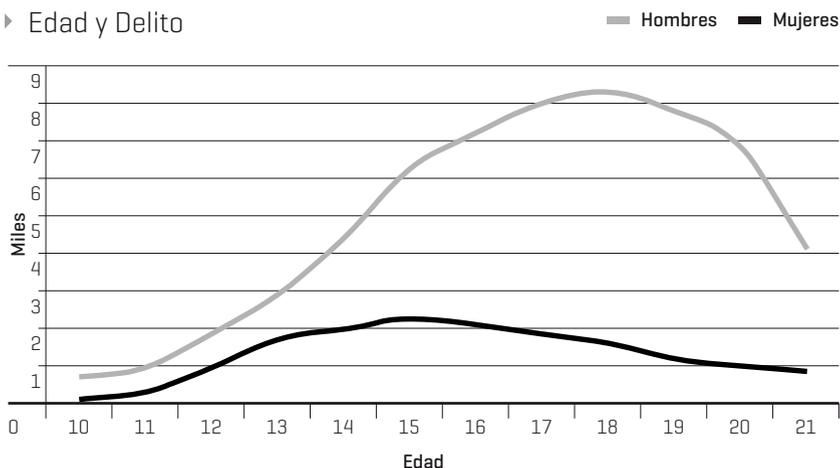


Las variables o factores que intervienen en la comisión de cada delito suelen ser múltiples: psicológicas, educacionales, familiares, sociales, de género, demográficas (particularmente relativas a los diversos grupos etarios), ocasionales o circunstanciales, culturales, económicas, etcétera. Por ello suele decirse que el delito es un fenómeno multifactorial.

Pasemos revista, muy rápidamente por razones de tiempo, a algunas correlaciones entre el delito y ciertas variables (“factores de riesgo”), y detengámonos un poco más en una que es especialmente importante. En ciencias sociales, correlaciones como las que enunciaremos suelen llamarse “leyes sociológicas”.

i) Más población joven = más delito (VOLD *et alii.*, 1998: 286 y ss.).

► Edad y Delito



Adaptado de M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Second Edition, 1997:627.



El gráfico, que tomamos del *Manual de Criminología* de la Universidad de Oxford, exhibe la tendencia general mundial de la relación entre edad y delito.

Si dibujáramos una curva actualizada y adecuada a los países de nuestra región, veríamos que el pico que se produce en los 18 años se extiende de manera más o menos plana hasta alrededor de los 30 años, y luego comienza el descenso. Hay diferencias entre países, pero esta es la tendencia general en la región.

Esta es una correlación que se verifica en todo el mundo, y que es especialmente importante para nuestros países de América Latina, porque es una región en la que la población de entre 0 y 29 años es muy alta. El Centro Latinoamericano de Demografía CELADE nos informa que para 2015 la población de América Latina de entre 0 y 29 años inclusive se estima en el 51,8% del total de la región. Solamente Cuba y Uruguay, que son los países más longevos de la región, poseen una proporción de población joven notablemente menor (CELADE, 2013). Desde otro punto de vista, por su potencial para la producción y el desarrollo, los demógrafos denominan “bono demográfico” al fenómeno que se da dentro del proceso de transición demográfica en el que la población en edad de trabajar (económicamente activa) es mayor que la dependiente (niños y adultos mayores), y por tanto, el potencial productivo de la economía es superior, y lo consideran una importante ventaja.

Para interpretar adecuadamente los efectos de esta correlación será importante tener también en cuenta otras correlaciones que veremos a continuación;



ii) Más ocio en la población joven, definido como tiempo fuera de la familia y de la escuela = más delito; y sobre todo también más criminalización de determinados sectores jóvenes de la población.²

Y nuestros países de América Latina tienen altísimos porcentajes de menores de edad fuera de la escuela. UNICEF, UNESCO, CEPAL y otros organismos alertan constantemente sobre ello.

Con el ILANUD verificamos esta correlación mediante una investigación que abarcó los diecinueve países de América Latina, más España e Italia, cuyos resultados fueron categóricos: casi el 100% de los chicos y chicas privados de libertad por delito tenían entre 3 y 5 años de retraso escolar, en todos los países estudiados, tanto en los de América Latina como en España e Italia (CARRANZA, 2001:17-19), y el retraso escolar de estos chicos y chicas resultó ser un indicador, entre varios otros, de su pertenencia a los sectores sociales más desfavorecidos;

iii) Más desempleo = más delito.

Esta correlación se da en los países de medianos y bajos ingresos. No así en algunos de los de altos ingresos, que cuentan con más adecuados sistemas jubilatorios y seguros de desempleo, no obstante exista en la actualidad cierto deterioro de sus Estados de bienestar o *Welfare State* originado en la recesión y crisis fi-

2. Es importante tener en cuenta aquí algo sobre lo que ya hay mucha coincidencia en la criminología. El vocablo “criminalidad” se refiere a los delitos cometidos, mientras que el vocablo “criminalización” se refiere a quienes, además de haber cometido delito, son captados y criminalizados por el sistema de justicia penal. En el caso de la llamada “criminalidad ordinaria”, tanto en materia de menores de edad como de personas adultas, quienes son captados y criminalizados son, en gran desproporción, las personas de clase baja o excluidas.



nanciera en esos países, que es de dominio público (CARRANZA *et alii.*, 1997:30 y 31).

Ya en 2009 el informe de enero de la OIT “Tendencias mundiales del empleo” explicaba que la crisis económica mundial aumentaría el número de trabajadores desempleados, pobres y con empleos vulnerables, y el último informe 2014 advierte con alarma que la tendencia económica es hacia la recuperación pero sin la generación de empleo. El informe calcula que en 2013 el número mundial de personas desempleadas se situó cerca de los 202 millones, un aumento de casi 5 millones respecto del año anterior, lo que significa que el empleo crece a un ritmo más lento que la fuerza de trabajo.

El grueso del aumento del desempleo se registró en las regiones de Asia y Europa, y dentro de este panorama desolador a América Latina le correspondió solamente alrededor de un 1 por ciento del aumento total del desempleo en 2013.

En cuanto al empleo informal, sigue muy generalizado en la mayoría de los países en desarrollo, y las tasas de informalidad más elevadas aparecen en Asia Meridional y Sudoriental. En América Latina, algunos países han hecho grandes progresos al mantener las tasas de informalidad por debajo del 50 por ciento, aunque los países andinos y de América Central siguen registrando tasas del 70 por ciento o superiores.

iv) Más urbanización (mayor concentración urbana) = más delito.

Cuando se analizan las tasas de criminalidad de cualquier país del mundo puede observarse que las tasas globales tienen



determinada magnitud, que casi siempre es superada por la magnitud de las tasas de los mismos delitos medidas en los centros poblacionales de mayor número de habitantes (UNODC, 2013:12).

Y América Latina y el Caribe es la región más urbanizada del planeta. Un 82% de sus habitantes vive en ciudades, lo que equivale a 480 de 600 millones, y el proceso de urbanización es muy acelerado. En los últimos cincuenta años la tasa de urbanización creció de 49% a 82%.

Y un alto porcentaje de los habitantes de nuestras ciudades viven bajo la línea de pobreza. De los 180 millones de pobres en la región, 125 millones viven en ciudades. Esto se debe a que el crecimiento demográfico ocurrió mucho más rápido que el crecimiento económico (BID, 2014).

La correlación urbanización-delito, sin embargo, no es totalmente pacífica, y hay estudios sobre todo en países de altos ingresos con reducida inequidad que no la verifican (ICPC, 2010:23). Al obtener esta correlación es importante hacerlo tomando la integralidad de las unidades geográficas urbanizadas, incluyendo en el análisis los barrios marginales con alto número de personas excluidas que suelen ubicarse en las periferias, y no tomando solo la demarcación política de los municipios. Los niveles de desigualdad –que veremos más adelante– son uno de los factores importantes asociados a las tasas de criminalidad en las zonas urbanas.

v) Más armas de fuego en poder de la sociedad civil = más homicidios y otros delitos contra las personas (UNODC, 2013:69).



Esta correlación ha sido harto verificada por la criminología en numerosos países del mundo (CARRANZA, 2000). En América Latina y en las Américas en general, las armas de fuego son el mecanismo más utilizado para cometer homicidios (66%), y los países que exhiben las tasas más altas de homicidios son también los que en más alto porcentaje los cometen con armas de fuego (UNODC, 2013:65). El negocio de la venta de armas de fuego, dizque para defensa personal, ha venido aumentando su número en poder de la sociedad civil en todos los países de la región, trayendo como resultado altas tasas de homicidios con crecientes porcentajes cometidos con armas de fuego.

vi) Más consumo de alcohol y otras drogas = más homicidios y otros delitos contra las personas (LONDOÑO, J. L. y GUERRERO, R., 1999; UNODC, 2013:15, 71-72). La incidencia del alcohol es particularmente importante en los homicidios ocurridos en relaciones interpersonales estrechas, como las familiares.

vii) Más inequidad en la distribución del ingreso = más delito.

Como habíamos previsto, nos detendremos un poco más sobre esta correlación porque es muy importante.

En el curso de las dos últimas décadas se produjo investigación muy rigurosa que verifica que el aumento del delito tiene fuerte correlación específicamente con el aumento de la inequidad de la distribución del ingreso entre países, y al interior de los países.

Comencemos viendo la distribución del ingreso y el delito entre países, entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, en su relación con las tasas de homicidio intencional.



Veamos tres gráficos muy interesantes que exhiben a lo largo de treinta y cinco años la relación que existe entre la categorización de los países según su ingreso –que tomamos del Banco Mundial– y sus tasas de homicidio, que tomamos de la Oficina de Drogas y Criminalidad de las Naciones Unidas UNODC.

Es útil tener presente que según el reciente “World Development Report” del Banco Mundial (2014:295), todos los países de América Latina, salvo tres excepciones, son de medianos ingresos. Las excepciones son Haití, que clasifica como de bajos ingresos, y Uruguay y Chile, que clasifican como de altos ingresos. Hasta la aparición del “World Development Report 2014”, Uruguay y Chile clasificaban como de medianos ingresos al igual que en la actualidad el resto de los países de América Latina. Nicaragua, por su parte, que registraba como de bajos ingresos, actualmente registra como de ingreso medio bajo.

El primer gráfico, que adaptamos de uno elaborado y publicado por UNODC hace más de diez años (SHAW Marc *et alii*, 2003), exhibe los promedios de las tasas de homicidio de 114 países del mundo entre los años 1980 y 2000. Lo esencial que queremos destacar es lo siguiente:

a) Las tasas de homicidio de todos los países de altos ingresos (señalados con color violeta), con la sola excepción de los Estados Unidos, son más bajas que la media mundial.

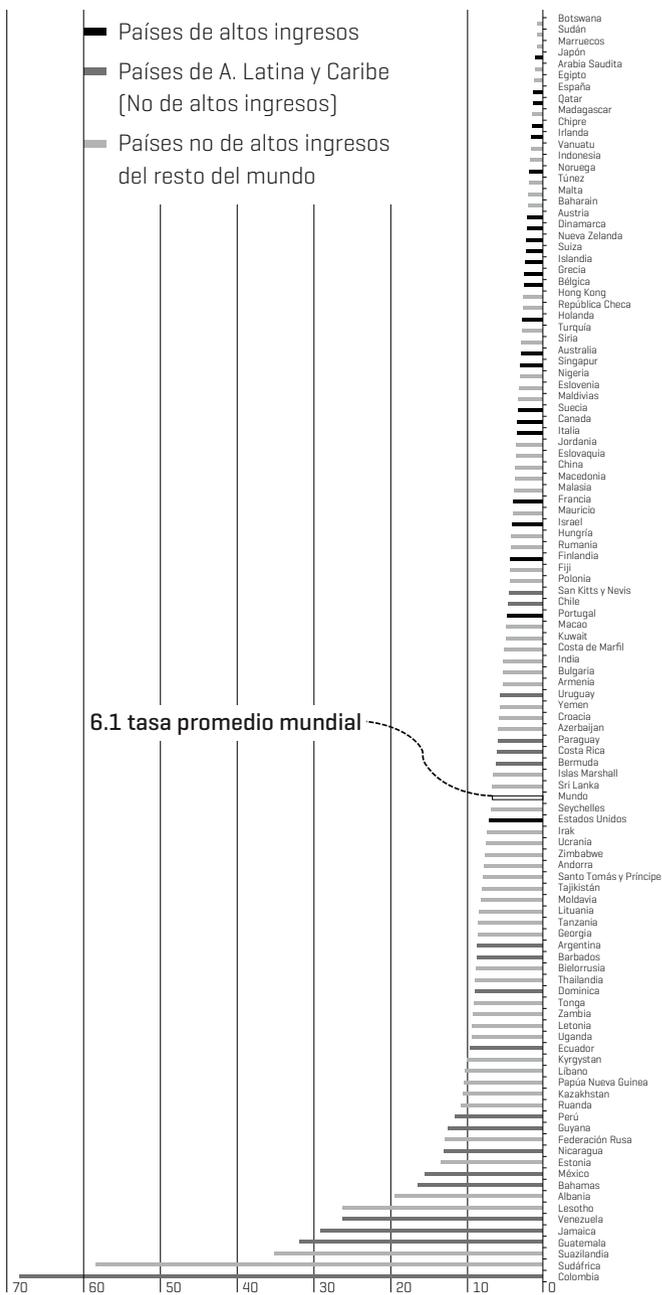
b) Todos los países de todas las regiones del mundo con tasas de homicidio más altas que la media mundial, son países de medianos o bajos ingresos (con la sola excepción citada).



c) Vemos también que algunos países, no obstante no ser de altos ingresos, logran tasas de homicidios más bajas que la media mundial.



Promedio de homicidios por 100.000 habitantes en países que reportaron sus datos a los estudios de las Naciones Unidas sobre tendencias del delito y justicia penal, 1980-2000



E. Carranza, V. Chávez, adaptado de Shaw *et alii* "Determining Trends in Global Crime and Justice", en *Forum on Crime and Society*, vol 3, numbers 1 and 2, December 2003:44, United Nations Office on Drugs and Crime.



El segundo gráfico, con información actualizada a 2010, fue elaborado por nosotros en el ILANUD, con base en las mismas dos fuentes de información: el “Informe Global sobre Homicidios” (UNODC, 2011:92 y ss.), y la lista de países clasificados según su ingreso per cápita del “World Development Report” (2014:295 y ss.) del Banco Mundial.

Veamos qué interesante lo que surge del segundo gráfico: nuevamente, todos los países de altos ingresos de todas las regiones del mundo continúan teniendo tasas de homicidio más bajas que la media mundial, con una sola excepción, ahora, la Federación Rusa. (Estados Unidos, con una tasa ahora más reducida, en esta segunda medición pasó para el lado de los países con tasa más baja que la media mundial). Es interesante observar que ambos “grandotes” de la comunidad internacional de países, que dictan cada uno desde su ámbito lo que se debe o no se debe hacer en esta y tantas otras materias, son los dos que exhiben las tasas más altas dentro de su respectivo grupo de países de altos ingresos.

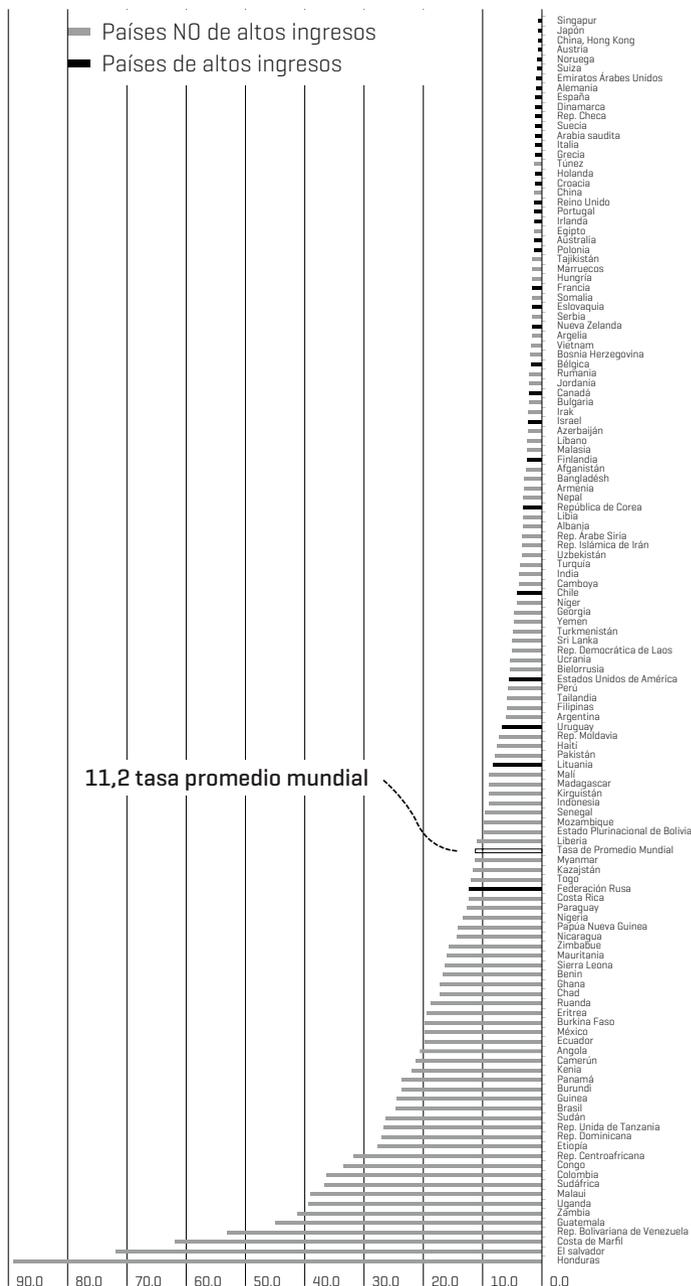
Nuevamente, también vemos que todos los países que tienen tasas de homicidios más altas que la media mundial son países no de altos ingresos sino de ingresos medianos o bajos.

Y nuevamente vemos también que algunos países no de altos ingresos logran intersectarse en el grupo de países con tasas más bajas que la media mundial.

Finalmente, en el tercer gráfico, que hicimos con la última información actualizada a 2012, vemos que se reitera una vez más el mismo análisis que hicimos con los dos gráficos anteriores (UNODC, 2013).

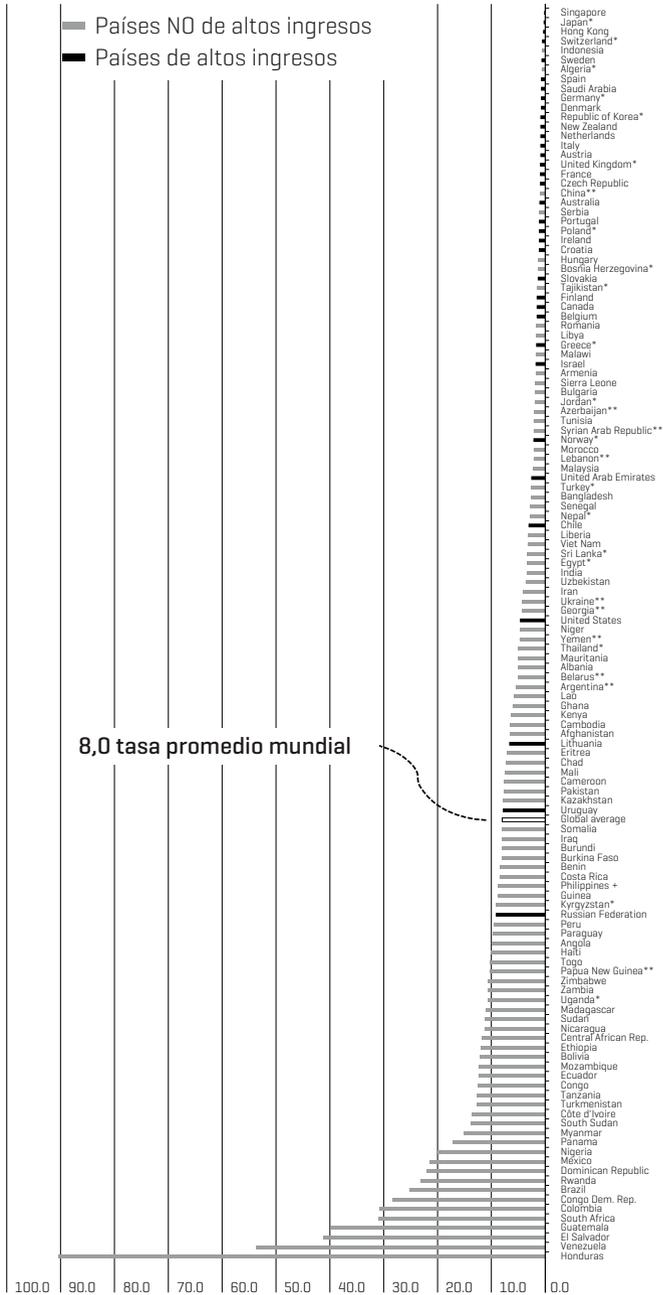


Tasas de homicidios de los países de altos ingresos y no de altos ingresos según la clasificación del Banco Mundial, 2010 o año más cercano



E. Carranza y V. Chaves, a partir de las tasas de homicidios de UNODC Global Study on Homicide 2011:92 y ss., y de la clasificación de países según su ingreso del Banco Mundial. Se incluyeron los países de bajos ingresos, de ingresos medios bajos, de ingresos medios altos y de altos ingresos. No se incluyeron los “estados insulares selectos” (World Bank, “World Development Report 2014:295).

Tasas de homicidios de los países de altos ingresos y no de altos ingresos según la clasificación del Banco Mundial, 2012 o año más cercano. 133 países



E. Carranza y V. Chaves, a partir de las tasas de homicidios de UNODC Global Study on Homicide 2013:122 y ss., y de la clasificación de países según su ingreso del Banco Mundial. Se incluyeron los países de bajos ingresos, de ingresos medios bajos, de ingresos medios altos y de altos ingresos. No se incluyeron los “estados insulares selectos” (World Bank, “World Development Report” 2014: 295).

De la información de los tres gráficos se desprende que tener alto ingreso per cápita no es condición suficiente para tener tasa baja de homicidios intencionales, pero es, sin duda, un condicionamiento muy importante.

Así como existe una distribución inequitativa del ingreso entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, también vemos que existe lo que podríamos llamar una “distribución inequitativa de la criminalidad”.

Veamos ahora la correlación que existe entre la inequidad de la distribución del ingreso al interior de los países y las tasas de homicidio. El siguiente gráfico, que tomamos de UNICEF (ORTIZ y CUMMINS, 2012) exhibe, en una investigación sobre 138 países, cómo a medida que aumenta la inequidad de la distribución del ingreso medida por el coeficiente de Gini, aumentan, en correlación directa, las tasas de homicidio, que, como vemos, están encabezadas por numerosos países de nuestra región. Nuestra región de América Latina y el Caribe ostenta dos títulos mundiales vergonzosos, el de ser la región del mundo de más alta inequidad en la distribución del ingreso conforme la información del Banco Mundial, CEPAL y PNUD, y el de ser, en consecuencia, la región de tasa más alta de homicidios intencionales, conforme la información de UNODC.



Finalmente, a todas las correlaciones anteriores tendríamos que agregar que la violencia del delito se ve multiplicada por las políticas criminológicas también violentas, cuyo principal exponente es la llamada “guerra a las drogas y al delito”, que ha ido transformando la región precisamente en un campo de guerra, en un infierno, con la traslación geográfica del delito y con la omisión de un enfoque integral del problema.³

Es importante tener en cuenta que la presencia de las variables que estamos analizando no se da aisladamente, sino en interacción entre sí, lo que potencia sus efectos negativos. En toda la geografía regional encontramos numerosos grupos de población joven, en ciudades con alta concentración urbana, fuera de la familia o fuera de la escuela, o fuera de ambas, en situación de desempleo, en sociedades con alta inequidad en la distribución del ingreso, en situación de infraconsumo con necesidades básicas insatisfechas, con fácil acceso al consumo de alcohol y otras

3. La violencia no es solo provocada por el delito. Es un fenómeno en el que tienen también importante participación ciertas acciones estatales. La escalada de la violencia en México a partir de la declaración de guerra contra las drogas del presidente Felipe Calderón (2006-2012) es un ejemplo. En el caso de la ofensiva del Estado colombiano contra los carteles del narcotráfico, si bien se logró desarticular o fragmentar a los grupos, a corto plazo generó también una escalada de violencia. Los sitios de producción se movilizaron a Perú y Bolivia y los propios grupos se retiraron a zonas rurales u otros países. Si la estrategia de combate adoptada por Colombia agudizó la violencia asociada al narcotráfico en México, la estrategia de combate en México se convirtió en un factor de empuje de las organizaciones mexicanas que buscaron nuevas alianzas en el “Triángulo Norte de Centroamérica”, e incluso esta diáspora alcanzó a países tradicionalmente con poca presencia de grupos de crimen organizado transnacional como Costa Rica y Nicaragua. Aunado a esto, la mano dura de los gobiernos del Triángulo Norte contra sus grupos autóctonos –en especial contra las maras– no logró disminuir la violencia. A pesar del aumento en el encarcelamiento en El Salvador de 2000 a 2010, la alta tasa de homicidios se mantuvo estable. En cambio, poco después, a partir de “la Tregua” con la maras del Presidente Mauricio Funes, se contabilizaron 1886 homicidios menos en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2012, frente al mismo periodo en 2011 (GARZÓN, Juan Carlos *et alii*, 2013).



drogas ilícitas o involucrados en su producción o distribución, con fácil acceso a armas de fuego... En definitiva, encontramos numerosos grupos de población expuestos a un cóctel fatal de factores negativos correlacionados con el delito, que es también un caldo de cultivo muy propicio para el desarrollo de otras formas no convencionales de criminalidad transnacional organizada, tráfico de personas, tráfico de migrantes, tráfico de drogas, tráfico y proliferación de armas, legitimación de capitales y otras formas de criminalidad económica. En mayor o en menor medida todos los países de América Latina y el Caribe tienen una dolorosa experiencia en esto.

Entre todas las variables a las que hemos pasado revista, prestamos especial atención a la inequidad de la distribución del ingreso porque es una variable que tiene la particularidad de interrelacionarse e incidir sobre todas o muchas de las otras, las que, por su parte, también inciden sobre el delito.

Es sabido que las variables educación, vivienda, trabajo, ingreso, salud y otras, varían notablemente en función de la distribución del ingreso. UNESCO y UNICEF nos explican que a mayor inequidad de la distribución del ingreso, peor educación; la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) nos explican que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, peor salud; HABITAT nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, peor situación en materia de vivienda y asentamientos urbanos; la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, más migraciones hacia los países y regiones que ofrecen trabajo y condiciones adecuadas de vida; la Organización Internacional



del Trabajo (OIT) nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, peor situación en materia de relaciones laborales con más desempleo y trabajo informal; y por su parte, la información de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el ILANUD verifican que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, tanto entre países como al interior de los países, tenemos como resultado tasas más altas de homicidios y de delitos contra la propiedad.

Como vemos, la investigación criminológica ha venido encontrando variables o factores fuertemente asociados a las tasas de delitos, factores que si se incide sobre ellos reduciéndolos, se reduce también la frecuencia de los delitos asociados a ellos.⁴

Para la tarea de prevenir y reducir el delito, y para el trabajo social en general, la importancia de identificar los factores de riesgo es que estos se encuentran “más cerca” de las posibilidades de acción de algunas instituciones y actores sociales, gubernamentales y no gubernamentales, que si trabajan con inteligencia, vocación y con los recursos necesarios pueden lograr en alguna medida reducirlos, y reducir también la violencia y el delito que tienen correlación con ellos. Nos referimos a la labor de maestros y maestras, trabajadores y trabajadoras sociales, funcionarios y funcionarias de los ministerios de bienestar social, salud, trabajo, a la labor de la policía comunitaria o de proximidad, y a la de los operadores y operadoras de los sistemas de

4. Además de constatar las correlaciones que hemos visto, a partir de identificar tales factores se construyen explicaciones más completas –las teorías– que explican con mayor detalle el porqué de la mayor o menor frecuencia de tal o cual categoría de delitos que se dan en determinado contexto social, en determinado grupo etario, dentro de determinadas relaciones sociales, etcétera. Varias de tales teorías ya son clásicas y muy aceptadas en la criminología.



justicia penal en general (policías, fiscales, defensores, jueces, penitenciarios).

La labor de estas instituciones y actores sociales es muy importante, pero es también muy limitada si la incidencia de la inequidad de la distribución del ingreso es alta entre países, y si es alta al interior de los países. El Banco Mundial, el PNUD, la CEPAL y otras organizaciones han venido destinando el contenido de sus últimos informes al análisis de la evolución de este indicador, y a las posibles acciones para revertir su tendencia. Tal la importancia que reviste.

Ya dijimos que los análisis del Banco Mundial, del PNUD y de la CEPAL indican que América Latina y el Caribe es la región del mundo con mayor inequidad en la distribución del ingreso. En África habría más pobreza, pero menor inequidad.

Pero hay algo más grave. La inequidad global ha venido creciendo de manera constante, desde principios del siglo XIX hasta la actualidad, y en el curso de los años recientes, desde 1980 en adelante, se registra un aumento significativo de ella, como podemos ver en la tabla siguiente. O sea que la tendencia mundial no es hacia una reducción de la inequidad, ni siquiera hacia su estancamiento. La tendencia global es hacia mayor inequidad, entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y al interior de los países.



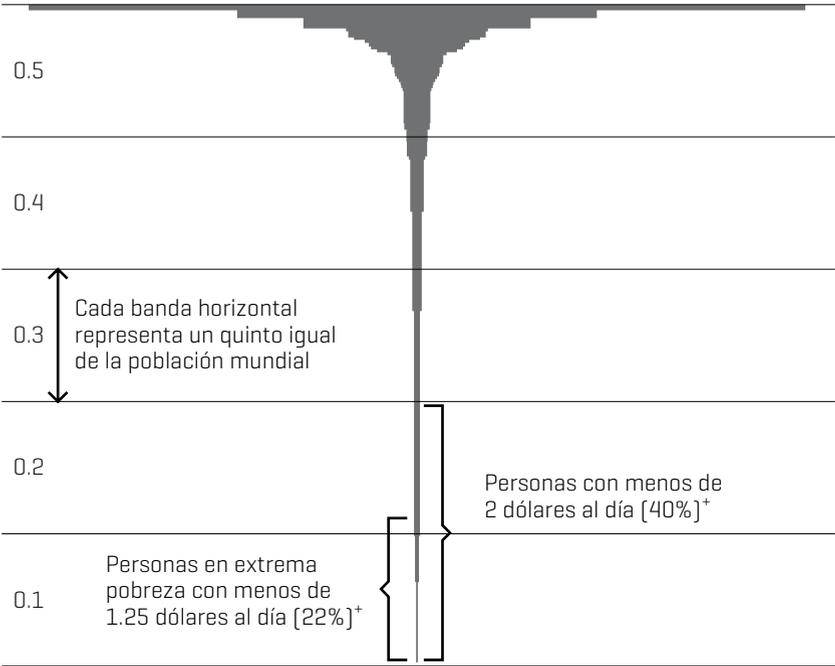
ÍNDICES DE GINI GLOBALES ESTIMADOS	
1820-2002	
Año	Gini
1820	43.0
1850	53.2
1870	56.0
1913	61.0
1929	61.6
1950	64.0
1960	63.5
1980	65.7
2002	70.7

Fuente: Milanovic (2009). Tomado de Ortiz y Cummins 2012



En el gráfico siguiente se exhiben los efectos del aumento global de la inequidad sobre los diversos percentiles mundiales de población.

► Figura 7. Ingreso global distribuido por percentiles de la población en 2007 [o último año disponible] en dólares internacionales constantes PPA de 2005*



Fuente: Adaptado de PNUD [2005] con base en Banco Mundial [2011], UNU-WIDER [2008] y Eurostat [2011]

* Según el modelo contable global

⁺ Basado en Chen y Ravallion [2008]



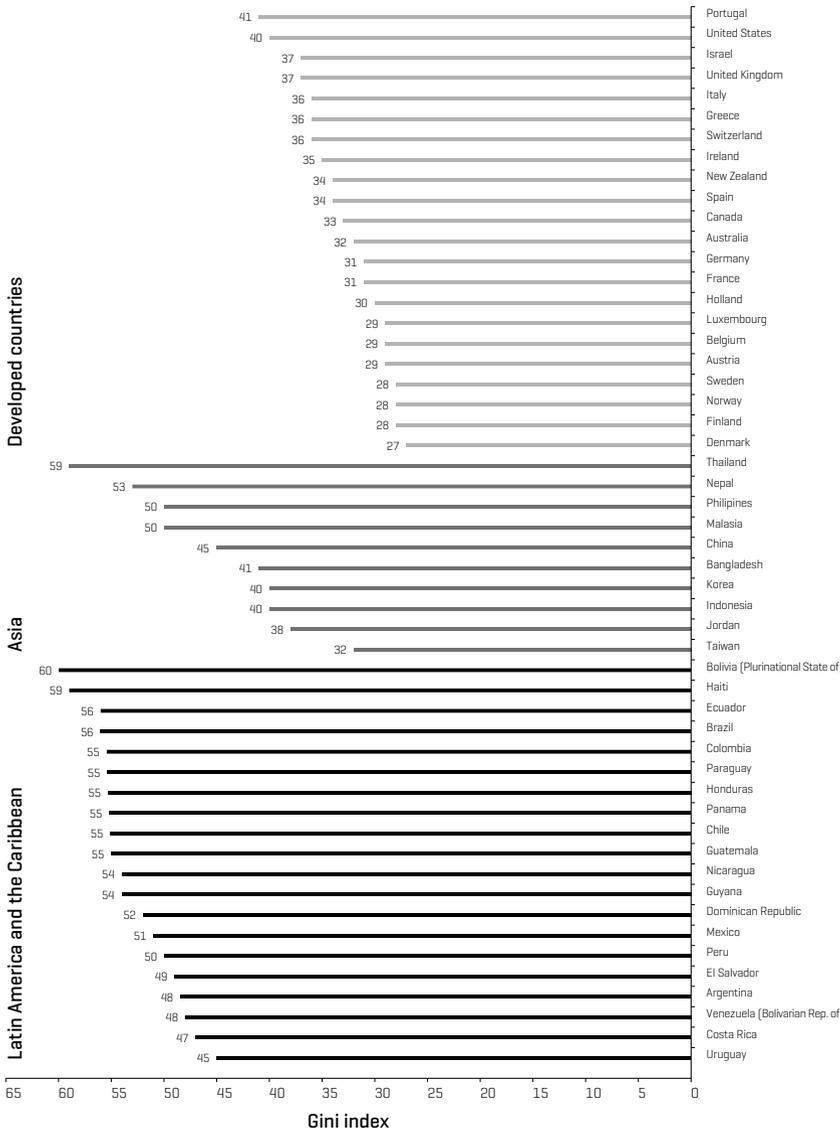
Y aquí aparece en el escenario una especie de ley de hierro de la sociología y la economía: cuanto más hay para repartir, el reparto es más equitativo, más justo (caso de los países de altos ingresos); y cuanto menos hay para repartir, el reparto es más inequitativo, más injusto (caso de los países de bajos y de medianos ingresos, entre ellos los de América Latina y el Caribe).

Podríamos decir que esto va contra los principios de la ética, de la justicia social y del sentido común, pero es la realidad de los efectos sociales del sistema económico mundial vigente de la globalización, “tal como ella viene siendo gestionada”, como expresa el Nobel de Economía 2002 Joseph Stiglitz, quien sostiene que la globalización puede y debe ser gestionada de manera distinta, con más equidad.

En el gráfico siguiente, que tomamos del “Informe Regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), podemos observar que a la fecha de la información, ningún país de América Latina y el Caribe tenía una distribución del ingreso menos inequitativa que la de los países de altos ingresos con mayor inequidad (Portugal, seguido de Estados Unidos). Uruguay, que figura como el país de América Latina y el Caribe con menor inequidad, se encuentra a cuatro puntos de distancia de Portugal.



► Regiones del mundo. Índice de Gini ingreso per cápita del hogar
Regions of the world. Gini index of per capita household income



Adapted from UNDP's 2010 Regional Human Development Report for Latin America and the Caribbean. Note: the Gini index considered in each case corresponds to the last year for which data is available over the period spanning 1995-2005. Source: Gasparini *et al.* (2009), based on SEDLAC (CEDLAS and World Bank, 2010)



A esta altura corresponde hacer un paréntesis para citar el “Panorama Social 2011” de la CEPAL que nos dice que los años 2002 y 2003 representaron un punto de inflexión a partir del cual la desigualdad empezó a mostrar una tendencia decreciente en numerosos países (de América Latina). Si bien la reducción de la desigualdad es de una magnitud leve, insuficiente para cambiar el estatus de América Latina como la región más desigual, resulta destacable en un contexto de ausencia prolongada de mejoras distributivas generalizadas.

El informe nos dice que a pesar del contexto internacional muy difícil, durante la última década la región ha avanzado por buen camino, y que debemos continuar por él porque aún es mucho lo que falta por hacer.

Pasemos ahora a ver algo respecto de lo que se podría o debería hacer para reducir la violencia y la criminalidad en la región. Un reclamo que se suele escuchar en todos los países, sobre todo en los de medianos y bajos ingresos como los de América Latina, es que la justicia penal no es eficaz, y que es excesivamente benévola (se oyen frases típicas, como que quienes delinquen entran por una puerta y salen por otra, etcétera). Sobre esto, el cuadro siguiente muestra el acelerado aumento del uso de la justicia penal en la región medido por las tasas penitenciarias, que se han duplicado, triplicado e inclusive en algunos países van en vía de cuadruplicarse entre 1992 y la actualidad.

De manera que si hubiésemos de medir la eficacia de la justicia penal por las tasas de presos y presas, llegaríamos a la conclusión de que la justicia viene actuando con eficacia, tal vez con



excesiva “eficacia”. Sin embargo, las tasas altas de criminalidad y violencia subsisten.

Lo que ocurre es que, como sabemos, la justicia penal es una función estatal que en todos los países actúa siempre *a posteriori* del delito, cuando este ya ha ocurrido, y que sanciona solo un porcentaje muy pequeño de los delitos ocurridos. Esto ha sido medido exhaustivamente y está explicado en numerosos manuales de Derecho Penal y Criminología. La justicia penal cumple una función sancionatoria y simbólica que se considera importante puesto que existe en todos los países del mundo. Pero, si además de castigar la criminalidad queremos reducirla, es imprescindible que actuemos también sobre los factores que la promueven, tarea que compete a otras áreas de la acción estatal.

Si solo centramos nuestro objetivo en agravar las penas, en aumentar la prisión preventiva y elevar las tasas penitenciarias, el resultado que obtenemos es la multiplicación de la violencia, sumando a la violencia del delito la de una justicia penal injusta que funciona mal, produciendo sobrepoblación carcelaria y todos los horrores que ocurren en nuestras cárceles.

Está hartamente verificado que los países que tienen las penas más altas no son los que tienen las tasas más bajas de criminalidad, sino lo contrario. Un ejemplo de esto lo tenemos a la mano en las Américas. Ejemplificando con los casos de Guatemala y Estados Unidos, vemos que ambos países tienen penas muy drásticas. Ambos tienen pena de muerte, y en cuanto a la pena de prisión, Estados Unidos es el país que tiene las tasas de presos y presas más altas del mundo. Guatemala por su parte tiene una tasa que no es alta en razón de la ineficacia de su sistema penal, pero sus



prisiones están colmadas con gran sobrepoblación. Pues bien, a pesar de la severidad de sus sistemas, ambos países poseen, cada uno dentro de su grupo, las tasas más altas de homicidios, Estados Unidos dentro del grupo de países de altos ingresos, y Guatemala dentro del grupo de países de medianos ingresos. Reiteramos, la solución no puede ser solo más justicia penal.



AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES
 Incluye sistemas federales y provinciales y en algunos casos personas alojadas en delegaciones policiales

Pais/Año	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	
Arg	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152	149	152	163	161				
Bol						79	85	101	109	96					80	86	85		107			130	
Bra	74	80	81	107		119		131	133	132	133	169	182	193	211	219	226	238	247	253			
Col	92	96	97	98	120	129	128	139	157	170	157	178	199	207	179	174	188	158	169	193	227	232	
C.R	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	191	186	189	191	211	238	264	313	
Chi	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	259	290	318	312	320	311			
Ecu	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	107	128	118	112	114	107		143	
El S	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186	184	226	258	283	315	322	339	347	
Gua					62		75				101	101	96	87	84	83	88	71	78	84	91	98	
Hon	110	113	139	160	166	153	160	178			183			170	159	148	148	149	152	154		153	
Méx	101	104	97	101	108	116	127	142	152	163	170	177	185	196	200	200	202	208	203	203	213	214	
Nic	78	78	91	98	111	106	132	143	128	124	131	112	116	117	111	121	120	103	111	134		151	
Pan	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359	356	342	275	298	347	378		404	
Par					70	75	74	78	67	74	85	92	107	109	105	99	100	96	96	109	119	134	
Per	77	80	83	88	96	100	105	108	108	104	104	108	116	123	136	149	153	155	160	181	208		
R.D	145	135	151	161	129	140	165	168			189	150	143	148	164	166	202	211	212				
Uru	96	99	100	99	101	106	120	122	129	148	170	203	215	213	198	212	231	246	258	267			
Ven					101	112	106	97	85	104	104	103	98	76	96				149				

E. Carranza, ILANUD 2013. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países, y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, Estimaciones y proyecciones de población, 2008. Las tasas de Bolivia (2011), Perú (2011) y Venezuela (2010) fueron tomadas del ICPS, King's College.



El cuadro siguiente exhibe el panorama similar de las altas tasas penitenciarias de los países del Caribe, aunque en ellos la tendencia ascendente no es tan definida como en el grupo latinoamericano, porque son países con muy reducido número de habitantes, en los que el ingreso o egreso de un pequeño número de presos o presas al sistema ocasiona sinuosidades y cambios bruscos en las tendencias.

Anguilla UK	2004 (315) , 2007 (400) , 2010 (387) , 2011 (480) , 2012 (543)
Antigua & Barbuda	1995 (341) , 1998 (278) , 2005 (269) , 2008 (262) , 2010 (330) , 2014 (389)
Bahamas	1998 (478) , 2002 (410) , 2005 (460) , 2008 (415) , 2010 (382) , 2013 (379)
Barbados	1993 (238) , 1998 (291) , 2002 (317) , 2005 (367) , 2007 (408) , 2010 (354) , 2013 (529)
Belize	1992 (310) , 1995 (293) , 1998 (448) , 2001 (384) , 2003 (420) , 2006 (516) , 2010 (446) , 2011 (447) , 2012 (452) , 2013 (486)
Cayman Islands UK	1995 (546) , 1998 (682) , 2001 (539) , 2004 (425) , 2007 (409) , 2010 (385) , 2012 (330)
Dominica	1992 (387) , 1995 (392) , 1998 (421) , 2004 (418) , 2007 (367) , 2010 (431) , 2013 (369)
Grenada	1998 (352) , 2002 (333) , 2005 (265) , 2008 (427) , 2010 (423) , 2013 (430)
Jamaica	1992 (178) , 1995 (171) , 1998 (162) , 2003 (176) , 2006 (183) , 2007 (174) , 2013 (152)
Puerto Rico	1992 (314) , 1995 (310) , 1998 (388) , 2001 (377) , 2004 (369) , 2007 (330) , 2008 (303) , 2012 (335)
St. Kitts & Nevis	1995 (295) , 1998 (288) , 2001 (441) , 2004 (559) , 2007 (452) , 2010 (529) , 2011 (603) , 2012 (685) , 2013 (670)
St. Lucia	1992 (210) , 1995 (263) , 1998 (216) , 2001 (296) , 2004 (294) , 2008 (304) , 2010 (323) , 2013 (321)
St. Vincent & Granadines	1992 (294) , 1995 (323) , 1998 (390) , 2001 (280) , 2004 (337) , 2007 (350) , 2010 (379) , 2013 (422)
Trinidad-Tobago	1992 (269) , 1995 (299) , 1998 (353) , 2001 (370) , 2004 (302) , 2007 (276) , 2010 (276) , 2013 (362)

Fuente: Elaborado a partir de información del International Centre for Prison Studies, King's College, London.



El acelerado crecimiento de las tasas de encierro genera sobrepoblación penitenciaria por el consiguiente aumento de presos y presas que exceden la capacidad para alojarlos. Para funcionar razonablemente bien, las cárceles en todos los países del mundo requieren satisfacer dos requisitos indispensables: espacio, y personal. Si falta espacio hay sobrepoblación y hacinamiento; y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa. La normativa internacional y la doctrina exigen múltiples otros requisitos para el buen funcionamiento de las prisiones, pero estos dos son indispensables, y de ellos depende también el buen cumplimiento de los otros.

El cuadro siguiente exhibe que a 2013 todos los sistemas penitenciarios de los países de América Latina se encontraban sobrepoblados, y que todos también, salvo una única excepción, adolecían de sobrepoblación crítica (densidad del 120% o más).



SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA 2013			
PAÍS	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD POR CIENTO PLAZAS
El Salvador	8090	27019	334
Venezuela	16539	52933	320
Bolivia *	5436	14272	263
Perú	29043	61390	211
Nicaragua	4399	9113	207
Guatemala	6492	12303	190
R. Dominicana	12207	21688	178
Ecuador	12170	21122	174
Panamá	8033	13720	171
Brasil	305841	512285	168
Colombia	75726	114872	152
Honduras	8340	12307	148
Chile	36740	53602	146
Costa Rica	9803	13057	133
México	195278	242754	124
Uruguay	7302	9067	124
Paraguay	5863	7161	122
Argentina	58211	58810	101

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país. Los datos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, R. Dominicana y Uruguay son de 2011. El dato de Bolivia es de 2006.



El siguiente cuadro, por su parte, exhibe que en los países del Caribe se presentaba similar situación.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN EL CARIBE 2014 ó AÑO MÁS CERCANO			
PAÍS	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD POR CIENTO PLAZAS
Haití	2383	9921	416
Antigua & Barbuda	150	361	247
Grenada	198	456	230
St. Kitts & Nevis	164	330	201
Martinique [France]	569	953	168
Anguilla [U.K.]	53	76	143
Guadeloupe [France]	634	887	140
Trinidad and Tobago	4090	4846	119
St. Lucia	500	587	117
Cayman Islands [U.K.]	179	185	108
St. Maarten [Netherlands]	135	180	104
Bahamas	1348	1433	98
Virgin Islands [U.K.]	120	119	98
Jamaica	4402	4201	95
Aruba [Netherlands]	310	240	89
Puerto Rico	15034	12244	88
Barbados	1250	1507	84
Dominica	300	251	84
St. Vincent & The Grenadines	488	460	84
Curacao [Netherlands]	710	438	62

Fuente: Elaborado a partir de información del International Centre for Prison Studies, King's College, London.



La sobrepoblación penitenciaria, además de ser en sí misma una forma de prisión cruel, inhumana y degradante, en los términos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, genera todo otro tipo de violencias y degradaciones al interior de los presidios.

Ser condenado a prisión en las actuales condiciones, en la mayoría de los casos, es ser condenado a una pena de muerte aleatoria. Es ser condenado a prisión, con la accesoria de que, además, quizá lo maten.

La investigación criminológica desde hace ya muchos años verifica que el reducido efecto disuasorio de la justicia penal ocurre por el grado de certeza de la sanción y por su grado de inmediatez respecto del delito, no por su severidad (ZIMRING y HAWKINS, 1973). Para lograr tasas reducidas de criminalidad y violencia las acciones tienen que ser necesariamente integrales, involucrando los diversos sectores estatales con acciones tendientes a reducir los factores que antes vimos que inciden en generar altas tasas de criminalidad.

Recapitulemos lo que hemos visto hasta ahora:

- i) Nuestros países de América Latina y el Caribe se encuentran en situación de alta inequidad en la distribución del ingreso a nivel internacional para con respecto a los países de altos ingresos (CEPAL y el Banco Mundial lo expresan con insistencia);
- ii) Nuestros países tienen, asimismo, una situación de gran inequidad en su interior (la más alta del mundo);
- iii) Tienen, en consecuencia, altísimas tasas de homicidios y delitos contra la propiedad. (Vimos la correlación de la



inequidad entre y al interior de los países, con las tasas de homicidios.) Y son terreno propicio para otras formas transnacionales de criminalidad;

iv) Nuestros países tienen políticas criminológicas de “mano dura”, con excesivo uso de la justicia penal y la prisión;

v) El resultado de tal conjunción de factores está a la vista: crecientes tasas de personas presas, sobrepoblación y hacinamiento, y toda clase de violaciones a derechos humanos en las prisiones.

Ante el estado de situación que hasta aquí hemos visto, ¿cuáles deberían ser los lineamientos integrales de política criminológica y social en nuestros países de América Latina y el Caribe? Trataremos de sintetizarlo en el cuadro siguiente:

LINEAMIENTOS PARA UNA POLÍTICA INTEGRAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL PARA LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

a) Dosis prudentes de justicia penal de excelencia, restaurativa o severa según corresponda, realmente justa, rápida, transparente y distribuida sin impunidad.

Esto implica la adecuada distribución de los recursos humanos y materiales según prioridades, atendiendo a la realidad de cada país. Incluye también un uso prudente de la prisión, y una prisión adecuada al modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. El hacinamiento carcelario es una pena cruel, inhumana y degradante.



b) Dosis prudentes de prevención situacional (controles en los aeropuertos, adecuada iluminación en determinados lugares, mapeo del delito, adecuada distribución de los efectivos policiales, etcétera).

c) Dosis prudentes de prevención municipal, con participación de las comunidades. Sobre esto hay experiencias exitosas en países de América Latina, y valen también las experiencias del Foro Europeo para la Seguridad Urbana.

d) Control de variables específicas: armas de fuego, drogas.

e) Dosis ya no prudentes sino inagotables de justicia social, hasta lograr una equitativa distribución del ingreso y el bienestar, en sociedades sin exclusión social.

f) Específicamente en cuanto a los y las menores de edad, lo que corresponde es respetar su derecho humano a la educación, logrando matrícula plena en el sistema educativo. Vimos que la Criminología ha medido reiteradamente en numerosos países que hay una correlación directa entre el tiempo fuera de la escuela y la criminalidad y criminalización de las personas menores de edad.

¿Y qué hacer en el caso de que los menores de edad cometan infracciones penales?

Aplicar la justicia penal juvenil especializada, acorde con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Este último punto significa:

i) Orientar las políticas sociales y los recursos estatales para resolverles a las personas menores de edad los obstáculos



familiares, sociales o económicos que ocasionan su ausentismo o deserción escolar;

ii) que la justicia penal debe utilizarse con ellos como último recurso;

iii) que en el caso de recurrirse a la justicia penal, esta debe ser especializada y las personas menores de edad contar con todas las garantías penales, procesales y de ejecución de las sanciones con que cuentan las personas adultas, más las garantías específicas que les corresponden por su especial condición de menores de edad;

iv) que las sanciones penales aplicadas a los menores de edad deben ser educativas, con la pena de prisión solo como el último recurso, y en caso de utilizarla, hacerlo también con carácter esencialmente educativo, puesto que el lugar natural de los menores de edad es la familia y la escuela, no la prisión.

Para cerrar, diré que quienes trabajamos en la justicia penal tenemos dos obligaciones. Una obligación como operadores, académicos o integrantes de organismos no gubernamentales, que es contribuir a que se haga verdadera justicia en los casos en que debemos intervenir (lo que no significa necesariamente más cárcel ni más personas presas sin condena).

Pero lo más importante en este momento regional y mundial, no es lograr más Justicia Penal, aunque la lográramos justa y con un uso prudente de la prisión, sino lograr más Justicia Social, que significa esencialmente redistribuir el ingreso, entre países, y al interior de los países.



Esta es una tarea política que es también nuestra obligación, votando gobiernos que se comprometan a eso y participando activamente en nuestras democracias promoviendo ese objetivo, que no será fácil de alcanzar, sobre todo en países pequeños, que tienen uno o dos productos esenciales cuya comercialización no controlan porque se encuentra en manos de transnacionales, que tienen, a su vez, socios menores en los países que pueden llegar a oponerse a la redistribución de las maneras más violentas, inclusive derrumbando las democracias.

Pero esa es nuestra tarea primordial como ciudadanos y ciudadanas de nuestros países, y como habitantes de nuestro mundo globalizado, sin la cual hemos visto que tampoco podremos lograr buena justicia penal.

Gracias por haberme escuchado.



BIBLIOGRAFÍA

ALVAZZI DEL FRATE, Anna, 2003

“La voz de las víctimas del delito: estimación del nivel verdadero de la delincuencia convencional”, *Foro sobre el Delito y la Sociedad*, volumen 3, números 1 y 2, diciembre 2003, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito.

_____, 1998

Victims of Crime in the Developing World, UNICRI Publication N° 57, United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, Rome.

BID, 2014

“¿Urbanización con Pobreza?”, por Javier León, blog del BID Urbe & Orbe, 14 de marzo: <http://blogs.iadb.org/urbeyorbe/?s=urbanizaci%C3%B3n+con+pobreza>.

CARRANZA, E., 2001

“La Justicia Penal Juvenil posterior a la Convención, y el uso de la privación de la libertad”. Universidad de Salamanca, abril.

_____, 2000

“La ley de armas y la violencia en Costa Rica”. En *Foro sobre Flujo de Armas y Proliferación de la Violencia Social*, Fundación Arias/ Diálogo Centroamericano; Hotel Corobicí, junio 6.

_____, *et alii.*, 1997

Delito y Seguridad de los Habitantes, (Coordinador y autor del primer capítulo), autores varios, Editorial Siglo XXI, México.



CELADE, 2013

División de Población de la CEPAL, Revisión 2013.

CEPAL, 2011

“Panorama Social de América Latina. Comisión Económica para América Latina y el Caribe”. Santiago de Chile.

_____, 2008

“Panorama social de América Latina”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.

ICPC, 2010

“Informe Internacional: Prevención de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, Tendencias y Perspectivas”. Montreal, Canadá.

GARZÓN, Juan Carlos; OLINGER, Marianna; RICO, Daniel M.; SANTAMARÍA, Gema, 2013

“La diáspora criminal: La difusión transnacional del Crimen Organizado y cómo contener su expansión”. Wilson Center. http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/LA_DIASPORA_CRIMINAL_o.pdf

LONDOÑO, Juan Luis y GUERRERO, Rodrigo, 1999

“Violencia en América Latina, Epidemiología y Costos”. BID, *Documento de trabajo* R 375.

OIT, 2014

“Tendencias Mundiales del Empleo 2014”.



OIT, 2009

“Tendencias Mundiales del Empleo 2009”.

ORTIZ, Isabel y CUMMINS, Matthew, 2012

“Desigualdad Global: La distribución del ingreso en 141 países”.
Documento de trabajo de política económica y social, UNICEF, agosto.

SHAW, Marc; VAN DIJK, Jan y RHOMBERG, Wolfgang, 2003

“Determining Trends in Global Crime and Justice: an Overview of Results from the United Nations Surveys of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems”. En *Forum on 50 Crime and Society*, volume 3, Numbers 1 and 2, December 2003, United Nations Office on Drugs and Crime, New York.

STIGLITZ, Joseph, 2002.

El malestar en la globalización. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Taurus, Madrid.

UNDP, 2010

“Regional Human Development Report for Latin America and the Caribbean”.

UNODC, 2013

“Global Study on Homicide 2013”.

_____ 2011

“Informe Global sobre Homicidios 2011”.



VOLD, George; BERNARD, Thomas J. y SNIPES, Jeffrey B., 1998
Theoretical Criminology, Fourth Edition, Oxford University Press.

WORLD BANK, 2014

“World Development Report”.

ZIMRING, Franklin E. y HAWKINS, Gordon, 1995

“Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime”,
Oxford University Press.



¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LA NO PUNIBILIDAD DE LOS JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL?*

Por Carla Cavaliere**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto intentar dar una explicación a la razón por la cual se entiende que, a partir de una determinada edad, los jóvenes reciben una sanción como consecuencia de la comprobación de un hecho delictivo y de su responsabilidad en la ocurrencia del mismo, y hasta qué edad no resultan punibles.

Partiendo de la premisa conforme a la cual en distintas legislaciones, para referirse a la exclusión de la responsabilidad de los jóvenes en conflicto con la ley penal, se utiliza el término “inimputabilidad”, se ensayará la respuesta que entiendo adecuada a ello.

Con esta base, parto de la legislación vigente en mi país de una comparación con la vigente en España, utilizando también algún otro ejemplo de legislación comparada.

* Trabajo aprobado en el Curso de Especialización en Derecho Penal de la Fundación Universidad de Salamanca.

** Jueza de primera instancia en lo penal, contravencional y de faltas con competencia penal juvenil. Jefa de trabajos prácticos por concurso de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del Consejo Académico del Instituto Superior de Seguridad Pública del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA. Ex Secretaria Académica del Instituto Superior de Seguridad Pública del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA. Ex docente de posgrado de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia.



Así, la idea central sobre la que se desarrolla el trabajo se basa en la convicción de la suscripta de que la no punibilidad a partir de cierto tope etario en materia penal juvenil, es una decisión de política criminal de cada Estado y no una causa de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad).

Con ello, también es necesario abordar el contenido de la culpabilidad cuando debe analizarse un hecho cometido por una persona menor de edad que no resulta punible por dicha causa.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Nos recuerda Frías Caballero¹ que históricamente la cuestión de la imputabilidad o inimputabilidad de las personas menores de edad ha sufrido diversas vicisitudes. Ya en el derecho romano, el menor fue objeto de un trato judicial penal diferente, en el cual se consideraban las distintas etapas de acuerdo a su desarrollo cronológico. Por su parte, resultó ser la Escuela clásica del Derecho Penal la encargada de elaborar un sistema teórico destinado a los jóvenes que delinquen.

Ese sistema –dice el autor–, basado en el hecho cometido, la responsabilidad moral y el libre albedrío, fue criticado por el positivismo criminológico italiano –basado en la “defensa social”–, con base en la conciencia de las causas de criminalidad que son básicamente sociales; y cuando los menores resultan ser normales desde el punto de vista psíquico, el Estado debe ampararlos, sobre todo cuando están material o moralmente abandonados.

1. FRÍAS CABALLERO, Jorge y otros, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 325 y ss.



Ese criterio, que ha primado en muchos países casi hasta la actualidad, ha dado fundamento al llamado “sistema tutelar” o “sistema de patronato” en lo que hace al tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley penal. Dicho sistema, ampliamente criticado y que se contrapone con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, ha sido reemplazado en la actualidad por el “sistema de protección integral”, que busca no ya la protección del joven con la visión de un Estado paternalista, sino con la mirada puesta en el niño como sujeto de derechos y no como objeto de tutela.

A su vez, los primeros esbozos de establecer una justicia penal diferente para los menores surgen en Chicago, en 1899, donde el movimiento de “Los Salvadores del niño” impulsó la creación de un tribunal para niños. El movimiento se extendió a Europa entre 1912 y 1931, oportunidad en la cual se podía contabilizar alrededor de treinta países con tribunales específicos para menores o jóvenes.²

Es a partir de la Convención de los Derechos del Niño, y de la aplicación del artículo 40.3 de dicha norma, que para los Estados que han asumido el compromiso tras la firma, se ha vuelto necesario dotar a los sistemas judiciales de operadores capacitados en la problemática de los jóvenes en conflicto con la ley penal y de tribunales especiales dedicados a su juzgamiento.

2. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho Penal de Menores*, 4ta. edición, Barcelona, Bosch, 2007, p. 43.



1.1. Evolución histórica del sistema penal argentino³

A partir del descubrimiento de América, rige el derecho vigente en España, aplicándose la “Nueva Recopilación de Leyes para las Indias” (1680), que recoge los principios en materia penal contenidos en las Partidas de Alfonso el Sabio. En ellas se establecían tres franjas etarias con diferentes grados de imputabilidad. Hasta los diez años y seis meses los niños no eran imputables, ya que tenían “mengua de razón y sentido”. Por su parte, las penas a los infantes eran mitigadas y no podía aplicarse la pena de muerte.

De los primeros años de la independencia, solo hay registros que parecen confundir la cuestión con las relativas a la tutela.

En 1814 se determina la protección de los menores a cargo de un defensor de incapaces.

Por su parte, en 1822, se crea el cargo de defensor de pobres y menores, que se ocupaba de los niños abandonados y sus bienes.

A su vez, en ese mismo año eran conducidos a las cárceles de deudores y detenidos los alumnos de cualquier escuela que fueran encontrados en horas de clase en lugares públicos.

Domingo F. Sarmiento, en 1863, siendo gobernador, decretó que era obligatorio que los niños concurrieran a la escuela, siendo misión de los jueces de paz y de los comisarios rurales y urbanos llevar un registro de ellos.

3. Conforme la recopilación histórica de FELLINI, Zulita E., *Derecho Penal de Menores*, Buenos Aires, AD-HOC, primera edición, 1996, p. 21 y ss.



En 1868, el Reglamento General de Policía establecía que los comisarios de Sección debían detener a los menores que se encontraran en la calle e indagar a sus padres.

Desde esa época hasta el Código Penal hoy vigente, que data de 1921, y la ley que establece el “Régimen Penal de la Minoridad” (Ley 22278 modificada por la 22903), ha corrido mucha agua bajo el puente. Asimismo, la tendencia del control social y la vigencia del modelo tutelarista o paternalista fue la que primó, culminando ello con el dictado de la Ley de Protección Integral 26061, lo que debía significar un cambio de paradigma, aunque en la práctica sea difícil sostener que hemos dejado definitivamente de lado ese modelo.

Empero, la deuda sigue pendiente, ya que no existe una ley de “Responsabilidad Penal Juvenil” ajustada a los parámetros de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley 23849.

Entre 1865 y 1921, numerosos Proyectos de Código Penal tuvieron su tratamiento, y en ellos, la cuestión de los menores de edad.

Así, el “Proyecto Carlos Tejedor” establecía el límite mínimo de inimputabilidad en los diez años, debiendo los menores de esa edad ser entregados a la corrección doméstica de sus superiores sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad. Para los niños entre diez y catorce años, la imputabilidad o inimputabilidad debía ser determinada por el juez de acuerdo con el grado de desarrollo alcanzado. Entre los catorce y los dieciocho años, siempre era imputable, pero con pena atenuada, resultando carentes de sanción los delitos culposos hasta los dieciocho años de edad.



A su vez, el Código Penal de 1886 (aprobado por Ley 1920) establecía la inimputabilidad total de los menores de diez años de edad, entre los diez y los quince era responsable siempre y cuando se probara su discernimiento, y entre los quince y los dieciocho años era siempre imputable pero con penas atenuadas. Por su parte, quedaban exentos de la pena de muerte y el cumplimiento de la sanción a pena de presidio se haría en la penitenciaría.

En el Proyecto de Código Penal de 1891, la inimputabilidad absoluta se fijaba en los catorce años de edad, si eran absueltos por dicha circunstancia se los entregaba a sus padres, siempre y cuando ello no fuera peligroso; y si así lo era, debían entregarse a instituciones agrícolas o industriales para su corrección.

El Proyecto de 1906, en su Exposición de Motivos, rezaba que sus autores no creían que la sociedad tuviera interés en castigar a los niños menores de catorce años, y que ni ella ni el delincuente ganaban nada con que se aplique pena alguna, aunque tanto de él como del loco que han delinquido la sociedad debía protegerse, o bien dejándolo a cargo de sus padres o colocándoles en establecimientos destinados a la corrección de menores.

En 1919, se dicta la Ley 10903 llamada de “Patronato de Menores”, que hasta la vigencia de la Ley 114 en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y de la Ley 26061 en el ámbito del territorio de la Nación Argentina, rigió el patronato del Estado sobre los menores de edad, incluyendo conceptos tales como qué resultaba ser el abandono material o moral de niños y jóvenes, considerando entre ellos la comisión de delitos.



Finalmente, en 1921, se sanciona la Ley 11179 que aprueba el Código Penal, que con muchísimas leyes modificatorias es el que rige en la actualidad.

En dicho Código, los arts. 36 a 39 prescribían el régimen relativo a los menores de edad, con el establecimiento de la edad de inimputabilidad en los catorce años, consagrando el concepto de peligrosidad y determinando la posibilidad de internación del joven bajo este parámetro hasta los 21 años de edad (momento en que se adquiriría la mayoría de edad civil).

En 1954 se dicta la llamada ley de “Modificación al régimen de los menores y la familia” (Ley 14394), donde prima la idea de sustraer a los menores del ámbito del derecho penal, sometiéndolos a un régimen especial, estableciendo la edad de inimputabilidad en los dieciséis años, y derogándose las disposiciones contenidas en el Código Penal Argentino.

Dicha ley fue modificada durante la vigencia de un gobierno de facto, en 1976, por la Ley 21338 que volvió el límite de inimputabilidad a los catorce años, estableciendo la plena imputabilidad a los dieciséis años.

En 1980, vigente aún el mismo gobierno de facto, se dicta la Ley 22278 que con modificaciones es la que actualmente rige, y que fue también modificada en el gobierno democrático por las Leyes 23264 y 23743, aunque en cuestiones que nada tienen que ver con la franja etaria relativa a la imputabilidad en la infancia.

La ley en su texto original establecía la edad de inimputabilidad en los catorce años, siendo luego elevada a dieciséis con la modificación de la Ley 22803.



Actualmente, el texto vigente determina plena inimputabilidad hasta los dieciséis años, inimputabilidad entre los dieciséis y los dieciocho años para los delitos de acción privada y los reprimidos con penas inferiores a los dos años de prisión, o con sanción de multa o inhabilitación; y finalmente, plena responsabilidad a partir de los dieciocho años de edad.

Desde hace largo tiempo se han discutido distintos proyectos de ley tendientes a establecer un sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, y tendiente a establecer una baja en la edad de inimputabilidad.⁴

1.2. Evolución histórica en el Derecho Penal español⁵

La Ley Orgánica del Poder Judicial del 1º de julio de 1985 reguló la creación de los juzgados de menores y fue la primera que estableció la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad respecto de los jóvenes.

En 1987, se dicta la Ley 21, que modificó determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en

4. Entre ellos, puede citarse con mayor apoyo el del diputado Dr. Emilio García Méndez, presentado el 12 de diciembre de 2005 por Expte. 6789-D-05 y representado el 1 de marzo de 2007 por Expte. 0051-D-07, ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina.

En su exposición de motivos, el Dr. García Méndez, expresa “Una ley de Responsabilidad Penal Juvenil presupone entre otras cosas, que es posible y sobre todo necesario... considerar a los jóvenes que han infringido la ley penal ni como ángeles ni como demonios sino como sujetos de derechos y de responsabilidades... comienza por aceptar algunos aspectos, que tanto la psicología evolutiva cuanto el sentido común reconocen hace mucho tiempo. Esto es, que no todas las personas menores de edad poseen la misma capacidad y desarrollo”.

5. Conforme la visión de ORNOSA FERNÁNDEZ, op. cit.



materia de adopción, y otorgó competencia para proteger a los menores a la entidad pública que en cada territorio tenga encomendada la protección de estos.

Dicha ley implica una modificación esencial del sistema tutelar, que posibilitó que los menores que se encontraban en una situación que requería su protección también fuesen considerados sujetos de derechos y garantías, a los que solo se les podían aplicar medidas protectoras por la autoridad competente.

Bajo estas circunstancias, los juzgados de menores intervenían solo si el menor había cometido un hecho delictivo. Su actuación fue evolucionando para conformarla al principio de proporcionalidad.

En 1996, se dicta la Ley Orgánica 1, de Protección Jurídica del Menor, que se transforma en el texto de referencia básico en esta materia de protección de ámbito estatal.

Esta ley distingue dos supuestos de actuación de las Comunidades Autónomas: a) menor en situación de riesgo, es decir, en una situación que dificulta su desarrollo personal (sin llegar a supuestos que requieran asunción de tutela del menor por parte de la administración), y b) cuando se encuentran en situación de desamparo, que se produce cuando hay incumplimiento, o un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

Cronológicamente corresponde citar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 36/1991, que declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores (establecía que en los procedimientos para corregir a



los menores, las sesiones que los tribunales tutelares celebren no serán públicas y el tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones).

Para así proceder se dijo que los juzgados de menores son juzgados ordinarios y especializados, que esa especialidad se hace compatible con un nivel de garantías básicas en el procedimiento que deben conectarse con la defensa y tutela de los intereses prioritarios que son objetos de la actividad jurisdiccional. Se sostuvo que deben respetarse todos los derechos fundamentales que rigen el proceso de adultos.

Esta declaración de inconstitucionalidad trajo como consecuencia que los juzgados y tribunales de menores existentes en aquel momento, se quedarán sin un procedimiento para poder aplicar en el enjuiciamiento de menores, por lo que, de acuerdo a las regulaciones internas y la propia jurisprudencia del tribunal, más lo que surgía de la Convención de Derechos del Niño, se encomendó a los jueces de menores diseñar un procedimiento sencillo, adaptado a todas esas normas, en el que, de todas maneras, no intervenían los fiscales, ya que estos entendieron que al no estar prevista legalmente su actuación ello era imposible.

Sigue la Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento en los juzgados de menores, aplicada al procedimiento de los menores que hubiesen realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales.

Empero, en virtud de las lagunas procesales que dejaba el texto, se estableció que en todo lo que no estuviera expresamente previsto se aplicarían supletoriamente las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal.



A su vez, por primera vez se establece una edad mínima, por debajo de la cual la Justicia de Menores no puede intervenir. El límite fue establecido en los doce años (por debajo de esa edad, cualquiera fuera la gravedad del hecho, solo cabía la actuación protectora de la entidad pública correspondiente), siendo los dieciséis años la edad límite máxima.

Con el dictado del Código Penal de 1995, se estableció entre las causas que eximen la responsabilidad criminal, en el art. 19, la minoría de edad al señalar: “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo será responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal de menores”.

Así también, el art. 69, dentro de las “reglas generales para la aplicación de las penas”, establece que “al mayor de dieciocho y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga”.

Dicho Código establece la mayoría de edad penal a los dieciocho años, y posibilita que los mayores de dieciocho y menores de veintiuno puedan beneficiarse con el tratamiento especializado de menores.

También se determinó que ello quedaba en suspenso hasta tanto entre en vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que hace referencia el art. 19, por lo tanto, subsistía la aplicación a los menores de dieciséis a dieciocho años del régimen anterior, y a efectos penales seguían siendo considerados



adultos. Ello persistió hasta la entrada en vigencia de la Ley 5/2000.

Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se derogaron los arts. 202 a 214 del Código Civil, relativos a la incapacitación, y debe atenderse a la regulación que dictó de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Finalmente, se dicta la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 5/2000, que tuvo como fin ser la primera regulación completa del ámbito penal de menores en España, y que sufrió importantes modificaciones a través de la Ley Orgánica 8/2006.

La ley determina que se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Así las cosas, y días antes de la entrada en vigor de esta ley, se publicaron dos leyes que han tenido incidencia directa en su modificación: la Ley Orgánica 7/2000, (de modificación además de la Ley Orgánica 10/1995, que aprobó el Código Penal), reguladora de la responsabilidad de los menores en relación a los delitos de terrorismo, y que endureció considerablemente la adopción de medidas en determinados delitos; y Ley Orgánica 9/2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de la justicia, que suprimió las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, y dilató la entrada en vigor de las disposiciones de la 5/2000 a los jóvenes de dieciocho a veintiún años.



A ello se agregan las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 9/2002, que volvió a dilatar la entrada en vigor de las disposiciones de la 5/2000 a los jóvenes de dieciocho a veintiún años, hasta el 1 de enero de 2007; y la de la Ley 15/2003, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, que introdujo la figura del acusador particular.

Cabe agregar que el Real Decreto 1774/2004 aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000.

Finalmente, surge la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2006, que implica una importante y extensa reforma de la Ley Orgánica 5/2000.

En la exposición de motivos, el principal argumento del endurecimiento que la reforma implica respecto del tratamiento penal de menores, se explica por el aumento considerable de los delitos cometidos por estos que revelan las estadísticas.

Con este argumento, se acentúa el carácter represivo de la respuesta penal a los delitos cometidos por menores, que se manifiesta en distintas medidas, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000 a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años.

2. LA EDAD COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD

El título V del libro primero del Código Penal Argentino contiene una desafortunada referencia al término “imputabilidad”, donde lo que se ha querido determinar es la posibilidad de imputar pena a alguien, o sea, de decidir una consecuencia jurídica respecto de la acción de un sujeto.



Su texto, cuyo encabezado es: “No son punibles los que...”, contiene siete incisos, en los cuales se tratan conjuntamente distintas causas que excluyen la imposición de una pena. Ello ya sea por ausencia de acción, de tipicidad, o por resultar ser una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, y no solo estrictamente la que ha sido identificada por la doctrina como causa de “inimputabilidad”.

En el entendimiento de que el término imputar significa poner a cargo, la inimputabilidad resultaría ser entonces la posibilidad que tiene la acción de ser puesta a cargo del autor.⁶

Esto ocurre cuando este tiene la capacidad psíquica para comprender su antijuridicidad y para adecuar su comportamiento a esa comprensión.

La incapacidad de comprensión es una de las causas que excluyen la punibilidad al eliminar la culpabilidad, y que la doctrina ha denominado inimputabilidad, tradicionalmente considerada un presupuesto de aquella que se encuentra incluida en el inciso 1.º del art. 34 del Código Penal Argentino, y que no tiene que ver con otras causas de no punibilidad, también enumeradas en los otros incisos del art. 34 y en la ley penal, como sería por ejemplo la fuerza física irresistible o la legítima defensa, o la edad.

Ahora bien, en la ley penal argentina no existe una definición de imputabilidad o de inimputabilidad, como en otros ordenamientos jurídicos, y para usar un caso cercano a mi país, referencio el art. 17 del CP boliviano que claramente define la inimputabilidad como la falta de posibilidad de comprender la

6. ZAFFARONI, Eugenio y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, Buenos Aires, EDIAR, 2002, p. 690.



criminalidad del acto o de dirigir las acciones conforme a esa comprensión, y en articulado separado trata otros presupuestos de exclusión de la responsabilidad.

La falta de una definición específica respecto de esta causa de exclusión de la culpabilidad puede prestarse a confusiones terminológicas, a lo que se agrega la utilización de la palabra “imputabilidad” para nominar varias causas de no punibilidad, como señalé anteriormente.

Estrictamente analizada, la imputabilidad es un presupuesto psico-socio-médico-biológico sin el cual no se podría reprochar la conducta a ningún sujeto, sea adulto o joven.

Las causas enumeradas en el art. 34, inc. 1 del CP, se refieren a la ausencia de ella por razones de salud mental, y no son semejantes a la que se relaciona con el régimen juvenil.

Nótese, como dije antes, que en el Código Penal de 1921, los arts. 36 a 39 separaban la causal relativa a la inimputabilidad basada en la edad de los menores de otras causas.

Ahora bien, en el Régimen Penal de la Minoridad vigente en Argentina (Ley 22278), en el art. 1 se establece un límite cronológico, fijado por la norma, por debajo y por encima del cual el derecho positivo determina el régimen, las consecuencias y el sistema que debe observarse cuando un menor de edad realiza una acción típica y antijurídica.



Dicha norma indica que no son punibles los menores de dieciséis años, estableciendo la mayoría de edad, a los efectos penales, a partir de los dieciocho años.⁷

Cabe señalar que en el Código Penal Argentino no existe referencia sobre este tema relativa a los jóvenes (lo que puede seguirse históricamente de los sostenido más arriba).

Por su parte –como se dijo–, el art. 19 del Código Penal español prescribe que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente, con arreglo al Código, pudiendo serlo cuando cometan un hecho delictivo con arreglo a una ley que lo regule.

Tal como se mencionó, la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores determina su ámbito de aplicación para jóvenes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad que cometan hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.⁸

Para citar otro ejemplo del derecho comparado, si bien en Italia no se ha sancionado una ley del mismo modo que en España, el Código Penal establece entre las causas de ausencia de imputabilidad, ser menor de catorce años (art. 97) y entre las circunstancias que conllevan una imputabilidad disminuida, ser menor de dieciocho años de edad (art. 98).

7. Art. 1 de la Ley 22278: “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de 2 años, con multa o con inhabilitación” (sancionada y promulgada 28/08/80).

8. Art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000: “Declaración general: 1. Esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales” (12 de enero de 2000).



En dicho ordenamiento, la presunción de incapacidad de los menores de catorce años de entender y querer es absoluta, en tanto debe probarse en cada caso, cuando tengan entre catorce y dieciocho años de edad, lo que de resultar positivo, trae como consecuencia una disminución de la pena.⁹

Vale aclarar que tanto el Código español como el argentino no contienen una definición del término imputabilidad, en cambio, el italiano sostiene que es la capacidad de entender y de querer (art. 85).

Esa capacidad de entender se vincula con la capacidad de conciencia que debe tener el sujeto para comprender el alcance de la norma, y basado en esa comprensión, motivarse para cumplirla. Está íntimamente relacionada con el principio de culpabilidad. El sujeto debe haber podido conocer el alcance de su acto y tomar la decisión de llevarlo o no a cabo de conformidad a ello, actuando con libre albedrío.

De lo que llevo dicho, puede extraerse que los parámetros fijados en relación a los jóvenes en conflicto con la ley penal se basan en establecer una edad a partir de la cual se entiende que están en condiciones de arribar a esa comprensión. El límite mínimo no es pacífico en su determinación, como puede apreciarse en el establecido por el art. 1 de la Ley 22278, y el de los arts. 1 de la LO 5/2000 y 97 CPI.

Lo que cuenta entonces es la edad cronológica. Se trata de una cuestión vinculada con lo que se estima es el grado de desarrollo

9. Ver al respecto VAELO ESQUERDO, Esperanza, "La responsabilidad Penal de los menores en Italia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 18; 2006, pp. 319-359.



alcanzado por la persona en el transcurso de su evolución psicossocial, por lo que la solución depende de una mayor o menor madurez personal condicionada por la edad, partiendo de un tope legal por debajo del cual se considera que el joven carece de la capacidad para comprender el alcance de sus actos y por ende motivarse conforme a esa comprensión.

Para ello, debemos atender a aspectos físicos, sociales, económicos, ambientales y psicológicos, como así también el entorno familiar y la educación.

Ahora bien, el límite de edad fijado para la exclusión de responsabilidad de los jóvenes en Argentina, España e Italia no es la única diferencia.

En lo que aquí importa, el art. 19 del CPE dice que los menores de dieciocho años **no serán responsables criminalmente** con arreglo a dicho Código, debiendo, en caso de comisión de delitos o faltas, ser responsables con arreglo a la regulación de la Ley de Responsabilidad Criminal, cuyo art. 1 usa el mismo término; excluyendo de la responsabilidad criminal a los menores de catorce años.

Por su parte, el art. 97 del CPI enumera a los menores de catorce años entre las **causas de inimputabilidad absoluta**, término que define en el art. 85.

Mientras tanto, el art. 1 de la Ley 22278 dice que **no son punibles** los menores de dieciséis años de edad.

La diferencia apuntada, ¿solo será semántica?, ¿o implica que debemos atender a una naturaleza distinta para la causa de exclusión de la pena en el ordenamiento argentino?



Sostiene Zulita Fellini¹⁰ que cuando la ley dice que los menores de edad no son punibles, es fácil entender que lo que no resultan ser es susceptibles de aplicación de pena, aunque ello no haya sido fácil de fundamentar.

Vale la pena aclarar que si un sujeto inimputable carece de la facultad de comprender la norma y dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, para determinar ello en los casos de los jóvenes deberíamos atender al caso concreto.

Parecería ser, entonces, que se ha confundido imputabilidad con punibilidad.

3. OTRAS CAUSAS QUE PODRÍAN EXPLICAR LA EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD EN RAZÓN DE LA EDAD

Silvestroni¹¹ menciona que no toda acción típica, antijurídica y culpable es merecedora de pena, porque el legislador condiciona la reacción penal a ciertas circunstancias (condiciones objetivas de punibilidad) o bien renuncia a la pena (excusas absolutorias) por cuestiones de política criminal.

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que, estando fuera de la descripción típica, condicionan la aplicación de la pena. Se las considera objetivas ya que, por estar fuera del tipo, no se encuentran abarcadas por el dolo. Ejemplos de ella son la declaración de quiebra para el delito de quiebra fraudulenta del art. 176 del CPA, o el no pago dentro de las 24

10. FELLINI, op. cit., p. 51.

11. SILVESTRONI, Mariano, *Teoría Constitucional del Delito*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2007, p. 397.



horas de un cheque rechazado por falta de fondos del art. 302, inc. 1 del CPA.

Las excusas absolutorias son causales que eximen de pena al autor del hecho, pero sin negar el carácter delictivo, como ocurre con la eximente del art. 185 del CP. Hay que distinguirlas de las vicisitudes posteriores al hecho que cancelan la pena, como la prescripción o la extinción de la acción penal por cumplimiento de las reglas de la suspensión de juicio a prueba, porque estas condiciones operan con posterioridad al delito; en cambio, en las excusas absolutorias, el obstáculo a la punibilidad existe al momento de la comisión del delito.

Si tenemos presente que el art. 185 del CP determina que están exentos de responsabilidad penal, por ende no resultan punibles los sujetos allí enumerados, podríamos pensar si en el régimen penal juvenil está presente una excusa absolutoria, cuál es la razón de política criminal que la avala y, por ende, esgrimir el fundamento sistemático que podrá explicar sus consecuencias.

Tal como se apuntó más arriba, el legislador en Argentina claramente determinó que los menores de dieciséis años de edad no son susceptibles de aplicación de pena. Si tenemos presente que, como señala García Méndez¹² en la justificación a su proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, no todas las personas menores de edad poseen la misma capacidad y desarrollo, fijar un parámetro cronológico que indique inimputabilidad en el sentido de falta de capacidad madurativa para comprender el alcance de los actos y/o la dirección de las acciones no parece apropiado.

12. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley al que se hace referencia en nota 4.



Ahora bien, si ello es así, algunos interrogantes deben intentar despejarse, a pesar de que haya coincidencia en la doctrina respecto a las dificultades que ello conlleva.

4. UNA EXPLICACIÓN POSIBLE

Visto así, los menores de edad no son inimputables por naturaleza, solo lo serán en el caso de que se vea alterada su capacidad normal de comprender los actos que realizan, lo que solo puede verificarse únicamente en cada supuesto de hecho.

Nótese que en el caso italiano, específicamente la exclusión de la responsabilidad está enumerada como una causa de inimputabilidad, y para poder responsabilizar a un joven entre catorce y dieciocho años, debe probarse que tiene capacidad de entender y de querer.

Por su parte, tanto en el Código Español cuanto en la LO 5/2000, la alusión a que carecen de responsabilidad criminal nos lleva a considerar que ha sido tratada de una causa de ausencia de culpabilidad, por inimputabilidad.

Empero, en el caso de Argentina, la redacción de la norma excluye la punibilidad por la edad límite mínima que fija.

Entonces, si debemos verificar cada caso en particular, si es discutible que un joven de catorce o de dieciséis años en todos los casos sea un “inimputable”, si lo que verdaderamente subyace detrás de ellos es la falta de interés de la sociedad de la punibilidad de las conductas cometidas por quienes tienen menos de una determinada edad; ¿cuál es la probable causa en la que corresponda encuadrar su exclusión del sistema penal?



Se ha dicho que “la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir de los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. No son pues razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor conforme al CP, sino de otra índole político-criminal. La razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que, primero, por debajo de cierta edad, más allá incluso de los veintiuno, el menor y el joven son más enderezables que el adulto de mayor edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación; y segundo, principal ahora, por debajo de ciertas edades aunque se tiene capacidad de culpabilidad es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces”.¹³

Ahora bien, con ello, establecer si la edad límite mínima son los catorce años, o los dieciséis, o los dieciocho, es una decisión de política criminal, y una muy discutible, ya que no hay una razón científica que lo avale, y por ello, los distintos regímenes.

Además, solo podemos tomar como recomendación aquella contenida en el art. 4 de las Reglas de Beijing, de la cual surge que el comienzo de la mayoría de edad no deberá fijarse en una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañen a la madurez emocional, mental e intelectual de los niños y jóvenes.

13. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, Artículos RECPC 12-01 (2010).



Sin perjuicio de que entiendo que en mi país, por imperio del “principio de no regresividad” que impide abandonar estándares adquiridos en materia de derechos humanos (avalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), no podría bajarse la edad límite de inimputabilidad, una reciente reforma legislativa me persuade de considerar que ello es al menos revisable.

En efecto, la Ley 26774¹⁴ estableció que los jóvenes de dieciséis años pueden votar para elegir las autoridades de la República y los representantes ante los órganos legislativos. Con ello, deberíamos preguntarnos o al menos poner en crisis aquella concepción que determina que un joven de dicha edad no resulta imputable por un hecho de hurto por la escala penal con la que este delito se reprime (ver art. 1 de la Ley 22278 y art. 162 CPA).

Ello así, ya que si pueden elegir a quienes van a regir los destinos de la República, que es un acto de gran responsabilidad y que requiere del alcance de cierto grado de madurez, no sería descabellado suponer que pueden comprender acabadamente los alcances de ciertos actos, o cuando menos, verificarse ello en cada caso en particular.

Sobre el punto, en la Exposición de Motivos de dicha ley, se sostuvo que la reforma devenía de la necesidad de reconocer en esa franja etaria “capacidades y potencialidades hasta ahora invisibilizadas por una parte de la sociedad”.

Asimismo, se expresó que “desde esta perspectiva se reconoce el papel futuro, las responsabilidades, la participación de los jóvenes en la sociedad, y su función activa. Ya no se los considera como meros objetos de socialización y control”.

14. Promulgada el 1 de noviembre de 2012.



Es decir, se ha valorado la capacidad de emitir el voto y de ejercer el legítimo derecho de elegir a los representantes con una edad determinada, pese a que aún a esa edad –en los términos del art. 1 de la Ley 22278–, persiste la no punibilidad de algunas conductas (vgr. delitos de acción privada).

Ahora bien, como dice la Convención de Derechos del Niño, la niñez debe considerarse hasta los dieciocho años edad, y es primordial entenderla como un período que se inicia con el nacimiento y que es de carácter evolutivo. En su transcurso, los sujetos desarrollan sus capacidades psicomotrices, cognitivas, intelectuales y sociales, registrándose cambios y saltos madurativos, y es un término en el que se construye la identidad propia y la autonomía, y se adquieren normas, en un camino que se recorrerá hasta la adultez.

De la mano de ello, el contenido de la capacidad de comprender y dirigir sus acciones en base a esa comprensión, o de entender y de querer, se relaciona con conceptos de madurez que pueden deducirse de factores etéreos como el desarrollo intelectual, la fortaleza de carácter, la capacidad de entender valores éticos, la de distinguir entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, o poder elegir entre uno y otro.¹⁵

A ello se suma que es bastante discutible dar una definición de todo esto con rigor científico que permita establecer, sin duda alguna, una edad como límite mínimo.

Debemos a su vez tener en cuenta que, a la luz de la Convención de Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, la Directrices de Riad y las Reglas de la Habana, las regulaciones de los países deben

15. VAELLO ESQUERDO, op. cit.



atender al niño como sujeto de derecho (el gran cambio de paradigma del siglo XX); el interés superior del niño, la protección integral de los derechos del niño, y la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.

Sobre este último principio se asienta el entender al niño y al joven como sujetos de derecho, atendiendo a su nivel de desarrollo, y con él, a la posibilidad de su ejercicio de acuerdo a la evolución de sus facultades en forma progresiva.

A la luz de este principio debemos analizar también la determinación de la edad y las características que deben fundar la responsabilidad frente a la comisión de ilícitos penales.

Con todo ello, la tesis que indica la exclusión de punibilidad de los niños y de los jóvenes menores de una determinada edad basada en una decisión de política criminal del Estado, cobra mayor vigor.

Agrego a lo dicho que en Argentina, a diferencia de España, las faltas no se regulan en el Código Penal.

Así, la Ley 451,¹⁶ o Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece en su art. 7 la edad de inimputabilidad en los dieciséis años. Por su parte, el art. 11 de la Ley 1472,¹⁷ que resulta ser el Código Contravencional de dicha ciudad, entiende que la causal opera en los menores de dieciocho años de edad, con excepción de las contravenciones de tránsito, para las cuales resultan punibles de acuerdo a la edad en la que obtienen la

16. Promulgada el 2 de octubre de 2010.

17. Promulgada el 25 de octubre de 2004.



licencia de conducir (conforme la Ley de Tránsito y Transporte¹⁸ 2148 establece en su art. 3.2.4 los diecisiete años para vehículos y los dieciséis años para ciclomotores).

Por ende, el legislador se aparta en estos casos de la razón de política criminal para establecer un criterio basado en la madurez y en los deberes derivados de la conducción. Ello así, ya que si obtienen su licencia de conducir a los dieciséis o a los diecisiete años según el caso, es lógico que tengan la capacidad madurativa suficiente para responsabilizarse por las consecuencias que derivan de ello.

Basta ello como ejemplo, sin necesidad de ir a cada una de las provincias que integran la República para verificar si se dan circunstancias semejantes, dado que solo corroboraría lo expuesto.

Este criterio, que se halla fundamento en lo que he explicado, sí está basado en la consideración de la edad como una causa de inimputabilidad por falta de comprensión de la criminalidad del acto y/o de la dirección de las acciones conforme a esa comprensión.

Digo ello ya que el límite se ha fijado teniendo en cuenta la edad en la que se asumen las responsabilidades derivadas de la obtención de la licencia de conducir, lo que aparece como razonable. Entonces, si se aprueba el examen psicofísico y teórico-práctico que exige el manejo, y se conocen las reglas de tránsito y las consecuencias de su quebrantamiento, no cabe otra conclu-

18. Promulgada y parcialmente vetada el 20 de diciembre de 2006 con aceptación de veto por Resolución de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicada el 30 de enero de 2007.



sión que la aptitud para responsabilizarse de las consecuencias que de ello derivan.

Ello también sostiene la idea de que la exclusión de responsabilidad a partir de una determinada edad es una decisión de política criminal del Estado.

Más arriba me preguntaba si la diferente regulación en Argentina y en España o Italia, basada en el uso de una terminología distinta, implicaba una naturaleza diferente de la exclusión o una cuestión de semántica. Me inclino por esta última.

En efecto, aunque el Código Penal Italiano diga que los menores de catorce años no son imputables o el Código Español y la LO 5/2000 utilicen el término “responsabilidad criminal”, a diferencia del art. 1 de la Ley argentina 22278, lo cierto es que no alcanzo a comprender bajo qué criterio de cierto rigor científico puede afirmarse que, en todos los casos, un joven de catorce años de edad carece de la capacidad madurativa para entender y querer, o para comprender el alcance de sus actos y dirigir sus acciones en base a esa comprensión.

Sentado ello, en mi opinión, es una excusa absolutoria de carácter personal, basada en una determinación del Estado de no perseguir los hechos delictivos cometidos por personas que no han alcanzado una determinada edad cronológica.

Nótese que para que la causal funcione, y más allá de lo que cada una de las regulaciones de cada país a las que me he referido establezcan en cada caso en particular –lo que excede la propuesta de este trabajo–, lo único que debe comprobarse es la edad del joven en relación a la fecha de comisión del hecho que



se le imputa. Si resulta por debajo del límite fijado por el ordenamiento jurídico, no recibe sanción.

5. CUÁL ES ENTONCES EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD EN ESTOS CASOS

La aplicación de una sanción penal deriva de la comprobación de que una persona adulta o joven que ingresa en la franja etaria no excluida por la ley, ha cometido un hecho tipificado como delito en la legislación penal (o como falta, conforme la legislación penal española).

Ahora bien, el análisis del hecho ha requerido siempre que, a través de la herramienta racional de análisis de conductas que es la “teoría del delito”, se compruebe que una conducta es típica, antijurídica y culpable. Aún con ello, es posible que no sea punible.

La teoría que presento requiere justificar, o al menos cuestionarse, cuál es el contenido que debe darse a la culpabilidad en los casos en que la comisión de un hecho delictivo sea imputable a una persona menor de la edad exigida por el ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad penal juvenil para ello.

Tradicionalmente, la determinación de la culpabilidad requiere: a) imputabilidad; b) potencial conocimiento de la antijuridicidad; y c) no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. Ello se excluye por las siguientes causas: a) inimputabilidad; b) error de prohibición; c) estado de necesidad disculpante, coacción u obediencia debida.

Entonces, si imputado un hecho a un joven menor de catorce o de dieciséis años, según se trate de España o Argentina,



respectivamente, solo basta la comprobación de la edad por la presentación de la documentación correspondiente o de los métodos alternativos que cada ordenamiento prevea a tal fin, y contrastarla con la fecha de comisión del acto, para que se excluya la punibilidad, pero no se comprueba si el hecho existió o no, si hay alguna causa de atipicidad o de justificación; ¿vale la pena cuestionarnos el contenido de la culpabilidad?

Si la respuesta es negativa, qué ocurre con aquellos hechos que no son sancionados en sede penal juvenil, pero cuya ocurrencia acarrea sanciones de responsabilidad en sede civil.

Además, qué ocurre con el análisis tradicional de un hecho que debe reunir los requisitos para ser considerado delito.

¿Se requiere, o no, al menos la comprobación de la existencia de un injusto penal?

Bajo el tamiz de la Convención de Derechos del Niño y de las normas internacionales que forman el pilar en el cual se sostienen las cuestiones relativas a la infancia y la adolescencia, con especial hincapié en el derecho del niño a ser oído, el interés superior y la capacidad progresiva; no sería lógico sostener que no debería existir un tratamiento diferente entre los menores y los adultos.

Así, si debe comprobarse la existencia progresiva de un hecho típico, antijurídico y culpable en el adulto, ¿por qué ello no es exigible para los niños y jóvenes de una edad determinada?

Sencillamente porque el Estado ha decidido que no se persiguen penalmente esas conductas, ya sea por falta de interés, por su escasa ocurrencia o por su escasa gravedad, si fuera el caso.



Debemos tener presente que a lo largo de la historia, este criterio permitió que los niños y los jóvenes fueran considerados incapaces con diferentes grados, equiparados en sus consecuencias a los incapaces por razones de salud mental, siendo también pasibles de la aplicación de medidas de seguridad, en este caso de carácter “educativo”.

Ello trajo como consecuencia que durante muchos años, los niños y los jóvenes considerados inimputables fueran institucionalizados, aplicándose un régimen de carácter paternalista/tutelar cuyo paradigma fue reemplazado por el de la “protección integral”.

Cierto es que la educación y la aplicación de criterios de justicia restaurativa debe primar en materia penal juvenil, pero bajo ese ropaje, aún en la actualidad se utilizan criterios de contenido peligrosista para determinar qué hacer con estos niños y jóvenes.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la aplicación de la Ley 2451¹⁹ (Régimen Procesal Penal Juvenil) es clara al respecto: no pueden ser sometidos a intervención judicial ni del Ministerio Público, ni se dicta sobre ellos ningún tipo de medida educativa (art. 12), sin perjuicio de la intervención que corresponda al Consejo de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para la adopción de medidas vinculadas a políticas públicas en materia de infancia.

Distinto es el caso en los juzgados y tribunales orales de menores en el ámbito de la nación con sede en Buenos Aires, que si bien se rigen por las disposiciones de la Ley 26061²⁰ de

19. Promulgada el 8 de noviembre de 2007.

20. Promulgada por el Congreso Nacional el 21 de octubre de 2005.



“Protección Integral”, aún aplican medidas educativas, de la mano de la vigente Ley 22278 y de la citada anteriormente. Esto es posible por el art. 39 de la Ley 26061 –con alcance en todo el territorio de la República–, que prevé medidas excepcionales.

Por su parte, en España se les aplican normas de protección previstas en el Código Civil y en otras disposiciones, cuando se presentan situaciones de desamparo o de riesgo (art. 3 LO 5/2000).

A su vez, en Italia, en caso de ser “socialmente peligrosos”, se les dicta una medida de seguridad que también tiene aristas de sanción, aunque su intención sea la de adaptar al sujeto a la vida social.

Cabe agregar que estas “medidas educativas” suelen no tener plazo –aunque legislativamente se haga referencia a que deben ser limitadas en el tiempo– y en general dependen del criterio de racionalidad con el que están dictadas, por lo que la consecuencia podría ser más gravosa que la aplicación de una sanción.

Por ende, como puede apreciarse, el legislador quiso que la conducta no tuviera trascendencia a los efectos penales, empero estableció en todos los casos a los que hice referencia –con excepción de la Ley 2451 de la Ciudad de Buenos Aires– la posibilidad de aplicación de una medida protectora.

Dicha medida puede imponerse aun cuando diera razón a la idea mayoritaria de que la edad es una causa de inimputabilidad, y la consecuencia es la inexistencia de delito por ausencia de culpabilidad; por ende, la ausencia de sanción penal.



Históricamente, ello se ha dado y no ha permitido establecer una diferencia entre niño imputado de un delito de aquel otro desamparado o víctima, ya que la respuesta es similar, llegando incluso, en algunos casos, a implicar la internación.

Con base en ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Gault” (387 U.S.1, 1967) expresó que el hecho de ser joven no justificaba un tribunal canguro, entendiendo por tal al que protege al menor llevándoselo consigo (*kangaroo court*).

Entendí necesario dejar esto asentado, a los efectos de sostener mi postura. En efecto, si es una decisión de política criminal del Estado que determina la existencia de una excusa absoluta, o una causa de ausencia de culpabilidad, la consecuencia es la misma, la ausencia de sanción y la posibilidad de aplicación de una medida educativa.

Para cerrar este punto, en que se describen las justificaciones a la aplicación de medidas educativas, vale recordar que “es compatible la idea del derecho penal de menores con la finalidad educativa; no obstante, este objetivo no debe tomarse como suficiente para legitimar la intervención. Y esto en razón del principio de culpabilidad –el cual limita que los fines educativos (prevención especial) conduzcan a una mayor punición que le corresponde según el merecimiento de pena– y el de proporcionalidad –el cual limita la pena a la gravedad del hecho cometido y no a las necesidades de educación, traducidas en la prevención especial... (...) Por lo anterior la ‘educación’, solo debe tener validez como limitación de la medida, o incluso para renunciar a la imposición de ella, pero nunca podrá invocarse para justificar su imposición o agravación. (...) Todo lo anterior dentro del marco



de un Estado de derecho que reconoce al menor como sujeto de derechos y al ‘principio del interés superior del niño’ como parámetro para determinar el procedimiento y las medidas para los menores infractores”.²¹

Ahora bien, el contenido de la culpabilidad sigue siendo el mismo, solo que –en mi opinión– su análisis no se requiere cuando se trata de jóvenes menores de dieciséis o de catorce años, según se trate respectivamente de Argentina o de España/Italia, ya que basta la comprobación de la edad del joven imputado en relación a la fecha del hecho para que se produzca la exclusión de la punibilidad.

Distinta será la situación de requerirse una solución por obligaciones civiles derivadas de la acción cometida que no tiene consecuencias penales, ya que mínimamente requerirá de la comprobación del injusto penal.

Parece más fácil la solución en el caso español o en el italiano, si nos apegamos a la semántica, ya que la trata como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Con ello, no hace falta un cuestionamiento sobre el contenido de la culpabilidad, ya que la edad sería una causa de inimputabilidad.

6. CONCLUSIONES

Parece claro que no existe un concepto con rigor científico que permita determinar cuándo se alcanza, con un criterio de certeza más o menos absoluto, la edad que permita determinar

21. DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Reflexiones sobre la influencia de la ideología educativa en la reacción frente al menor infractor”, *Derecho Penal y Criminología* Nro. 73, 2007, pp. 195-205.



a ciencia cierta el alcance del desarrollo suficiente que habilite la comprensión de la criminalidad del acto y la dirección de las acciones conforme a esa comprensión.

Ello se determina claramente a partir de los distintos regímenes de responsabilidad penal juvenil, que establecen diferentes edades mínimas de exclusión de la punibilidad.

También parece claro que no podemos ignorar el plexo normativo que constituye el andamiaje sobre el que se sustenta el tratamiento de los derechos en materia de niñez e infancia.

Sobre el punto, las Reglas de Beijing regulan que el comienzo de la mayoría de edad no deberá fijarse en una demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual de los niños y jóvenes.

A su vez, la Convención de Derechos del Niño señala a los Estados parte la posibilidad de establecer una edad mínima antes de la cual se supondrá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (art. 40.3.a).

La misma norma también sugiere, y siempre que sea apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías jurídicas (art. 40.3.b).

Se ha podido seguir la evolución histórico-socio-jurídica que permitió el gran cambio de paradigma del tutelarismo al de la protección integral, pasando a ser el niño/joven de objeto de protección a sujeto de derechos.

A su vez, ello permite la aplicación de medidas de protección, de carácter excepcional y con fines educativos, que solo sean



establecidas si en el caso concreto se requieren, y nunca justificadas en criterios de “educación”.

Con base en estos postulados, el Estado fija el límite de edad a partir del cual los niños/jóvenes serán sometidos a proceso por la comisión de un hecho delictivo, y establece un límite por debajo del cual están exentos de responsabilidad.

Si bien la cuestión venía siendo tratada en las distintas legislaciones, conforme a la reseña que he efectuado, lo cierto es que la Convención de Derechos del Niño implicó para los Estados parte un compromiso en la adopción de la manda del art. 40.3.a), o una adecuación de la normativa vigente a esa regla.

También significó que, en la medida de lo posible, deben quedar fuera de la intervención estatal las cuestiones de los niños/jóvenes incurso en esa franja de exclusión de la responsabilidad.

En la República Argentina, la sanción y promulgación de una Ley de Responsabilidad Penal Juvenil es una deuda pendiente, debiendo aplicarse la Ley 22278, adecuada a la mirada de la Convención y de las demás normas internacionales aplicables en materia de niñez y adolescencia.

En España, deben extremarse los recaudos a la hora de interpretar los postulados del art. 3 de la LO 5/2000, en materia de aplicación de las medidas contenidas en el Código Civil a los niños/jóvenes menores de catorce años de edad.

Asimismo, en lo posible tendrían que establecerse criterios doctrinarios y jurisprudenciales en materia de interpretación de la naturaleza de la edad como causa de exclusión de la punibi-



lidad, dado que los que se adopten pueden tener impacto en el análisis del contenido de la culpabilidad.

Ello puede resultar necesario cuando debe determinarse si existió incumplimiento que dé lugar a la responsabilidad civil, para lo que, al menos, deberá probarse la existencia de un injusto penal.

Sobre la base de ello, también es prudente reflexionar sobre si aún no somos injustos con los niños/jóvenes cuando, con el hecho de contrastar solo la edad con la fecha del hecho, determinamos la exclusión de la punibilidad. Ello así, ya que si se trata de un joven que resulta lo que mayoritariamente se entiende por imputable o de un adulto, analizamos estrato por estrato las categorías de análisis del delito.

A estas alturas debo confesar que he caído en la trampa de mi propia reflexión, al analizar la causa contenida en el art. 1 de la Ley 22278 como una excusa absolutoria de carácter personal, fundada en un criterio de política criminal del Estado de dejar fuera del ámbito punitivo las conductas cometidas por los menores de dieciséis años de edad y algunas efectuadas por jóvenes de entre dieciséis y dieciocho años de edad. Y que ello se debe a que puede ser cuestionable mi opinión, respecto a que se confunde imputabilidad con punibilidad.

También debo confesar que, si sostengo que la distinción entre el “no son punibles” del art. 1 de la Ley argentina 22278 y la falta de exigencia de responsabilidad para los menores de catorce años del art. 3 de la LO 5/2000, no hay una cuestión solo semántica, sino de naturaleza; caigo en otra trampa.



Así es, porque más allá de las palabras utilizadas –lo que en materia penal no es poco– nunca podría tratarse de naturalezas distintas. Esto es así dado que, como dije al principio de esta conclusión, no hay un criterio científico con el grado de certeza necesario que permite afirmar la falta de capacidad de los menores de catorce (LO 5/2000) o de dieciséis (art. 1 Ley argentina 22278).

El propio mandato del art. 40.3.a) de la Convención de Derechos del Niño parece darme la razón: se debe establecer una edad mínima antes de la cual **se supondrá** que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Esa suposición es la que me lleva a considerar que la edad no es una causa de ausencia de la culpabilidad.

Sin perjuicio de ello, una explicación posible podría ser que esa edad, fijada convencionalmente atendiendo a circunstancias biopsicosociales, se asimila a tal.

Sigo sin convencerme de ello, sobre todo atendiendo a la evolución intelectual y emocional de los niños/jóvenes en estos días, sumado al avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones, como así también al establecimiento de derechos/deberes (vgr. el voto), en otros ámbitos de injerencia de los derechos de los niños/jóvenes.

Con ello, la edad mínima fijada es una presunción *iure et de iure*, que para erigirse en causa de inimputabilidad debería ser analizada caso por caso.

En fin, a veinticinco años de la vigencia de la Convención de Derechos del Niño, aún hay mucha tela para cortar.



BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite y otros, “Responsabilidad Penal Juvenil: Hacia una Justicia individualizada”, *Revista de Derecho*, Vol. XXII; Nro. 2; diciembre de 2009, pp. 137-159.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, *AFDUAM* 15 (2011).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, Artículos RECPC 12-01 (2010).

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Reflexiones sobre la influencia de la ideología educativa en la reacción frente al menor infractor”, *Derecho Penal y Criminología*, Nro. 73, 2007, pp. 195-205.

FELLINI, Zulita E., *Derecho Penal de Menores*, 1ra. edición, Buenos Aires, AD-HOC, 1996.

FRÍAS CABALLERO, Jorge y otros, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho Penal de Menores*, 4ta. edición, Barcelona, Bosch, 2007.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, 2da. Edición alemana, Traducción de Luzón Peña Diego y otros, CIVITAS, 1997.



SILVESTRONI, Mariano, *Teoría Constitucional del Delito*, 2da. Edición actualizada, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2007.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “La responsabilidad Penal de los menores en Italia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 18, 2006, pp. 319-359.

ZAFFARONI, Eugenio y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, Buenos Aires, EDIAR, 2002.



LA ARMONIZACIÓN PROCESAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: DERECHOS DE LOS DETENIDOS Y MAYOR EFICACIA JURISDICCIONAL

Por Juan Carlos Ferré Olivé*

1. APROXIMACIÓN

Se están desarrollando en Europa importantes cambios en el proceso penal, que tienden a armonizar las legislaciones de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, en el contexto de la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Se considera prioritario fortalecer en Europa los derechos fundamentales de naturaleza procesal. El argumento básico para intentar alcanzar estas posiciones comunes descansa en la necesidad de reforzar la confianza en la justicia penal entre los Estados miembros. El razonamiento, explícitamente expuesto en un instrumento jurídico clave, la Resolución del Consejo del 30 de noviembre de 2009, sobre un “plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales”,¹ es el siguiente: la Unión Europea ha creado un espacio común de libre circulación de todos sus ciudadanos, por lo que muchos de ellos visitan frecuentemente otros países europeos. Como consecuencia inevitable, muchas personas se ven involucradas en procesos penales en Estados miembros distintos al de su residencia. Ello exige incrementar los derechos procesales de

* Dr. Dr. h. c. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Huelva.

1. DOUE C295/1, del 4/12/2009.



los sospechosos o acusados para garantizarles el derecho a un juicio justo. Todo ello consolida en los ciudadanos la confianza en la Unión Europea, que se presenta como una instancia que avala que todos los Estados miembros protejan y garanticen sus derechos con independencia de la nacionalidad de cada uno.

Pero la idea de justicia no es la única argumentación que contribuye a estos cambios tan importantes. La armonización de derechos procesales supone garantizar la aplicación práctica del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales a todos los sospechosos o acusados, provengan de donde provengan. También es una forma de materializar el principio europeo de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales (confianza entre Estados) y por último, algo no menos importante: procura recuperar el equilibrio entre las políticas de seguridad bastante implementadas en Europa y que tienden a la eficacia en materia penal y las políticas de justicia, que exigen una plasmación plena de las garantías que merecen todos los sospechosos o acusados de delitos.

Este trabajo está destinado a brindar una aproximación a todos estos cambios normativos, que ya están generando una renovada reestructuración del proceso penal en Europa y que derivarán en importantes desarrollos científicos en los próximos años.



2. MATERIALIZACIÓN DEL PLAN DE TRABAJO PARA REFORZAR DERECHOS PROCESALES DE SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN UN PROCESO PENAL

La ya mencionada Resolución del Consejo de la Unión Europea del 30 de noviembre de 2009 ha supuesto un extraordinario avance en la armonización de la protección de los derechos de los detenidos, estableciendo una serie de *estándares mínimos comunes*, que deberán ser incorporados a las legislaciones procesales de los diferentes Estados de la Unión Europea. El fundamento radica en que los ciudadanos europeos deben tener confianza en la justicia penal de los demás Estados miembros, y esa confianza se gana con un marco jurídico adecuado que respete sus derechos procesales allí donde se encuentren o donde se hayan trasladado por motivos de turismo, estudios, trabajo, etc. Se debe asegurar que los procesos penales son equitativos, reforzando los derechos de los sospechosos o acusados. El plan de trabajo establece una serie de medidas para cumplir esta tarea. Así: a) Traducción e interpretación. El sospechoso debe comprender lo que está ocurriendo y hacerse entender. Esto exige la presencia de un intérprete en sus declaraciones y la traducción de los documentos procesales fundamentales a su propio idioma. b) Información sobre sus derechos y los cargos que recaen sobre él. Debe conocer verbalmente e incluso por escrito cuáles son sus derechos fundamentales (carta de derechos). Debe conocer de inmediato el motivo de la acusación y oportunamente recibir toda la información necesaria para la preparación de su defensa. c) Asesoramiento jurídico y justicia gratuita. Debe tener derecho a un abogado desde la fase más temprana del proceso. Debe existir la posibilidad de recibir asistencia jurídica gratuita. d) Comunicación con familiares o su empleador y con



las autoridades consulares, en su caso. e) Salvaguardias especiales para sospechosos que sean vulnerables (por edad, condición mental, etc.). f) Se promueve la redacción de un Libro Verde europeo para estudiar fórmulas que eviten períodos excesivamente prolongados de detención preventiva.

La puesta en práctica de estas recomendaciones se ha venido realizando a través de sucesivas Directivas europeas que deben ser obligatoriamente transpuestas por los ordenamientos jurídicos nacionales. Estas medidas beneficiarán a toda persona sospechosa o acusada de un delito en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, con independencia de su lugar de residencia, situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad, incluso ciudadanos no europeos.

2.1. Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²

Esta Directiva procura garantizar que el sospechoso o acusado conozca los cargos que se le imputan y los derechos procesales que posee. Para ello, no es suficiente poder contar con un abogado sino también, en su caso, con un intérprete en sus declaraciones y un traductor respecto a los documentos esenciales del proceso. Debe ser una asistencia lingüística gratuita y adecuada, que permita el ejercicio del derecho de defensa y salvaguarde la equidad dentro del proceso. Se aplicará desde que la persona haya sido notificada que es sospechosa de haber cometido la infracción penal hasta la conclusión del proceso. El Derecho a la interpretación (art. 2) se ejercita durante el interrogatorio

2. DOUE L280/1, del 26/10/2010.



policial, las vistas judiciales, audiencias intermedias, comunicación con el propio abogado, etc., siempre que el sospechoso no hable o entienda la lengua del proceso penal. Debe establecerse un procedimiento o mecanismo para determinar si el sospechoso o acusado entiende la lengua del proceso penal. Para la intervención del intérprete se autoriza el uso de tecnologías de la comunicación, como videoconferencias, teléfono o Internet (art. 2.6). El intérprete debe tener calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso (art. 2.8). El Derecho a la traducción (art. 3) hace referencia a los documentos esenciales del procedimiento, es decir, las resoluciones que privan a la persona de libertad, escrito de acusación y sentencia. Se trata de la traducción escrita de estos documentos. Los costes de estos servicios serán asumidos por el propio Estado.

2.2. Directiva 2012/13/UE. Derecho a la información en los procesos penales³

Se trata de establecer la información sobre los derechos y la acusación que debe proporcionarse a todo sospechoso o acusado de haber cometido un hecho delictivo. Se enuncian los derechos procesales en una declaración de derechos redactada en términos fácilmente inteligibles, que deben incluir necesariamente información básica para impugnar la legalidad de la detención, obtener una revisión de esta medida o solicitar la libertad provisional. Se acompaña un modelo de declaración de derechos.

La *información mínima* que deben recibir con prontitud los sospechosos o acusados, verbalmente o por escrito, es la siguiente:

3. DOUE L142/1, del 1/6/2012.



- El derecho a tener acceso a un abogado,
- El eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita,
- El derecho a ser informado de la acusación,
- El derecho a interpretación y traducción, y
- El derecho a permanecer en silencio.

También debe existir información sobre los siguientes puntos:

- El derecho de acceso a los materiales del expediente,
- El derecho a informar a las autoridades consulares y a otra persona,
- El derecho de acceso a atención médica urgente y
- El máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante la autoridad judicial.

Se debe garantizar el derecho a recibir con prontitud y detalle información sobre la acusación-infracción que se sospecha ha cometido, su tipificación jurídica, grado de participación, etc., que permitirá ejercitar el derecho de defensa. También existe un derecho al acceso a pruebas materiales, ya sean favorables o desfavorables, lo que incluye la totalidad de dichas pruebas (fotografías, documentos, grabaciones, etc.). Dice al respecto el art. 7.2: “Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar



la equidad del proceso y preparar la defensa”. Existe una excepción, que se dará cuando la información sobre dichos materiales suponga una amenaza grave para la vida o derechos fundamentales de otras personas o se afecte un interés público importante, por ejemplo si perjudican una investigación en curso o se pone en peligro la seguridad nacional.

2.3. Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de un abogado y a comunicarse con terceros y autoridades consulares⁴

Desde el momento en que se pone en conocimiento de un sospechoso o acusado que se encuentra en esta situación, y con independencia de su privación de libertad, nace el derecho a la asistencia de un abogado, sin demora injustificada. Este derecho supone poder entrevistarse en privado con su letrado, “inclusive con anterioridad a ser interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales”. El letrado estará presente al menos en las ruedas de reconocimiento, los careos y la reconstrucción de los hechos. Y debe existir confidencialidad en las comunicaciones entre los sospechosos y acusados y sus letrados (art. 4). También existe el derecho a informar de la privación de libertad a un tercero, por ejemplo familiar o empleador, sin demora injustificada, salvo que esa comunicación pueda generar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o porque pueda comprometerse gravemente el propio proceso penal. Existe también el derecho a comunicarse con las autoridades consulares, si así se desea.

4. DOUE L 294/1, del 6/11/2013.



2.4. Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención⁵

Con fecha 14/6/2011 se ha publicado este Libro Verde, que como todos los instrumentos de esta naturaleza procura abrir un período de reflexión y opiniones, en este caso en materia de privación de libertad. La pérdida de la libertad ambulatoria previa a la condena es una medida coercitiva que afecta derechos fundamentales, por lo que debe basarse en el principio constitucional de proporcionalidad y estar limitada a lo estrictamente necesario, para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal y la eventual ejecución de una pena.⁶

El Consejo de la Unión Europea ha declarado que “Un período excesivamente prolongado de privación de libertad previa al juicio es perjudicial para la persona, puede tener un efecto negativo para la cooperación judicial entre los Estados miembros y no representa los valores que defiende la Unión Europea”. Estos estudios son consecuencia del Programa de Estocolmo (DO C 115, del 4/4/2010), que promueve en Europa el esfuerzo por las buenas prácticas en materia penitenciaria, busca alternativas a la prisión y proyectos piloto sobre reclusión. El Libro Verde dice expresamente: “Tanto los detenidos en prisión preventiva como los presos condenados tienen derecho a unas condiciones de detención razonables. El hacinamiento en las prisiones y las alegaciones de malos tratos de los detenidos pueden minar la confianza que es necesaria para fomentar la cooperación judicial en la Unión Europea”.

5. COM (2011) 327 final, 14/6/2011.

6. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 257.



Se comprueba que el tiempo que una persona puede permanecer en prisión preventiva varía considerablemente de un Estado europeo a otro, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la prisión preventiva “ha de ser considerada una medida excepcional”. El Libro Verde denuncia que en la práctica, las personas que no son nacionales suelen estar en desventaja a la hora de obtener su libertad bajo fianza, pues se entiende que existe mayor riesgo de fuga que los nacionales. Por ello se valora positivamente la Orden Europea de Vigilancia (OEV) regulada en la Decisión Marco 2009/829/JAI que permite establecer medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional en la fase previa al juicio, que se transfieren del Estado miembro en el que la persona es sospechosa de haber cometido un delito a su Estado de residencia. También denuncia que algunos países no han fijado un plazo máximo legal para la prisión preventiva, y otros han fijado períodos excesivamente largos, de hasta cuatro años. Estas detenciones preventivas tan prolongadas son muy perniciosas para el individuo y también para la confianza mutua que debe existir entre Estados europeos.

El Libro Verde recomienda que los jueces busquen aplicar la medida coercitiva más indulgente y apropiada, es decir, que elijan medidas alternativas a la prisión preventiva si bastan para eliminar los riesgos de fuga o reincidencia.



2.5. Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales⁷

Debemos tener en cuenta que se trata de una Propuesta de Directiva, por lo que no ha alcanzado aún el suficiente consenso en los órganos europeos (Parlamento y Consejo) para su aprobación. Sin embargo, considero que por la materia que regula y defiende es la más importante de todas, de cara a las garantías de los sospechosos o acusados de delitos. Esta propuesta declara expresamente en su punto 1.1.6 que “El objetivo global del programa de derechos procesales de la Comisión es garantizar el derecho a un juicio justo en la Unión Europea”, añadiendo que “El principio de presunción de inocencia y los derechos afines contribuyen a la consecución de este objetivo”. Considera con acierto que muchos otros derechos de relevancia europea, como el derecho a la interpretación y traducción, derecho a la información y derecho a la asistencia letrada “convergen hacia la consecución de un objetivo superior: son instrumentos para materializar el principio del derecho a un juicio justo”, a lo que contribuye decididamente la presunción de inocencia.

Recuerda esta Propuesta que el principio de presunción de inocencia fue desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en base a tres requisitos esenciales:

- El derecho a no ser presentado públicamente como condenado por las autoridades públicas antes de la sentencia firme;

7. COM (2013) 821 final, 27/11/2013.



- La atribución de la carga de la prueba a la acusación y del beneficio de cualquier duda razonable al acusado, y
- El derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan.

A esto se añade, como derechos anexos:

- El derecho a no autoinculparse;
- El derecho a no cooperar;
- El derecho a guardar silencio.

Y por último, el derecho a la libertad, es decir, a no estar sujeto a prisión preventiva salvo que el interés público justifique una excepción a este derecho.

Paralelamente y con un carácter esencial para ejercitar el derecho de defensa, se encuentra el derecho a estar presente en el propio juicio.

El derecho a ser informado de los cargos que se presentan no es objeto de esta Propuesta, ya que está regulado en la Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales (2012/13/UE). Tampoco lo es el tratamiento del derecho a la libertad y su regulación jurídica a través de la prisión preventiva, que es objeto del Libro Verde que ha sido ya analizado.

Entre los aspectos más relevantes de la propuesta encontramos la consagración del derecho a la presunción de inocencia, ya que según el art. 3 “Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos o acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”. Añade el art. 4 que “Los Estados miembros velarán por que, antes de la condena



firme, las autoridades públicas no presenten a los sospechosos o acusados como condenados”. A partir de aquí se enuncian conceptos fundamentales, como que la carga de la prueba debe recaer en la acusación (art. 5.1), toda presunción que invierta la carga de la prueba debe tener una importancia suficiente que la justifique y debe ser refutable, para lo que “basta que la defensa aporte pruebas suficientes que susciten una duda razonable sobre la culpabilidad de los sospechosos o acusados” (art. 5.2). Además, ante la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad, el sospechoso o acusado debe ser absuelto (art. 5.3). El artículo 6.1 consagra el derecho a no autoinculparse y a no cooperar en cualquier proceso penal, declarando expresamente que “El ejercicio del derecho a no autoinculparse y a no cooperar no se usará en contra de los sospechosos o acusados en una fase posterior del proceso y no se considerará una corroboración de los hechos” (art. 6.3). Se añade que “Las pruebas obtenidas en vulneración del presente artículo serán inadmisibles, salvo si su uso no menoscaba la equidad global del proceso” (art. 6.4).

En cuanto al derecho a guardar silencio, se aplica ante el interrogatorio por parte de la policía, de otra autoridad con funciones coercitivas o de autoridades judiciales (art. 7.1). En consonancia con el derecho a no autoinculparse, “El ejercicio del derecho a guardar silencio no se usará en contra de los sospechosos o acusados en una fase posterior del proceso y no se considerará una corroboración de los hechos” (art 7.3). Las pruebas obtenidas también serán inadmisibles, “salvo si su uso no menoscaba la equidad global del proceso” (art. 7.4).

Por último, el artículo 8 hace referencia al derecho a estar presente en el propio juicio, lo que debe estar garantizado por los



Estados miembros. Sin embargo, cabe la posibilidad de decidir en ausencia si a su debido tiempo el acusado ha sido informado en persona de la fecha y lugar del juicio y no existen dudas de que tenía conocimiento de su celebración, habiendo sido informado de que podía dictarse una resolución si no comparecía. También será válido el resultado de un juicio en ausencia si el acusado hubiera otorgado mandato a un letrado para que le represente y ha sido efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio. Cabría por último la ejecución de una resolución dictada en ausencia si, comunicada al interesado dicha resolución y del derecho a repetir el juicio o interponer recurso de apelación –con derecho a participar en el proceso evaluando nuevamente el fondo del asunto–, declara expresamente que no impugna la resolución, o no solicita la repetición del juicio o formula apelación dentro del plazo establecido.

En síntesis, estamos ante una serie de disposiciones que avallarán plenamente en las legislaciones europeas las doctrinas defendidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. MAYOR EFICACIA DE LA JUSTICIA PENAL EN EUROPA

3.1. Directiva 2014/41/CE, del 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁸

Se trata del último avance en materia de armonización procesal penal europea, que sin duda abrirá el camino a nuevas reformas. En el ámbito más limitado de la ejecución de embargos preventivos de bienes y aseguramiento de pruebas, la Decisión

8. DOUE L130/1, del 1/5/2014.



Marco del Consejo 2003/577/JAI ya había abordado en 2003 la necesidad del reconocimiento mutuo inmediato de resoluciones judiciales de otro Estado, para prevenir la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de pruebas. Esta regulación se complementaba con otra Decisión Marco del Consejo, 2008/978/JAI, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas, limitado a la remisión de pruebas ya existentes, y por lo tanto con una eficacia limitada. Era necesario entonces construir un nuevo marco de obtención de pruebas, basado en el principio de reconocimiento mutuo.

Esta renovada regulación europea trata de definir los requisitos y eficacia de un nuevo instrumento llamado Orden Europea de Investigación (OEI), que habilita que una o varias medidas de investigación específicas se lleven a cabo en otro Estado europeo (o “Estado de ejecución”). El nuevo instrumento permite tanto medidas de investigación específicas dirigidas a la obtención de nuevas pruebas, como la remisión de pruebas ya existentes. Es decir, no solo se trata de obtener las pruebas que ya están en posesión de la autoridad de ejecución (por ejemplo, documentales) sino que hace obligatorio ejecutar nuevas medidas de investigación en un Estado distinto.

Por una parte se encuentra la autoridad jurisdiccional que emite la orden o *autoridad de emisión*, que decide las medidas de investigación necesarias a realizar en otro Estado miembro (por ejemplo, recabar declaración a testigos o peritos, obtener información sobre operaciones bancarias, declaración de testigos por videoconferencia, medidas de investigación que requieran un seguimiento en tiempo real en otro Estado, como la entrega vigilada de drogas, operaciones encubiertas con agentes infiltrados,



etc.). La autoridad de emisión será el Juez o Fiscal competente, según la legislación procesal del país de emisión. La solicitud de una OEI a la autoridad de emisión para que sea tramitada en otro Estado puede provenir también de una persona sospechosa o acusada de un delito, directamente o a través de sus abogados, en el marco del derecho de defensa. La autoridad de emisión puede pedir que autoridades de su propio Estado asistan a la ejecución de la Orden en el Estado de ejecución como apoyo a las autoridades locales, aunque carecerán de toda competencia coercitiva en el Estado de ejecución, salvo que se acuerde lo contrario.

La autoridad del otro Estado –*autoridad de ejecución*– será la competente para ejecutar las medidas de investigación, según su ordenamiento jurídico. Deberá reconocer la OEI si cumple las formalidades previstas en la Directiva, debiendo ejecutarla de la misma forma que si lo hubiera ordenado una autoridad judicial de su propio Estado. No está obligada a ejecutar la OEI si concurre alguno de los motivos de denegación o aplazamiento previstos en la Directiva en análisis. Solo se llevará a cabo una medida de investigación si este tipo de medidas están previstas en el Derecho nacional. Si no están contempladas, debe cumplirse la OEI recurriendo a medidas alternativas. También se optará por medidas alternativas si estas obtienen idéntico resultado siendo a la vez menos invasivas para los derechos fundamentales del interesado. Algunos Estados pueden exigir una autorización judicial para ejecutar las medidas de investigación, según su Derecho interno.

El art. 11 de la Directiva enumera los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de una OEI. Así, por ejemplo, si



el cumplimiento de la OEI pudiera lesionar intereses esenciales para la seguridad nacional, comprometer una fuente de información o violar el principio *non bis in idem*. También si existen motivos sustanciales para creer que al ejecutarse la medida de investigación se vulnerarán derechos fundamentales del interesado o, en ciertos casos, si se violan inmunidades o privilegios legalmente establecidos en el Estado de ejecución. La eficacia de la OEI depende en buena medida de los plazos de ejecución. Por ese motivo se prevén limitaciones temporales para dotar de rapidez y eficacia a estas Órdenes. Existe un plazo máximo de 30 días para adoptar la resolución de reconocimiento o ejecución de la Orden, que se deberá ejecutar sin demora y a más tardar 90 días después de adoptar la resolución que acepta la OEI.

El recurso a una medida de investigación tramitada a través de una OEI solo es posible si dicha medida es *proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto*. No puede movilizarse toda esta costosa maquinaria de investigación sin justificación alguna, máxime cuando los gastos que se generen corren a cargo del Estado de ejecución. Debe existir, pues, relación entre la medida solicitada y la pesquisa que se está realizando. Además, la prueba en cuestión debe ser necesaria para dicho procedimiento. La autoridad de emisión debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esencialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa.



3.2. Ley 23/2014, del 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

Un hito fundamental para el mejor funcionamiento de la justicia penal en Europa radica en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Por esta institución se viene luchando desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999. A partir del reconocimiento mutuo de resoluciones penales se sustituye el antiguo sistema que exigía lentas tramitaciones judiciales y administrativas por otro mucho más ágil, que permite y facilita una comunicación directa entre autoridades policiales y jurisdiccionales, dotado, eso sí, de suficientes garantías. En este contexto se han ido incorporando al Derecho español renovados instrumentos e instituciones procesales, como la orden europea de detención y entrega (Ley 3/2003 y Ley Orgánica 2/2003, del 14 de marzo), resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procesos penales en el marco europeo (Ley 18/2006 y Ley Orgánica 5/2006, del 5 de junio), el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (Ley 1/2008 y Ley Orgánica 2/2008, del 4 de diciembre) y la ejecución de resoluciones judiciales de decomiso (Ley 4/2010 y Ley Orgánica 3/2010, del 10 de marzo).

En los últimos años la labor legislativa europea en temas que afectan el proceso penal ha sido incesante, estableciéndose soluciones muy innovadoras. Así, la Decisión Marco 2008/909/JAI permite que la pena impuesta en un Estado miembro sea ejecutada en otro, si contribuye a la reinserción del condenado. La Decisión Marco 2008/947/JAI permite que un Estado miembro se haga cargo de vigilar que un condenado cumple en su territorio las medidas de libertad vigilada o penas sustitutivas impuestas en otro Estado. La Decisión Marco 2008/978/JAI regula



el exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. Algunas de estas decisiones ya han sido modificadas por el Derecho europeo, concretamente por la Decisión Marco 2009/299/JAI en orden a reforzar los derechos procesales de las personas cuando se trata de resoluciones dictadas en juicios celebrados sin la presencia del acusado. Incluso se ha dictado una Directiva en esta materia, 2011/99/UE, que extiende la protección judicial que se brinda a una persona contra actos delictivos de otra, cuando se desplaza a otro Estado miembro para residir o permanecer durante cierto período de tiempo.

La recientísima Ley 23/2014, del 20 de noviembre, se encarga de transponer al mismo tiempo todas estas disposiciones europeas, intentando reducir la dispersión normativa. Se trata de un texto de gran importancia porque modifica en España la técnica de la transposición, que pasa a realizarse con mayor calado en un solo cuerpo normativo, lo que generará mayor seguridad jurídica, estructurándose a través de un nuevo esquema que permitirá en el futuro incorporar nuevas Directivas que regulen estas materias. El análisis completo de su articulado excede los objetivos trazados en este trabajo.

En definitiva, estamos ante importantísimos avances europeos que procuran mejorar los derechos de los detenidos y acusados y en general la cooperación judicial en materia penal, atendiendo a la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Todo ello con fundamento en el artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que exige esencialmente facilitar la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, defender los



derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

BERNARDI, A., “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, *Revista Penal*, nº 27, 2011.

DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Lex Nova, 2008.

GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., “La armonización de los Derechos procesales en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 16, 2013.



MISIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Por Luis Francisco Lozano*

1. MISIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

¿Hay una misión típica de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ)? Si la hay, ¿cuál es? ¿la pueden cumplir otros tribunales? Estas son preguntas cuya respuesta no me parece evidente, aunque vemos como natural la existencia de esta clase de tribunales. Contestarlas es, en definitiva, preguntarnos para qué sirven y, consecuentemente, si tenemos que organizarlos, cómo, y cómo deben comprender su rol institucional los miembros de esos tribunales.

Comienzo por proponer una formulación en estos términos.

Los TSJ organizan las normas emanadas del poder constituyente, del Poder Ejecutivo (PE) y del Poder Legislativo (PL), de los Estados que los instituyen, y las emanadas de los Estados en que están federados o integrados de otro modo, incluyendo los tratados internacionales, como un sistema, completo y consistente, susceptible de conducir a los jueces en la aplicación uniforme del derecho, sin mengua de su independencia, y de delimitar el ámbito de los poderes políticos sin mengua de la democracia.

Las explicaciones van a continuación.

* Juez del Tribunal Superior de Justicia del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



2. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

2.1. No se trata de un examen del derecho positivo, pero lo tiene en consideración

El examen que me propongo es el de las funciones que es esperable que cumplan los Tribunales de Máxima jerarquía de los poderes judiciales. No es el de un tribunal en particular o el de varios, comparativamente sistematizado. Es decir, no es un examen del derecho positivo que organiza y acuerda atribuciones a los tribunales cimeros. Tampoco es totalmente ajeno a ese derecho positivo. Consiste en la definición de un modelo teórico que permita reflexionar acerca de cómo concebir los tribunales de las constituciones reales a la luz de ese modelo que busca explicitar las funciones que un esquema de división republicana de poderes debe depositar en la cúspide del poder judicial antes que en otro de los órganos máximos –por hipótesis, en uno de los poderes políticos– o dejar yacer dormido, como habría dicho Marshall.

2.2. Características comunes a los TSJ (última palabra, bisagra con tribunales instituidos por otros Estados u organizaciones supranacionales, dar cobijo a los grandes debates –democracia deliberativa–)

Tres características reúnen los tribunales cimeros de que busco hablar, a saber, emiten la última solución judicial dentro del Estado que los instituye, son bisagra con Estados de nivel superior o con tribunales internacionales, exponen el contenido de las reglas generales que constituyen el orden jurídico antes que



la voluntad de sus miembros. Pueden tener algunas otras funciones, tanto esos tribunales como sus miembros –por ejemplo, ser autoridad electoral o ser alguno de sus jueces presidente o miembro de jurados de enjuiciamiento o de juicio político– sin que ello desnaturalice las destacadas anteriormente; pero de esas funciones no me ocuparé.

Esta característica de emitir la última solución judicial dentro del Estado que los instituye importa una grave responsabilidad. Sus decisiones no pueden ser revisadas dentro del mismo Estado, aunque puede ocurrir que haya tribunales por fuera de él que puedan revocar, sustituir o declarar contraria a derecho su sentencia. Ello ocurre con la revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) –que es ella misma un TSJ– respecto de los superiores tribunales, originariamente de la causa, hoy –*Di Mascio* mediante– de la jurisdicción local.

Esta misma circunstancia lleva naturalmente a que sirvan de bisagra con órganos judiciales de los órganos jurisdiccionales de las uniones o integraciones de Estados de las cuales participa como Estado local o nacional aquel que los instituye. Así, la CSJN termina siendo una bisagra con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que viene a articular las naciones americanas con la organización supranacional que se han dado; mientras los TSJ de las provincias argentinas lo son con la CSJN, articulando esos Estados locales con la Nación.

Finalmente, la índole de las normas que les toca interpretar de modo final en sus ámbitos, constituciones, tratados internacionales, en especial los de derechos humanos, y tratados interprovinciales suele ponerlos en situación de elaborar precisiones



para los grandes conceptos con que esas normas están formuladas. Eso da ocasión de reproducir debates que se dan en el seno de la sociedad, con una formulación técnica y un propósito concreto que convierten a estos tribunales en un ámbito apropiado para el desarrollo de la democracia deliberativa.¹

3. LA CONVERSIÓN DEL ORDEN JURÍDICO EN SISTEMA

Es habitual utilizar la voz “sistema” para referirse al orden jurídico. Pero no lo es despegar qué queremos decir al calificarlo de sistema. En ciencias puras, un sistema es el conjunto de enunciados que pueden ser inferidos de un conjunto finito de premisas, usualmente axiomas. Así, por ejemplo, el álgebra de Peano o la geometría euclídiana. Estos sistemas aspiran a ser completos, en el sentido de que para cualquier enunciado expresable se pueda establecer si pertenece o no al sistema, lo que puede ser visto como si es o no verdadero; y a estar libres de contradicciones, pues, si las hubiera, todo enunciado sería trivialmente deducible en él. Hace tiempo ya que el matemático Kurt Gödel nos privó de la ilusión de reunir ambas calidades, al demostrar que si un sistema es completo no es consistente y viceversa. Preferimos, entonces, que esté libre de contradicciones aunque no sea estrictamente completo, sin abandonar la idea de que sea todo lo próximo a esa propiedad que nos sea posible.

1. Puede verse un desarrollo de esta idea en *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, colección Oxford Constitutional Theory, ed. Oxford University Press, de Conrado Hübner Mendes.



El equivalente jurídico es que el conjunto de enunciados² sea libre de contradicciones (consistente) y de lagunas (completo).

Estas propiedades de los sistemas resultan de la elección de axiomas y reglas de inferencia adecuados. Ello asegura que la pertenencia al sistema, por quedar definida por la idea de deducibilidad, quede vinculada a la meta de consistencia y, en un sentido coloquial, a la de verdad.

En la teoría jurídica, la línea Austin, Kelsen, Hart define la pertenencia al orden jurídico³ por relación con alguna autoridad última común a todos los enunciados –normas– del conjunto. Claro está, ello no está vinculado con la plenitud ni con la consistencia, no asegura que no haya contradicciones o lagunas. Pero estas propiedades del conjunto de normas siguen constituyendo una meta.

La pregunta es cómo se asegura su consecución. Los poderes políticos que introducen y eliminan las reglas generales al sistema no tienen esta meta, aunque pueden intentarla. Sus intentos se ponen verdaderamente a prueba en el ámbito judicial. Aquí aparece el órgano del orden jurídico que las provee. En los sistemas republicanos ese órgano es el Poder Judicial, más específicamente el TSJ.

¿Cómo se llega de un orden emanado de una autoridad superior común a un sistema completo y consistente?

2. En puridad, habría que distinguir entre normas (*rechtsnorm*) y proposición jurídica (*rechtssatz*), pero no es imprescindible para el propósito que persigo.

3. H. L. Hart en *The Concept of Law*, *passim*, emplea la voz “sistema”, Kelsen, en *La Teoría Pura*, mantiene la de “orden”.



Así como la emisión de las normas que componen el orden resulta centralmente de un PL y un PE separados de los tribunales, la sistematización de los elementos que lo componen incumbe principal y finalmente a los jueces; y, entre ellos, el TSJ es el que está en mejor posición de desarrollar esa función. Más aún, si no la desarrollara casi inexorablemente la frustraría con decisiones discordantes propias y de los restantes jueces, cuyas decisiones solo a veces revisa. A su turno, otros órganos judiciales difícilmente podrían pasar de la sistematización de subconjuntos de normas, con lo cual no se cumpliría con la aspiración enunciada.

Cierto es que el PL sistematiza, a veces, mediante la emisión de leyes en forma de códigos o el PE bajo la modalidad de textos ordenados, pero el broche final solamente puede emanar del TSJ. La sistematización viene dada por la formulación de doctrina consistente en reglas generales, aun cuando sean concebidas a propósito de una causa. Pero no son la solución que el juez quiere para la causa sino la que concibe como parte del ordenamiento con alcance a cualquier contienda semejante. En esto, los TSJ son para-legisladores y para-constituyentes antes que jueces, aun cuando estén investidos de la función jurisdiccional.

Aprovecho un ejemplo de Robert Alexy.⁴ La princesa Soraya, anteriormente esposa del último sha de Irán, obtuvo de un tribunal alemán de mérito una reparación pecuniaria por el daño, que llamaríamos moral, que le había sido inferido por una publicación. El art. 253 del Código Civil alemán restringía la reparación a los supuestos previstos legalmente, y ese no era uno de ellos. Cuestionada la sentencia ante el Tribunal Constitucional Federal (TCFA), este entendió aplicable la regla 20 párr. 3º, que

4. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona, 1994.



obligaba al juez a aplicar la ley y el derecho.⁵ En la concepción del TCA, el *a quo* había encontrado en el derecho lo que no existía en la ley y, consecuentemente, su decisión estaba fundada. Alexy señala que esto supone una vinculación entre el derecho positivo y la moral. Me interesa más destacar otro aspecto del ejemplo. No se trata de una solución impartida por el TCA sino de que este no revocó la de la Corte de Justicia Federal, es decir, el TCFA no emitió la regla según la cual debían repararse pecuniariamente daños de esa especie, sino aquella otra consistente en que no carecían de fundamento las decisiones de los tribunales de mérito que acuden a criterios extralegales mientras no excedan lo que puede reconocerse como proveniente del derecho. Señala Alexy que se pudo haber suscitado el planteo de inconstitucionalidad del art. 100 párr. 1 de la Constitución Federal. Pero habría llevado a un pronunciamiento general acerca de la constitucionalidad del art. 253 que, en el derecho alemán, habría tenido la rigidez del control difuso, habría llevado al rechazo del planteo o a la derogación de norma, mientras que, tal como quedó resuelto, se trataba de la no aplicación en el caso, porque la ley quedaba mitigada por el derecho.

Creo del caso recordar el modo en que el Código Iberoamericano de Ética Judicial trata la equidad. Sus arts. 36 y 37 dicen:

“Art. 36.- La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

5. Ley Fundamental. “Art. 20.- (...) El poder legislativo está sujeto al orden constitucional, los poderes ejecutivo y judicial están sujetos a la ley y el derecho”.



Art. 37.- El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”.

Los límites son bastante estrictos y, ciertamente, excluyen toda idea de acudir a preferencias personales del juez. Puede a) sin trasgredir el Derecho vigente, b) atendiendo a peculiaridades del caso que c) hagan necesario atemperar con criterios de justicia las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables, siempre que resuelva d) criterios –esto es reglas generales– e) coherentes con el ordenamiento, f) susceptibles de convertirse en imperativo con alcance a todos los casos sustancialmente semejantes. En unión al deber de motivar,⁶ todas las exigencias recordadas deben ser expuestas por el juez a las partes y, de últimas, a cualquier lector de su sentencia.

Esta circunstancia nos lleva a la siguiente característica de los TSJ.

6. Código Iberoamericano de Ética Judicial. “Art. 18.- La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.

Art. 19.- Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

Art. 20.- Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, solo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.

Art. 21.- El deber de motivar adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional.”



4. RAZONES PARA QUE LOS TSJ NO DETERMINEN CUÁLES SON LOS HECHOS.

Aunque hay muchas excepciones, los TSJ no resuelven, en líneas generales, cuestiones de hecho sino de derecho. Frecuentemente, se ve en ello un modo de economizar la energía de estos órganos, sujetos naturalmente a una voluminosa demanda de servicio. Empero, no es esa la única razón.

A ella se suma otra inherente al sistema de división de poderes. En palabras de Charles Evans Hughes: “Estamos regidos por una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder Judicial es la salvaguarda de nuestra libertad y de nuestra propiedad dentro de la Constitución”.⁷ Lo mismo puede decirse de todo el orden jurídico.

Esto nos pone en una situación muy particular. Si la ley dice lo que el juez dice que dice, entonces debemos reconocer que el juez es un para-legislador. De la precisión con que empleen sus potestades el PL y el PE, y también de su discreción, y del control que la Constitución posibilite sobre él, dependerá el grado de flexibilidad con que ejerza ese cometido. Pero, aun cuando el margen que los otros poderes le dejen sea muy limitado, siempre le cabe hacerlo en alguna medida. El TSJ lo hace en última instancia y así es quien verdaderamente fija el contenido último del derecho. Consecuentemente, por aplicación de las recomendaciones de Montesquieu, no debería ser el que resolviera finalmente las causas, esto es, el que aplicara la regla general a los

7. Hughes, Charles Evans, discurso en la Cámara Comercio, Elmira, New York (3 May 1907), publicado en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*, Governor of New York, 1906-1908 (1908), p. 139. Idéntica idea, esta vez respecto del derecho en general, puede verse en Wendell Holmes, Oliver, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 457 (1897) y Chipman Gray, John, *The nature and sources of the law*.



conflictos concretos, dicho en otras palabras, a los hechos. Ello hace recomendable que se lo dote de la competencia adecuada para fijar la regla de derecho, pero se atribuya la de aplicarla a otro órgano judicial. La herramienta para asegurarlo es librar la determinación final de los hechos a otro juez. Esa separación de roles evita la hegemonía.

Entretanto, se posibilita que la interpretación final de la ley y especialmente la de la Constitución queden reservadas a un órgano único que gobierna la aplicación uniforme del derecho mediante la formulación de doctrina.

En tales condiciones, el TSJ llena su función proveyendo de doctrina a los jueces de mérito, con toda la amplitud y precisión que las causas le permiten, a fin de que esos tribunales de mérito puedan operar del modo más uniforme posible; mientras que debe reservarles el establecimiento de los hechos evitando así su propia hegemonía. Un mecanismo provechoso para hacerlo es limitar la revisión de las conclusiones de los tribunales de mérito acerca de los hechos a los supuestos de arbitrariedad y devolverla a otros jueces para que se expidan nuevamente a ese respecto. Esta limitación es la de cualquier tribunal de casación, que devuelve con formulación de doctrina a aplicar, pero sin emitir la solución del pleito.

Esta función sistematizadora lleva a escoger interpretaciones que armonicen leyes entre sí, a estas con los tratados internacionales y la Constitución, a las cláusulas constitucionales entre sí, lo que necesariamente lleva a apartarse de lo que pudo ser la voluntad de los legisladores, aun en los casos en que ella nos fuere efectivamente conocida, cosa que no siempre ocurre.



Cuándo hacerlo sin que la solución judicial se torne frustratoria de la democracia republicana, agregaría deliberativa, es cuestión de equilibrio y es la correcta solución a la pregunta acerca del activismo. No se trata de ponerse en el medio sino en el lugar adecuado entre los intereses vistos al tiempo de la sanción de la Constitución y los más inmediatos de la promulgación de la ley.

Nunca consiste en poner las propias convicciones por encima de las compartidas por el pueblo. Me viene a la memoria algo que expuse en ocasión de la audiencia pública que precede a la votación para asumir el cargo de juez del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Dije entonces, y sigo creyéndolo: nuestra Constitución –la de la CABA– tiene contenidos que me parecen maravillosos, otros muy buenos, otros buenos, otros regulares y aun otros que no comparto, pero estoy aquí aspirando a la designación porque me siento en condiciones de interpretar lealmente todos ellos.

5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PARA-LEGISLACIÓN

El control de constitucionalidad es un supuesto extremo de para-legislación puesto que tiende a suprimir la ley contraria a la Constitución o, en el control difuso, las consecuencias opuestas a la Constitución.

Al igual que la sistematización de las normas emanadas de los órganos políticos permanentes, el TSJ debe incorporarlas al sistema que organiza. La diferencia con las leyes o los decretos reglamentarios es que la Constitución está concebida, en sí, como un sistema coherente y completo y, además, supremo, es



decir, que el intérprete no tiene que revisarla ni armonizarla con normas superiores o anteriores. Pero la actual Constitución Nacional ha incorporado normas de tratados internacionales en las condiciones de su vigencia. En tales condiciones, ya no es el caso de una presentación sistemática sino de un sistema al que fueron insertados cuerpos diversos, que presumimos compatibles, pero no son fruto ya de una concepción unificada. Aun cuando se hubiera mantenido el texto original aparece la línea de la interpretación dinámica que adapta el texto a los tiempos. Todo ello es tarea para los TSJ.

5.1. Caso Pruneyard

El caso Pruneyard es un ejemplo ilustrativo de algunas características de la construcción jurisprudencial del sistema jurídico. Por una parte, acerca de cómo se puede elegir entre sentar una regla y dejar libradas las decisiones a las “circunstancias del caso”. Por la otra, acerca de cómo pueden ser concebidos derechos fundamentales como “mandatos de optimización” aunque no lo estén originariamente por el constituyente.

El juicio fue promovido por un grupo de activistas que había solicitado firmas, oponiéndose a una resolución de las Naciones Unidas, al público concurrente a un centro comercial sito en California, dentro de él. En la ocasión, el personal de seguridad les había informado que las actividades reseñadas violaban reglamentos de ese centro que prohibían a todo visitante o inquilino involucrarse en expresiones no directamente relacionadas con el objeto del establecimiento. Los activistas se retiraron y articularon demanda solicitando la emisión de una orden judicial



que vedara a los propietarios del centro impedirles la entrada o el desarrollo de la actividad proselitista descrita. En primera y segunda instancia, la acción fue rechazada, sobre la base de que el derecho de propiedad comprendía el de decidir cómo el bien era usado. La Corte Suprema de California revocó sosteniendo que la Constitución de California protegía las libertades de expresarse y de peticionar razonablemente ejercidas en los centros comerciales privados y que ello no infringía los derechos de propiedad de los dueños del lugar, ni en su protección local ni en la federal. La Corte Suprema de los EE. UU. confirmó, en los aspectos federales.

El caso pone en juego la ponderación entre los derechos de expresarse y peticionar, por una parte, y el de propiedad, por la otra. Las sentencias de las dos primeras instancias locales resuelven en favor de la propiedad, asumiendo que expresarse y hacer proselitismo son derechos que no quedan significativamente restringidos por no poder ser ejercidos en ámbitos cuyos propietarios tengan voluntad de usarlos sin soportar la presencia de los activistas. La sentencia de la Corte Suprema de California, en cambio, asume que el derecho de propiedad no queda significativamente restringido cuando, en bien de posibilitar que quienes se expresan lo hagan ante audiencias numerosas, cuya reunión obedece precisamente al atractivo del centro comercial, se impide al propietario obrar de acuerdo a su deseo de excluir a los activistas, cuando sus acciones no interfieren con el giro comercial entendido en sentido amplio que abarque el paseo confortable de los visitantes. Finalmente, la Corte Suprema de los EE. UU. decidió que el Estado de California no infringía normas federales –básicamente la Enmienda XIV– al regular, dentro de



sus fronteras, los derechos de expresarse y peticionar del modo en que la Corte Suprema californiana interpretó que lo hacía el derecho local.

5.2. La medición de consecuencias y las opciones entre cláusulas contrapuestas (cláusulas que operan en sentidos opuestos)

Casos como *Pruneyard* y muchos otros de los que llegan a los TSJ, en verdad, los más interesantes y aptos para el ejercicio de la misión de estos órganos, ponen en juego la habilidad de los jueces para medir las consecuencias de las doctrinas que adoptan. No se trata de resolver la materia litigiosa –en el caso saber si esos activistas podían pedir firmas opuestas a una decisión de la ONU– sino de prever qué puede ocurrir en el previsible supuesto de que la misma doctrina sea aplicada a otras situaciones que pueden ser iguales en los aspectos identificados como razones para decidir, pero pueden ser muy distintos en otros aspectos que conciten el interés, la preocupación o aun el temor del pueblo.

Un modo sencillo de ser prudente es aumentar las notas que determinan la solución hasta asegurarse que la solución formulada quepa solamente al caso resuelto. Esto conspira contra la meta de resolver controversias particulares por medio de reglas generales. En verdad, la aspiración de un sistema republicano es que las reglas alcancen la máxima generalidad que requiera el cumplimiento de la regla rousseauiana de formación de la voluntad general y, como mínimo, que discriminen lo que no debe ser discriminado. Eso lleva a que cuando se formula una doctrina se analice cuáles son los supuestos previsibles a los que



no cabrá dar una solución distinta. Es síntesis, cuando un TSJ formula una doctrina debe preguntarse cuál es el universo de casos a los que corresponde dar una misma solución y evaluar si la solución que diseña es valiosa para cada uno de esos casos. El análisis está muy emparentado con el que lleva a cabo cuando le toca examinar si una ley satisface la exigencia de igualdad. La diferencia es que en este último supuesto examina un caso concreto a la luz de la categoría que define la ley, mientras que cuando construye doctrinas como la de *Pruneyard* debe anticipar esos casos.

5.3. Sistematizar supone formular reglas generales, aunque sea a propósito de resolver causas. El compromiso con la regla formulada es garantía contra el potencial despotismo judicial

Aunque un TSJ se pronuncie en un caso, esto es, a propósito de una relación jurídica y no de un conjunto de ellas, las razones que da para adoptar una solución a su respecto deben ser formuladas como reglas, esto es, con carácter general. Si no fuera así, estaría resolviendo sin atención a los poderes representativos de la voluntad del pueblo. Pero las reglas que toma de esos poderes políticos frecuentemente carecen de la precisión suficiente para arrojar una solución única para la materia litigiosa. Esto es más natural en las cláusulas constitucionales. En esos supuestos, la elaboración del juez pasa, por hipótesis, por interpretar la regla legislativa o constitucional, o aun reglamentaria; pero no debe consistir en la adopción de una interpretación para el caso, de la cual esté dispuesto a desprenderse en el siguiente. Ello lleva a que deba formular su interpretación como una regla general



como la que interpreta, y como principio, tan general como aquella. La diferencia con las reglas de fuente política es el modo en que pueden ser cambiadas. Formalmente, las jurisprudenciales pueden serlo en cada sentencia; pero el orden hace aconsejable, casi imperioso, hacer que su modificación ocurra solamente cuando se descubre en el caso nuevo una circunstancia de las que Carlos Cossio llamaba arcónticas, una excepción a la regla, general como la regla corregida mediante esa excepción.

A propósito de esta exigencia de mantener las interpretaciones formuladas por los jueces como lecturas objetivamente mejores o únicas de los materiales jurídicos que les toca examinar, el juez Owen Roberts dijo: “el motivo de mi preocupación es que la decisión instantánea que deja sin efecto la doctrina emitida hace nueve años tiende a convertir la jurisprudencia de este tribunal en una especie de boleto de tren restringido, válido para un único día y tren”.⁸ Si cada juez realizara esta tarea interpretativa sin atender a lo que hacen los demás órganos judiciales resultaría previsiblemente un caos de reglas contradictorias. Ello ocurriría aun cuando cada interpretación fuera razonada con toda precisión, ya que asumimos que puede haber más de una interpretación posible para una misma regla. En tales condiciones, la meta de que el orden jurídico esté compuesto por un con-

8. El párrafo completo dice: “*The reason for my concern is that the instant decision, overruling that announced about nine years ago, tends to bring adjudications of this tribunal into the same class as a restricted railroad ticket, good for this day and train only. I have no assurance, in view of current decisions, that the opinion announced today may not shortly be repudiated and overruled by justices who deem they have new light on the subject. In the present term the court has overruled three cases*”. *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 669 (1944). Anteriormente, la idea había sido expuesta en una carta del también ministro Harlan Stone a Frankfurter. Tomo el dato del trabajo de Richard M. Re “On ‘A Ticket Good for One Day Only’”, publicado en *16 Green Bag 2d 155* (http://www.greenbag.org/v16n2/v16n2_articles_re.pdf).



junto de reglas consistentes se torna posible cuando se deposita en un TSJ la función unificadora.

6. ¿POLÍTICA Y CUÁNTA?

Lo anterior nos lleva a una pregunta frecuente: ¿cuál es y cuál debe ser la relación de los TSJ con la política? Más específicamente, ¿tienen los jueces de los TSJ la potestad de pronunciarse políticamente?, ¿deben abstenerse de hacerlo?, y hasta ¿les es posible ser ajenos al posicionamiento político?

Comencemos por distinguir dos usos de la palabra “política”, promiscuamente empleados en el discurso habitual. En un primer uso la voz “política” está referida a la índole de las motivaciones que fundan lo que resuelven los jueces. “Cuestión política” significa: lo que se resuelve según la voluntad política, voluntad que, en nuestro sistema republicano, solo debería ser la del pueblo, depositada generalmente en sus representantes. Un segundo uso califica de “políticas” a las cuestiones cuya solución impacta en el pueblo, esto es, las que tienen consecuencias políticas, con independencia de su motivación. A la luz de estos dos usos o significados, una cuestión puede ser política por sus consecuencias sin serlo por su índole. Por ejemplo, la pérdida de vida de un presidente en un accidente automovilístico tiene consecuencias serias sobre la comunidad, y puede por ello ser calificada de política; pero el desvanecimiento del conductor, que lo provoca, está lejos de ser calificable de político en el primer sentido. La relación del ejemplo con el ejercicio de la función jurisdiccional no puede ser más evidente.



Aunque el juez fuera un aplicador mecánico de la Constitución y las leyes, y en ese sentido su oficio no teñido por la política, las consecuencias de sus decisiones podrían tener efectos políticos tremendos. Pensemos en la inconstitucionalidad de un impuesto, la descalificación de un decreto de necesidad y urgencia o la de una ley federal por invadir potestades provinciales. Pero ello no empece a que su decisión haya quedado satisfactoriamente fundada en normas de derecho positivo.

Sabemos, sin embargo, que quien cumple la función de juez puede dejarse llevar por sus preferencias políticas sustituyendo la voluntad del pueblo por la propia. Sabemos también que las normas constitucionales y de los tratados internacionales están llenas de conceptos de los que habitualmente califican como indeterminados los autores de derecho administrativo. Por eso conviene que nos preguntemos si es posible mantener la idea de división de poderes en cuanto separa los políticos –operadores representativos de la voluntad del pueblo– de los jueces –aplicadores de reglas concebidas como generales por los otros poderes.

6.1. Responsabilidad política

Tener la palabra final pone una responsabilidad política enorme en los jueces de los TSJ. Son los que definen qué es político y qué no lo es, en el sentido de *Cullen c/Llerena*,⁹ *Luther v. Borden*¹⁰ o *Baker v. Carr*,¹¹ esto es, en el sentido de que la Constitución ponga su decisión en los poderes políticos de modo final. En esa línea,

9. Fallos 50:420.

10. 48 US 1 (1849).

11. 369 US 186 (1962).



las cuestiones no son políticas por su sola naturaleza, lo son por la ubicación que les da la Constitución; o, lo que es lo mismo, la que le den los TSJ interpretándola. Cuando un TSJ declara que hay un límite constitucional al legislador, está poniendo un límite a la voluntad política del pueblo; y no es argumento contra ello la constatación de que el escogido para representarla se aparta de lo que fue el mandato original, toda vez que el límite no podrá ser removido por la sola virtud de los próximos comicios. Este límite, sin embargo, no se sustenta en la propia voluntad del juez sino en lo que él cree ha sido la del constituyente –representante del pueblo, como los Poderes Legislativo y Ejecutivo–. Pero lo que el juez determina es cuál es el modo por el cual el pueblo debe expresarse para restringir al individuo.

Lo dicho muestra que la decisión del juez tiene consecuencias políticas. Ello no implica que se torne imposible el ideal de que la voluntad política como fundamento de la decisión quede reservada a los legisladores y el poder ejecutivo. ¿Cómo evitar que el TSJ invada los ámbitos de estos poderes, ya que lo que no puede es evitar las consecuencias del ejercicio de las potestades que le confía la Constitución?

Esto requiere, en mi opinión, muchas precauciones, de las que destaco:

a) el miembro de TSJ debe conocer profundamente la filosofía política del sistema democrático republicano; no se trata de que declare, ante una comisión evaluadora, su adhesión a ese ideario, o al de una agrupación política que lo esté, sino de conocer exhaustivamente cómo ha sido generalmente concebido por los estudiosos del tema.



b) debe tener los conocimientos necesarios para conjeturar razonablemente qué consecuencias tendrán sus doctrinas.

c) debe tener la capacidad de hacer explícitos estos conocimientos (aun antes de ser designado), a fin de cumplir dos objetivos, por una parte, demostrar cómo encuadran en los de la Constitución y, por la otra, al sumar las explicaciones en un debate, aportar a lo que, desde hace algunas décadas, conocemos como democracia deliberativa.¹²

6.2. El diálogo entre poderes

Lo anterior tiene matices. Ciertamente, la cosa juzgada no es revisable. Pero la doctrina que establece un TSJ puede estimular el ejercicio de otros poderes que entiendan conveniente modificar o eliminar la regla sentada como doctrina. Esto ha sido visto como un diálogo entre poderes; y lo es. Pero, quien establece con qué poder se dialoga es el propio TSJ. Si interpreta una ley, quien puede responder es el PL. En cambio, si sienta la misma solución con apoyo en un tratado internacional, la modificación de la regla queda fuera del alcance de las autoridades del mismo Estado, al menos obrando solas. Si la pone en la Constitución, el mecanismo de respuesta tendrá la rigidez de la reforma constitucional.

12. Joseph M. Bessette en "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government", en Goldwin, Robert A. y Schambra, William A. (eds.) *How Democratic is The Constitution?*, American Enterprise Institute, Washington, 1980; desarrollado por James Fiskin, Amy Gutmann, Joshua Cohen y, en nuestro medio, por Carlos S. Nino.



6.3. La repercusión política de las decisiones en la relación con otros Estados

Con la Constitución de 1860, ya que no con la de 1853, nació la relación de los poderes judiciales locales con el de la Nación. A partir de la ley 48 que reglamentó esa relación, los superiores tribunales de la causa –hoy los TSJ, en virtud del precedente *Di Mascio*– pudieron dar la última palabra limitando al PL local por oposición a cláusulas de la Constitución Nacional. En ausencia de resolución contraria al derecho federal –o, dicho de otro modo, en la medida en que la Constitución Nacional se pone como valla a una potestad local–, la CSJN no puede revisar lo obrado por el TSJ local.¹³

Ello pone una responsabilidad política mayúscula en los TSJ. Por esa vía pueden poner límites a la soberanía de los pueblos de sus provincias por encima de los que la Constitución Nacional, según la interpretación que de ella hace la CSJN, fija. La consecuencia es que desequilibra el federalismo, porque genera provincias con menores poderes frente a otras que los conservan por el hecho de tener TSJ que interpretan de modo distinto las cláusulas federales. Un fenómeno similar se da cuando los TSJ interpretan tratados internacionales. Pueden, por una parte, poner a la Nación en situación de incumplimiento de sus compromisos, mientras que pueden también someterla a una interpretación –por ende, a una modalidad de cumplimiento– que excede lo que los demás países y el Poder Ejecutivo Nacional

13. En EE. UU. esto llevó a eliminar, en la primera mitad del siglo XX, el requisito de resolución contraria. La causa histórica fue que algunos TSJ estatales declararon inconstitucionales normas laborales por oposición a la Constitución federal, sin que la Corte Suprema federal pudiera revisar sus decisiones.



(PEN) entienden haber comprometido. De ahí que los TSJ deben estar alertas a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como de las interpretaciones formuladas por el PEN siempre que tengan el alcance de un comportamiento internacional de la Nación y no una reacción circunstancial frente a una cuestión particular; y aun a las de los tribunales de otros países cuando ellas constituyan la modalidad de cumplimiento de esas naciones. En estos casos, el TSJ se convierte en el último órgano del Estado que lo instituye capaz de formular la defensa de sus intereses. Esto reza, por cierto, para la CSJN, que es el TSJ de los argentinos.

6.4. Activismo y delimitación

Alguna corriente de pensamiento, habitualmente ligada a la postulación de un activismo judicial intenso, parte de la constatación de que las decisiones de los jueces tienen consecuencias políticas para pasar, sin más, a justificar la tesis según la cual deben tener motivación política, concurrente, preponderante o, en su expresión más extrema, excluyente.

Pienso que esta corriente yerra; pero, aun así hace un señalamiento que obliga a ordenar ideas.

Un supuesto especial de equilibrio está vinculado a lo que conocemos como activismo judicial. ¿Cuál es el aporte interpretativo que puede hacer el juez en la aplicación de la ley? El menú de opciones va desde el conservadorismo de Robert Bork, para quien todo apartamiento de la voluntad del legislador o del



constituyente, necesariamente la originaria, supone activismo y es reprobable por trasgredir el régimen de división de poderes, hasta la postulación de que las normas deben ser interpretadas escogiendo la alternativa más próxima a las convicciones políticas y éticas del juez. Ni una ni otra postura me parecen respetuosas del sistema republicano. Desde luego, examinarlas no es tarea que pueda ser llevada a cabo en esta ocasión. Pero enunciarlas como polos sirve para ilustrar acerca de una idea de equilibrio que debe estar dentro del carcaj del juez.

Podemos coincidir en que las doctrinas de los TSJ proyectan, en medidas distintas, efectos sobre quienes componemos el pueblo; lo que no significa que el pueblo haya investido en esos Tribunales la atribución de expresar su voluntad.

En general, podemos advertir que adoptar una decisión con base en la voluntad política propia, mostrada o no como ideología, implica excluir la de otro, ya sea la de una persona o la de un colectivo, que puede ser el pueblo entero. Cuando el juez relaciona lo que resuelve con su fundamento político y este con la filosofía del sistema democrático republicano, facilita, al pueblo, a los juristas y a sí mismo, el examen de la sujeción o apartamiento que observa respecto de la voluntad del pueblo expuesta bajo la forma de leyes o de la Constitución. Nada justifica la suposición de que todo el pueblo adhiere al mismo pensamiento político, aunque seguramente podemos identificar algunas convicciones unánimemente compartidas. Tampoco que las personas que lo componen conciban las normas, particularmente las constitucionales, coincidentemente. Pero, la motivación que es deseable en una sentencia es la que permite establecer si existe observancia o apartamiento de la o las corrientes generalmente aceptadas



como derecho. Cuando lo decidido coincide con una corriente minoritaria, el juez está asumiendo un rol para cuyo desempeño, como principio, no ha sido convocado.

Lo dicho no reniega del control constitucional, por hipótesis, *contramayoritario*, si se piensa en la voluntad vertida en la ley, aunque no si se lo aborda desde la voluntad del constituyente, supuesto el acierto del juez en interpretarla. Tampoco de la soberanía del pueblo. Simplemente recuerda que el mismo pueblo y hasta la misma persona puede querer una solución legislativa *x* sin renegar por ello de la preferencia por la supremacía constitucional que imponga no aplicar la ley que quiso. Preferiría que el gol fuera válido, pero, por sobre todo, que sigamos jugando al fútbol.

Desde luego, la constatación de la voluntad general requiere el cumplimiento de pasos pautados por la técnica jurídica, unánime o ampliamente aceptada. La voluntad general se expresa por medio de asambleas legislativas o constituyentes y forma parte de ella que existan órganos judiciales encargados de armonizar la primera con la segunda.

Motivar una doctrina en el propio pensamiento político supone frustrar la voluntad general, a menos que el juez coincida estrictamente con ella, lo que es improbable.

El juez puede ser de centro, de izquierda o de derecha; pero cuando resuelve debe observar lo que manda la voluntad general, expresada en los planos constitucional y legal, que, bien sabemos, no siempre coinciden.



Torcer la interpretación buscando lo que se estima más justo constituye una alteración del sistema representativo. Sin embargo, que no sea representativo no lo invalida, puede ser más acertado y hasta puede ser el contenido futuro del orden jurídico. Anticiparlo, sin embargo, supone un uso autoritario de la investidura judicial.

Suponer que la circunstancia de que la formulación de doctrina por un TSJ siempre tiene consecuencias sobre el pueblo convierte en desechable toda argumentación, a excepción de la basada en la preferencia política, es afirmación que no tiene sustento. En cambio, es demostrable que hay supuestos en que el orden jurídico es muy laxo, no contiene reglas claras que permitan resolver un conflicto, y que frente a este escenario cobra mayor interés la motivación más discrecional, en la que el juez adopta una actitud más próxima a la decisión política, en la medida en que escoge en base a preferencias, pero aun así las preferencias deben quedar sostenidas por explicaciones comprensibles y persuasivas para los destinatarios de la decisión, que, cuando de formular doctrina se trata, son colectivos amplios y hasta toda la sociedad.

Lo cierto es que les está confiada a los TSJ nada menos que la delimitación de sus propios poderes y los del poder judicial; y con ello también los límites de los poderes políticos del Estado que los instituye. No pueden ejercer las potestades de esos poderes políticos, pero sí establecer adónde esos poderes no lleguen.



6.5. A quién le dan y a quién le quitan

La labor judicial supone habitualmente dar a uno lo que pierde otro. Desde luego, no arbitrariamente, sino sujetándose a reglas que emanan de la voluntad general. En el caso de los TSJ, este desplazamiento tiene características especiales y, sin duda, muy importantes. Cuando construye el sistema jurídico reconoce emplazamientos para las potestades estatales. Determina si una potestad entra dentro de la órbita de lo que el PL puede hacer o, si por el contrario, está reservada al poder constituyente; si puede ser ejercida por el PE o solo puede serlo por el PL; y si cabe control jurisdiccional sobre esos ejercicios y cuánto. De ese modo, reparte permanentemente las cartas en el juego institucional. El control más efectivo, o quizás el único, que concebimos para semejante poder es el que resulta del análisis crítico de los fundamentos vertidos en sus decisiones. La explicitación de las razones que sustentan las decisiones y del entrecruzamiento entre decisiones diversas, que van diluyendo las influencias de los intereses por la vía de aplicar las reglas a intereses diversos y, más aún, imprevistos a la hora de la formulación de la regla, da la garantía de que la decisión judicial no está inspirada en la voluntad del juez sino en la de los poderes políticos. Este mantenimiento de la regla ante circunstancias distintas es precisamente la mayor diferencia entre el funcionamiento de los poderes Legislativo y Ejecutivo y el Judicial. Los dos primeros adoptan sus decisiones sobre la base de razones cambiantes, según su voluntad, mientras que los jueces solamente cambian cuando los poderes políticos cambian las reglas o excepcionalmente cuando cambia su comprensión del derecho. Esto último



tiene tal trascendencia que hace imprescindible una motivación más detenidamente expuesta que lo que es habitual.

6.6. Los límites al poder judicial o cómo evitar la hegemonía de los jueces

En esta delimitación entre lo que se resuelve por voluntad política y lo que se excluye de ella, los jueces han tomado el concepto de causa de la Constitución y el de legitimación de ella misma. Estos son los límites señeros de su propio ámbito. Son expertos en derecho –o al menos eso se supone–, pero ello no significa que les está reservada la solución final de todo interrogante que posibilita respuesta jurídica, solamente aquellos que vienen formulados dentro de una causa promovida por quien tiene legitimación a ese fin.

Examinan la legitimidad de los actos de esos otros poderes, pero en el marco de una causa instada a requerimiento de parte legitimada. La causa es una controversia jurídica, pero no cualquier controversia jurídica imaginable, ni siquiera cualquiera interesante. Es una controversia acerca de la existencia y alcance de un derecho subjetivo o colectivo. La legitimación, esto es, la condición subjetiva que posibilita desencadenar la actuación judicial, viene definida en cierta medida por la Constitución y en una considerablemente mayor por el legislador; pero siempre quien interpreta esa medida es el juez y, finalmente, si es que le es traída la cuestión, el TSJ. Es decir que aunque los jueces carecen de la llave para abrir su intervención en los conflictos, dicen –el TSJ en última instancia– quiénes tienen esa llave. En ese menester, pueden ampliar o circunscribir el universo de personas



dotadas de la acción y esto implica la de su propio ámbito de actuación.

Esto no quiere decir que examinan la conformidad de todo acto con el orden jurídico. Algunas decisiones están reservadas absolutamente y de modo irrevisable a otros poderes, pero, nuevamente, es el TSJ el que establece finalmente cuáles son esas decisiones. El universo de esos actos ha ido estrechándose, aunque no el concepto.

7. A MODO DE SÍNTESIS

Los TSJ deben emplear las competencias de que los dotan la Constitución y las leyes buscando la formulación de los materiales jurídicos como un sistema. Los regímenes republicanos democráticos no proveen órganos más aptos para hacerlo. No deben eludir esta función por sus repercusiones políticas. Por el contrario, deben asumir conscientemente que es su responsabilidad ponderarlas. Pero no deben confundir estas repercusiones con la adopción de soluciones que vienen determinadas por sus preferencias antes que por fundamentos compartibles por el pueblo, a la luz de las expresiones institucionales de su voluntad.



VALLEJO NÁGERA, “LOS NIÑOS PERDIDOS DEL FRANQUISMO” Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD*

Por Fernando Navarro Cardoso**

RESUMEN: Si en España fue posible la comisión de un delito contra la humanidad durante la Guerra Civil, y luego en el Franquismo, fue gracias a la aportación teórica del psiquiatra y militar Antonio Vallejo Nágera. Sus investigaciones eugenésicas fueron financiadas y alentadas por el Gobierno de Franco. Sus teorías sobre el deficiente biopsiquismo de los y las marxistas sustentaron la comisión de atroces hechos delictivos que repugnan a la conciencia de la Humanidad. De manera organizada y sistemática, miles de bebés y niños fueron sustraídos y separados para siempre de sus familias, todas en el bando de los vencidos de la Guerra. Fueron entregados a la red asistencial del Estado y a familias adeptas al Régimen, para su adoctrinamiento y reeducación política y religiosa. Hoy tales hechos constituirían un

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-16952, concluido en 2014, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, cuyo investigador principal ha sido el Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé.

Mi agradecimiento al Prof. Ferré por animarme a investigar la figura de Vallejo Nágera, así como por ponerme en la pista del pensamiento de tan diestro y siniestro personaje a través de su trabajo Ferré Olivé, J. C.: *Universidad y Guerra Civil*. Lección Inaugural Curso Académico 2009-2010. Universidad de Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2009. Mi agradecimiento, de igual modo, a Mariola Pestana Rivero, periodista, por sus indagaciones periodísticas y documentales. Este trabajo aparece publicado en *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, 2014.

** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España).



delito de lesa humanidad. Al tiempo de comisión de estos hechos, su calificación jurídica se torna más compleja.

1. VIOLENCIA Y EXTERMINIO EN LOS SUBLEVADOS: LA ESPAÑA ENFERMA

Antes incluso del inicio de la Guerra Civil española, los mandos del bando sublevado tenían meridianamente claro que había que emplearse a fondo, actuando con total virulencia, con suma violencia. Existen innumerables testimonios de tal aserto. Reproducimos algunos pronunciados por el General Mola:¹ “La acción ha de ser en extremo violenta”. “Es necesario propagar una atmósfera de terror”. “Hay que eliminar sin escrúpulos a todo aquel que no piense como nosotros”. “Cualquiera que sea contrario a nosotros debe ser fusilado”. “Esta guerra tiene que terminar con el exterminio de los enemigos de España”.

Bien puede entenderse como corolario de esas brutales expresiones, manifestaciones del sentir de los mandos sublevados, la que sigue: “Yo veo a mi padre en las filas contrarias y lo fusilo”.²

Es indiscutible que una razón era acabar pronto, que la inevitable contienda provocada por los sublevados, producto del fracaso del golpe de Estado que protagonizaron, no durase en el tiempo. De hecho, al principio estaban convencidos de que así iba a ser. Luego cambiaron de opinión. Para ser exactos, las circunstancias los obligaron a cambiar de criterio, y ellos lo hicieron encantados. Ya no querían una “guerra relámpago”, selectiva, sino al contrario, una guerra intensa, total, dura en el frente

1. Expresiones todas extraídas de González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Ediciones Península, Barcelona, 2008, p. 13.

2. *Ibíd*em, p. 45.



y en la retaguardia, arrasando en el frente y sometiendo en la retaguardia –dejando esta bien limpia, libre de rojos, y controlada, mediante el miedo–; en definitiva, una guerra de exterminio y depuración.³

Puede pensarse, no obstante, que esas frases reproducidas son excepcionales, que el General Mola era un “verso suelto” en el bando sublevado. Nada más lejos de la realidad. De hecho, no era un militar que destacara por ser especialmente violento frente al resto de sus correligionarios. A finales de julio, un periodista norteamericano, Jay Allen, consigue entrevistar al General Franco y le interroga acerca del anuncio de la matanza, ya que el golpe de Estado ha fracasado, y Franco le responde: “No puede haber acuerdo ni amnistía. Seguiré mi avance sobre Madrid. Salvaré a España del socialismo a cualquier precio”. Dada esa respuesta, el periodista le repregunta: “¿Significa eso que tendrá que matar a media España?”. Y Franco, sonriente y frío, responde: “Le repito, a cualquier precio”.⁴

3. Lo explica muy bien González Duro (ibídem, p. 81 y ss.), cuando describe la decisión del ejército sublevado de no seguir en su avance desde el sur hacia Madrid sino desviarse hacia Toledo, pues ya no se perseguía la victoria militar sin más: las decisiones dejaron de tomarse de acuerdo a criterios de estrategia bélica para pasar a tomarse conforme a criterios de interés político. Vid., igualmente, Landrove Díaz, G.: “Los desaparecidos”, en Arroyo Zapatero, L., Berdugo Gómez de la Torre, I. (dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 251 y ss.

4. González Duro, E.: ult. cit., p. 46. Vid., en general, sobre la brutalidad del ejército sublevado, Espinosa Mestre, F.: *La columna de la muerte: el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Crítica, Barcelona, 2003; el mismo: *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba, Málaga y Badajoz*, Crítica, Barcelona, 2005; Preston, P.: *El holocausto español*, Debate, Barcelona, 2011; Reig Tapia, A.: *Violencia y terror. Estudios sobre la Guerra Civil española*, Akal, Madrid, 1990.



La pregunta se antoja evidente, ¿qué sentido tenía esta violencia? Y la respuesta es que *había que exterminar*. Lo que no se entiende, en apariencia, es el motivo por el que había que llegar a la literal desaparición de los otros. ¿Por ser enemigos?; en ese caso, ¿no bastaba con ganar?, ¿no era suficiente que se perdiesen las vidas que desgraciadamente tuviesen que perderse en el campo de batalla, sin necesidad de tener que llegar al exterminio del otro bando? No. Había que exterminar porque *España estaba enferma*.

Por lo tanto, la lucha no se planteó en términos simplemente bélicos, de combate frente al enemigo. Había que exterminar porque *había que extirpar*. España estaba enferma y había que extirpar el mal que la aquejaba. Prueba de ello es que el “tratamiento” (sic) que emprendieron continuó una vez finalizada la guerra, con el enemigo “cautivo y desarmado”.⁵

*La lucha no era, pues, contra enemigos, sino contra enfermos; mejor aún, contra enemigos enfermos.*⁶

5. Como bien nos recuerda Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 44.

6. Un relato distinto, desde lo religioso –aunque en realidad coincidente, al menos en parte– es el propuesto por Juliá Díaz, S.: “Víctima y verdugo”, Diario *El País*, 3 de diciembre de 2006 [en línea: www.elpais.com; último acceso: junio de 2014]: “Las palabras con las que se describe una guerra nunca son inocentes, y cruzada no lo fue. Significó que se combatía en nombre de Dios y que para el infiel no quedaba más destino que el exterminio”. Bien es cierto que Santos Juliá está refiriéndose al papel de la Iglesia Católica y de sus obispos durante la contienda, y después: “Liquidar, exterminar, erradicar, limpiar, barrer, depurar: ese fue el léxico empleado por los obispos en sus cartas pastorales”.

Más adelante matizaremos este extremo sobre la enfermedad, pues Vallejo no consideró a los marxistas como enfermos mentales en sentido estricto.



Planteado en esos términos, las trincheras no estaban solo en el frente, también estaban en los hospitales. Así, mientras unos combatían en el frente, en el campo de batalla, otros lo hacían en la retaguardia, en los hospitales. Y no solo desde ellos, también desde las aulas de enseñanza o, peor aún, desde los campos de concentración.

En esa lucha en la retaguardia destaca sobremanera el Dr. Vallejo Nágera. ¿Por qué destacó tanto? La respuesta, de manera sintética y secuenciada, es la que sigue:

Era una guerra: él era militar.

Era una batalla contra la enfermedad: él era médico.

Era un problema de salud mental: él era psiquiatra.

Había que extirpar: él era partidario de la eugenesia.

Había que rearmar moralmente a la patria: él era un ferviente patriota católico.

Algunas de estas respuestas requieren una detenida explicación, por las consecuencias que depararon. Otras se hallan directamente en su biografía.

2. ANTONIO VALLEJO NÁGERA: UNA BIOGRAFÍA

Antonio Vallejo Nágera nació en Palencia en 1889 y falleció en Madrid en 1960 con 70 años cumplidos.⁷ Hijo de un militar de caballería, y sobrino del médico y profesor Martín Vallejo Lobón,

7. Nació un 20 de julio y murió un 24 de febrero. En algunas glosas biográficas figuran como apellidos Vallejo Nágera y en otras Vallejo-Nágera y Lobón. Puede que ambas sean ciertas si en algún momento de su vida unió sus apellidos, extremo que no hemos podido constatar.



fue psiquiatra y militar. Se convertiría en el primer catedrático de Psiquiatría de la Universidad española y terminaría ostentando el cargo de Jefe de los Servicios Psiquiátricos del Ejército franquista. La estrecha relación que mantendría con el dictador nace tras su boda con María Dolores Botas Rodríguez Roldán, perteneciente a una acomodada familia de Oviedo e íntima amiga de María del Carmen Polo, esposa de Franco.

Vallejo Nágera se licenció en Medicina en la Universidad de Valladolid en 1909, y en ese momento ingresa en la Academia médico-militar, para posteriormente ser destinado como médico en distintos batallones y compañías en la Península y en África.

En 1917 se traslada a vivir a Berlín como agregado a la Embajada de España en Alemania, integrando la comisión militar inspectora de los campos de prisioneros de guerra. Allí visitó hospitales psiquiátricos y campos de concentración, y estableció relación con numerosos psiquiatras alemanes, entre los que cabe destacar a Schwabe, Gruhle y Ernst Kretschmer. Este último sostuvo una visión biotipológica de la personalidad que influyó de manera decisiva en Vallejo Nágera.

A su regreso a España comienza su labor de traducción de trabajos científicos de autores alemanes, y se suceden sus publicaciones en periódicos y revistas. Crece su prestigio como psiquiatra. En 1922 asciende a comandante médico, en 1929 es nombrado director del hospital psiquiátrico de Ciempozuelos (Sanatorio Psiquiátrico de San José, en dicha localidad), y dos años más tarde es nombrado profesor de Psiquiatría y Medicina Forense de la Academia de Sanidad Militar.



Vallejo Nágera se integró en el grupo de intelectuales vinculados a la revista *Acción Española*, publicación doctrinal para la defensa y propaganda de los principios católicos y monárquicos, nacida en 1931, pocos meses después de proclamarse la Segunda República, y que dirigía Ramiro de Maeztu.

Se perfilan ya sus teorías sobre la degeneración de la raza española, que según él se materializa durante la Segunda República, teorías que expone en sus libros *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza* (1937), y *Política racial del Nuevo Estado* (1938), entre otros.

En 1938 Franco acepta la propuesta de Vallejo Nágera de crear un Gabinete de Investigaciones Psicológicas, con el objetivo de estudiar las “raíces psicofísicas del marxismo”,⁸ y lograr la mejora biológica de la población perdedora de la guerra.

Mediante test psicológicos y mediciones antropomórficas, estudió a cincuenta presas republicanas y a un grupo de brigadistas internacionales que estaban recluidos en el campo de concentración de Burgos. Las conclusiones de este estudio (que analizamos más adelante), fueron publicadas primero en diferentes artículos en varias revistas bajo el título *Psiquismo del fanatismo marxista*, y posteriormente en 1939 en el libro *La locura y la guerra. Psicopatología de la guerra española*.

Ya en la posguerra española, Vallejo Nágera se dedica de lleno a la labor docente y didáctica. En 1944 publica *Tratado de Psiquiatría* y la 2ª edición de su *Propedéutica Clínica Psiquiátrica*,

8. Palabras de Franco en el telegrama dirigido a Vallejo Nágera en el que, respondiendo a la petición de este, le autorizaba la creación del Gabinete. El texto completo del telegrama lo reproducen Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, Random House Mondadori, Barcelona, 2002, p. 31.



dos obras con una gran difusión en aquel momento, al punto que eran de estudio obligado por todos los estudiantes de Medicina en España.

En 1940 el psiquiatra López Ibor había entrado en la cátedra de Psiquiatría de Madrid (en realidad, de Medicina Forense, área de conocimiento en esas fechas) como profesor asociado, pero a pesar de ser el psiquiatra más preparado, según opinión generalizada, “comete el error” de firmar el manifiesto antifranquista de don Juan de Borbón, por lo que en 1947 es Vallejo Nágera, muy cercano a la familia de Franco, el que ocupa la cátedra de Psiquiatría, convirtiéndose en el primer catedrático numerario de dicha especialidad en toda España.

En 1950 preside en París el Primer Congreso Internacional de Psiquiatría, lo que puede servir de referencia para calibrar su relevancia incluso internacional. En 1951 ingresa en la Real Academia de Medicina con un discurso sobre “Enseñanzas Psiquiátricas de la Segunda Guerra Mundial”. Obtuvo esta y otras muchas recompensas y distinciones, nacionales y extranjeras.

Ejercerá como profesor de Psiquiatría en la Universidad de Madrid hasta su jubilación en 1959, falleciendo al año siguiente.

3. LA IDEOLOGÍA DE VALLEJO NÁGERA: DE LA MEJORA DE LA RAZA A "LOS NIÑOS PERDIDOS DEL FRANQUISMO"

Vallejo Nágera no fue solo médico, sino también ideólogo. Para acercarse a sus propuestas ideológicas, que son las que nos interesan, habría que deslindar ambas facetas. Pero se torna harto difícil acercarse a Vallejo Nágera como médico sin tomar en consideración lo que pensaba sobre la política. La razón es



bien simple: todo su razonamiento científico está construido por y para la defensa y propagación de su ideología. Bastan unas palabras del propio Vallejo Nágera entresacadas de otra de sus obras, *Divagaciones intrascendentes*, una recopilación de artículos y textos diversos: “Incluso a la cabecera de la cama del enfermo debe el médico hacer política, claro está que si se entiende por política mantener una ideología que beneficie al individuo y a la comunidad. Otra cosa es la politiquería, y de esto sí que debe apartarse el médico. Al hablar de ideología en abstracto nos referimos a conceptos religiosos, sociales, económicos, etc.”⁹

Por otro lado, de los lineamientos ideológicos de Vallejo Nágera solo nos interesa el referido a sus investigaciones acerca de la eugenesia positiva y la lucha contra el marxismo, y una propuesta que formula cohesionando ambas cuestiones.

En las primeras décadas del siglo pasado, el pensamiento eugenésico había cobrado un fuerte protagonismo en España. Eran muchos los que se mostraban partidarios de la eugenesia.¹⁰ Vallejo Nágera fue uno más. En su caso, ¿qué le movía?, ¿qué sen-

9. Vallejo Nágera, A.: *Divagaciones intrascendentes*, cit. p. 25, citado por Sosa-Velasco, A. J.: *Médicos escritores en España, 1885-1955*, Woodbridge, U. K., 2010, p. 159 [También en línea: <http://books.google.es>. Último acceso: abril de 2014].

10. La eugenesia, casi desde su origen, ha sido un fenómeno poliédrico: fue abordada desde muy diversos ámbitos (la Medicina, la Biología, el Derecho, la Moral, la Religión, etc.), con muy diferentes fines, algunos “plausibles”, otros directamente intolerables. Vid. un buen resumen en Romeo Casabona, C. M.: “El Derecho Penal ante el racismo y la eugenesia”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 11 extraordinario, 1997, p. 105 y ss. Para mayor profundidad, el mismo (edit.): *La eugenesia hoy*, Comares, Granada, 1999; y un clásico, Kevles, D. J.: *In the name of Eugenics*, Harvard University Press, 5ª reimpresión, 2004. Sobre los primeros pasos del eugenismo en España, vid. Nash, M.: “Aproximación al movimiento eugenésico español: el Primer Curso Eugénico Español y la aportación del Dr. Sebastián Recasens”, en *Actas del IV Congrès d’Història de la Medicina Catalana*, vol. I, Poblet, 7-9 de juny de 1965, p. 193 y ss. [En línea: www.raco.cat. Último acceso: junio de 2014].



tido tenía para él la eugenesia? Pues bien, perseguía una doble finalidad: por un lado, alcanzar los fines propios de la eugenesia: mejorar la raza; por otro, legitimar el nuevo orden establecido.

La expresión “raza” hay que entenderla no en sentido biológico, pues él no era genetista, sino en sentido sociocultural, que él sintetizaba en la idea de Hispanidad (suma de ideas, sentimientos, religión, lengua, cultura y territorio),¹¹ idea remozada por Ramiro de Maeztu y muy en boga en aquellos momentos en España.¹² El título de una de sus obras, ya aquí citada, es una perfecta síntesis de su pensamiento en este tema: *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*.

Detengámonos un momento en esta cuestión. La raza hispana la entiende conformada por un amalgama hispano-romano-gótico, donde la argamasa ha sido el catolicismo, “cuyos peculiares caracteres psicológicos son efecto del ideal católico que le infundió San Isidoro”. La degeneración proviene de los judíos (aunque de tradición endogámica, “a la que agradecemos [puesto] que las gotas de sangre hebraica sean escasas en el torrente circulatorio de la raza hispana”), y de los moriscos (“en mayor cantidad pululaban glóbulos rojos moriscos, sin que haya hecho variar el índice racial romano-hispano-gótico”).¹³ A pesar del tiempo transcurrido, sigue viendo esa amenaza a la pureza ra-

11. Vid. Vallejo Nágera, A.: *El factor emoción en la España Nueva*, Federación de Amigos de la Enseñanza, Burgos, 1938, p. 11 y ss., p. 16 y ss.

12. De Maeztu, R.: *Defensa de la Hispanidad*, 2ª edic., Fax, Madrid, 1935 (hay una edición reciente, Homo Legens, Madrid, 2011).

13. Vallejo Nágera, A.: *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938, p. 15 y ss.



cial: "Hoy, como durante la Reconquista, luchamos los hispano-romanos-góticos contra los judíos-moriscos".¹⁴

Si observamos con detenimiento lo dicho por Vallejo, majaderías aparte, la conclusión es obvia: a pesar de las arremetidas judeomoriscas, la sangre hispana, según él mismo reconoce, se ha mantenido más o menos pura. Luego, si sostiene que uno de los más graves problemas que amenazan a España es la degeneración de la raza, y esta no tiene un origen perdido en el tiempo, la razón hay que buscarla más cercana en el tiempo ¿Qué la ha provocado? Como no podía ser de otro modo, las ideas extranje-rizantes provenientes del liberalismo ilustrado, que corrompen la cultura, la ciencia y el espíritu nacionales; y el marxismo inter-nacional, fuente de todos nuestros males, encarnado, claro está, en la Segunda República española.

Cabe hacer otro breve excursus para advertir que, a pesar de ciertas referencias al respecto, no parece cierto, al menos en sentido estricto, que Vallejo Nágera se dedicase a buscar un "gen rojo", una constitución genética que permitiese un agrupamiento de los marxistas. No pudo ser así porque, como acabamos de apuntar, no era genetista. Es más, se detuvo en esta cuestión para desmarcarse¹⁵ y proclamar su fe en la eugenesia; en concreto, en la eugenesia positiva.¹⁶ Que no buscara un perfil genético del marxista (ese "gen rojo") no excluye, claro está, que no busca-

14. Vallejo Nágera, A.: *Divagaciones intrascendentes*, op. cit., p. 139.

15. Vallejo Nágera, A.: *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937, fundamentalmente pp. 46 a 49; tesis que reitera posteriormente en *Política racial del Nuevo Estado*, op. cit., desde la propia Introducción, p. 7 y ss.

16. *Ibidem*, pp. 75 a 78.



se un perfil eugenésico, que lo hizo, con profusión y fruición, y supuestamente lo halló: el biopsiquismo marxista.

Su razonamiento discurría del siguiente modo: la enfermedad de España era la degeneración de la raza producto de las ideas democráticas y extranjerizantes, que él venía a aglutinar en torno al marxismo, como hemos dicho. Los culpables de los males de España eran los marxistas, concepto este amplio que incluía a todos aquellos que no opinaban como él (demócratas, liberales, socialistas, anarquistas, comunistas, masones, sindicalistas, nacionalistas...).

Aquí aparece ya una de sus primeras contradicciones: a pesar de pretender mantener un discurso aparentemente riguroso, absolutamente todos los estudiosos de su figura coinciden en reconocer como una de las características singulares del discurso de Vallejo Nágera su más absoluto desconocimiento del marxismo.¹⁷

La enfermedad de España era, según él, la degeneración de la raza. España estaba plagada de “anormales”, y había que intervenir sobre ellos, había que tratarlos. Al tratarlos, además, se prevenían futuras “anormalidades”. De este modo, se consigue que el nuevo sujeto acepte el nuevo orden: “normal” era aquel que aceptaba y vivía conforme a los valores morales del Franquismo. Se pretendía intervenir, de este modo, sobre los dos objetivos eugenésicos buscados: mejorar la raza y legitimar el nuevo orden establecido.¹⁸

17. Es obligada la remisión, por razones de profusión y contundencia, a González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco...*, op. cit., pássim.

18. Vid., coincidente, Capuano, C. F.; Carli, A. J.: “Antonio Vallejo Nágera (1889-1960) y la eugenesia en la España Franquista. Cuando la ciencia fue el argumento para la



La incógnita siguiente a despejar es cuáles eran esas ideas que tenían enfermos a muchos españoles. Este extremo entendemos que se define mejor por exclusión: son todas las que se contraponían a las suyas, y que se condensaban en: Dios, Patria, Caudillo. Por lo tanto, quienes no creían en Dios y estaban en contra del Caudillo, estaban destruyendo la Patria,¹⁹ y esos eran los marxistas. Para ser exactos, Vallejo Nágera sostiene que la degeneración se inicia, desde un punto de vista contemporáneo, con la llegada a España de las ideas ilustradas, si bien tal degeneración alcanza su pleno apogeo, como ya dijimos, con la Segunda República.²⁰

A partir de aquí accedemos ya a una de sus principales inferencias: si el problema de España era la degeneración de la raza, plagada de anormales, y la degeneración la habían producido los marxistas, Vallejo Nágera llegó a la conclusión de que los marxistas eran anormales. Los marxistas eran seres anormales porque, o bien eran débiles mentales (oligofrénicos), o bien eran psicópatas antisociales (sujetos que padecían trastornos de la personalidad que los inhabilitaban socialmente). Es más, sostenía que, como regla general, no eran enfermos mentales (psicóticos).

Vallejo llega a estas conclusiones tras unos estudios de campo de presos del bando republicano, publicados en diferentes números en varias revistas simultáneamente bajo el conocido tí-

apropiación de la descendencia", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 26, 2012, p. 6 [En línea: <http://revistes.ub.edu>. Último acceso: abril de 2014].

19. Explica estas ideas en Vallejo Nágera, A.: *El factor emoción en la España Nueva*, op. cit., fundamentalmente pp. 16 a 19.

20. Vallejo Nágera, A.: *Política racial del Nuevo Estado*, op. cit., pp. 9 y 10.



tulo “Psiquismo del Fanatismo marxista”.²¹ Aunque inicialmente pretendía abarcar diversos grupos de personas, terminó analizando solo dos grupos: miembros de las Brigadas Internacionales y mujeres que lucharon en el bando republicano. A partir de los estudios de Kretschmer sobre “las íntimas relaciones que guardan la figura humana y el temperamento o tipo primitivo de reacción afectiva”, va a estudiar a los prisioneros de guerra para hallar las posibles relaciones que puedan haber entre las “cualidades biopsíquicas del individuo marxista y el fanatismo político democrático-comunista”.²²

Parte de tres postulados de trabajo: “1º. Relaciones entre terminada personalidad biopsíquica y predisposición constitu-

21. Publicó al mismo tiempo en *Semana Médica Española* y en *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*. Las citas a distintas partes del trabajo las hacemos a un número u otro de una revista u otra, dependiendo de las posibilidades de acceso al documento. Es de advertir también que en unos números intitula el trabajo “Psiquismo del...” y en otros “Biopsiquismo del...”. Los seis estudios fueron publicados entre octubre de 1938 y octubre de 1939.

Contó con la colaboración de otros médicos, a los que cita en la parte respectiva en la que intervinieron: E. Conde Gargollo, A. del Río, E. M. Martínez y M. A. Fernández Rivera.

22. Vallejo Nágera, A.: “Psiquismo del Fanatismo marxista”, op. cit., p. 174.

Si bien la producción científica de Kretschmer en este tema de arquitectura corporal y temperamento no se circunscribe a una obra, sí que hay una de referencia, de la que al parecer se sirvió Vallejo, Kretschmer, E.: *Körperbau und Charakter: Untersuchungen zum Konstitutionsproblem u. zur Lehre von d. Temperamenten*, 26. Aufl. (Bearb. W. Kretschmer), Springer, Berlin, 1977. Existen varias ediciones en español, la última, Kretschmer, E.: *Constitución y carácter: investigaciones acerca del problema de la constitución y de la doctrina de los temperamentos*, trad. por J. Solé Sagarra, 4ª edic. española de la 25ª edic. alemana, Labor, Barcelona, 1967.

No deja de resultar curioso, como se han encargado de poner de manifiesto todos los que se han acercado con sentido crítico al quehacer científico de Vallejo Nágera, que no haga la más mínima alusión a Lombroso, antecedente obvio en esta línea de investigación. Probablemente porque, como apunta Ferré Olivé, J. C.: *Universidad y Guerra Civil*, op. cit., p. 43, las tesis lombrosianas ya habían sido rechazadas de modo unánime por la comunidad científica treinta años antes.



cional al marxismo; 2º. Proporción del fanatismo marxista en los inferiores mentales; 3º. Proporción de psicópatas antisociales en las masas marxistas".²³ Una vez expuestos, pasa a explicarlos. La sorpresa surge porque inmediatamente se observa que no se trata, ciertamente, de una mera exposición de tales premisas de trabajo, sino que, muy por el contrario, tal exposición está trufada de juicios de valor, peticiones de principio, tautologías...²⁴ Bien es cierto que en realidad se trata de la segunda sorpresa, si se piensa que la primera es enfrentarse a una investigación científica que pretende determinar la salud psíquica de hombres y mujeres marxistas (es decir, de sujetos con una determinada ideología) a partir de su constitución física.²⁵

Veamos:²⁶

1. Basándose en la supuesta vinculación entre una determinada personalidad biopsíquica y la predisposición constitucional al marxismo, "los fanáticos marxistas que han combatido con las armas en la mano", con unos rasgos físicos atléticos (de lo que hay que inferir, ya de entrada, que según Vallejo Nágera no había enclenques entre los combatientes, sino gente recia de aspecto) presen-

23. Vallejo Nágera, A.: ult. cit., p. 174.

24. De la misma opinión Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, op. cit., pp. 44 y 45.

25. Lejos de pretender introducir ninguna observación, por manifiesta incompetencia científica en este campo por mi parte, no puedo por menos que apuntar que a lo largo del trabajo de Vallejo Nágera no se hace la más mínima mención a la variable cambio en la constitución física, por ejemplo, producto de la alimentación, variable que se me antoja muy a tener en cuenta, cuando menos, dadas las circunstancias de tiempo (en mitad de una guerra) y lugar (en cárceles y campos de concentración) en que se desarrolla la investigación.

26. Las citas son todas de Vallejo Nágera, A.: "Psiquismo del Fanatismo marxista", *Semana Médica Española*, nº 6, 1938, pp. 174 y 175.



tan un carácter esquizotímico o alguna de sus variantes degenerativas. Por el contrario, los que solo se han dedicado a propagar el marxismo como vividores (entendemos que por no haber luchado), dada su figura esmirriada, les atribuye un carácter ciclotímico o alguna de sus variantes degenerativas.

2. Proporción del fanatismo marxista entre los inferiores mentales. Dado el “simplismo” de la ideología marxista (y, en general, de los que propugnan la igualdad social), esto “favorece su asimilación por los inferiores mentales y los deficientes culturales, incapaces de ideales espirituales, que hallan en los bienes materiales que ofrecen el comunismo y la democracia la satisfacción de sus apetencias animales”. En definitiva, los inferiores mentales y los incultos encuentran en el marxismo los medios materiales para subsistir, a diferencia de otros “régimenes político-sociales”, “especialmente en los aristocráticos, que fomentan el encumbramiento de los mejores”.
3. Proporción de los psicópatas antisociales entre las masas marxistas. Como quiera que se une el marxismo a la inmoralidad social (sobre todo, a la contraria a la moral católica), se alistarán a las filas marxistas todos los psicópatas, aunque especialmente los psicópatas antisociales.

A partir de ahí separa a los sujetos en cinco grupos, aunque solo terminó analizando los dos arriba mencionados, y lleva a cabo el estudio a base de test y cuestionarios, y de la observación física. Escapa al objeto del presente trabajo detenerse en los rasgos que va destacando Vallejo a lo largo de su investigación,



aunque se antojan inevitables tres referencias que se comentan por sí solas y que las referenciamos respetando el orden en que fueron citadas por él: la primera es que la totalidad de los norteamericanos que intervinieron como brigadistas se dice “demócrata”, lo que es traducido por Vallejo Nágera como “partido de extrema izquierda”, ideología “análoga a los marxistas españoles”.²⁷ La segunda es el *nomen* bajo el que engloba a las mujeres combatientes, “marxistas femeninos delincuentes”, así como la ausencia de estudio antropológico, “necesario para establecer las relaciones entre figura corporal y el temperamento [sic, a pesar de que ese es el objeto de la investigación], que en el sexo femenino carece de finalidad, por la impureza de los contornos [sic]”.²⁸ Y la tercera es que en el listado de antecedentes familiares de anormalidad psíquica de ellas incluye los antecedentes penales, junto a las enfermedades mentales, las psicopatías, el alcoholismo y el suicidio.²⁹

Al final, como ya dijimos, llega a la conclusión de que los marxistas o son oligofrénicos (débiles mentales) o son psicopatas antisociales (sufren trastornos de la personalidad).

En otro orden de cosas, otra pregunta pertinente es por qué Franco da cobijo, alienta y promueve a Vallejo Nágera. La respuesta es que Franco era un simple militar, un militar sin ideología: él sabía lo que quería (orden, jerarquía, moralidad católica),

27. Vallejo Nágera, A.: “Biopsiquismo del Fanatismo marxista”. Investigaciones biopsicológicas en prisioneros internacionales, *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*, nº 5, 1939, p. 36.

28. Vallejo Nágera, A.; Martínez, E. M.: “Psiquismo del Fanatismo marxista”. Investigaciones psicológicas en marxistas femeninos delincuentes, *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*, nº 9, 1939, p. 398.

29. *Ibidem*, p. 405.



del mismo modo que sabía lo que no quería (democracia, libertad, igualdad). De hecho, tampoco los que se sublevaron con él, y luego lo encumbraron y mantuvieron, eran un bloque monolítico, un bloque homogéneo; les unía exactamente lo mismo: lo que querían y lo que no querían.

Vallejo Nágera aportaba un sustrato teórico, científico, a sus pretensiones. Rodeaba, pues, de “supuesta” científicidad el Nuevo Orden (de ahí que fuese tan útil en los albores del Franquismo, incluyendo también los años de la guerra). Hablamos de supuesta porque elaboración científica en sentido estricto hubo al parecer más bien poca: casi todo consistió en traducir del alemán al español las teorías que le venían bien; y porque en realidad, cuando parecía que hablaba de ciencia, estaba hablando de política. Al decir de muchos estudiosos, era, en definitiva, pura charlatanería pseudocientífica.³⁰ Bien pudiera inferirse que, en

30. De esta opinión, entre otros, Bandrés, J.; Llavona, R.: “La psicología en los campos de concentración de Franco”, *Psicothema*, vol. 8, nº 1, 1996, p. 9 y ss. [En línea: www.psicothema.com. Último acceso: junio de 2014]. González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco...*, op. cit., pássim; v.gr., pp. 97 y 98, y pp. 303 y 304. Huertas, R.: “La psico-biología del marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español”, *Llull: Revista de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas*, vol. 19, nº 36, 1996, p. 111 y ss. [En línea: <http://digital.csic.es>. Último acceso: junio de 2014], siendo rotundo cuando sostiene que “lo verdaderamente trascendental es la falacia metodológica en la que se incurre al pretender construir determinadas categorías éticas e ideológicas –y por tanto subjetivas– basándose en la aparente neutralidad y objetividad de la ciencia” (p. 118). Ruiz-Vargas, J. M.: “Trauma y memoria de la Guerra Civil y la dictadura franquista”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 6, 2006, pp. 23 a 26 [En línea: <http://hispanianova.rediris.es>. Último acceso: junio de 2014]. Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, op. cit., pássim; v. gr., p. 40, expresándose en este caso con amable cinismo: en relación con las críticas de Vallejo al maltusianismo, “si bien hay razones para creer que nunca lo comprendió razonablemente bien, habida cuenta de que en ocasiones coincide con él sin darse cuenta” (p. 46 y nota 34).



realidad, lo único científico, lo verdaderamente científico, era lo traducido.

Aquí se hace visible otra de sus contradicciones: luchaba contra lo de fuera, pero se sustentaba científicamente en lo de fuera.

Pueden traerse a colación muy diversos ejemplos de esa supuesta charlatanería científica a la que recurría Vallejo Nágera para enmascarar su discurso político. De si hay o no rigor científico en sus trabajos deben dar cuenta los expertos en Psiquiatría; eso sí, a partir de, o sin pasar de largo por, aseveraciones como las que siguen, que en todo caso ponen de manifiesto su fanatismo político. En su obra *El factor emoción en la Nueva España* sostiene que los "complejos psicoafectivos" de los marxistas (resentimiento, rencor, complejo de inferioridad, envidia, arribismo, venganza) llegan incluso a manifestarse en la morfología del rostro de los sujetos. Parte de que la fealdad se haya ligada a complejos de rencor y de resentimiento, mientras que la belleza física se corresponde, por regla general, a un alma noble y virtuosa. A partir de ahí, se atreve a establecer una comparación entre los rasgos físicos de Franco y los de Azaña, Presidente de la Segunda República, vinculando la sonrisa del primero a confianza, seguridad, prosperidad y justicia; mientras que el segundo, desposeído de rostro y cuerpo agraciados, hay que vincularlo a rencor y resentimiento. Aunque no contento con ello, lleva la comparación a la actitud de las masas: "Sí llama la atención la circunstancia de que las masas identificadas con cada una de las citadas personalidades, exhiben reacciones psíquicas que parecen fruto de complejos psíquicos latentes en la conciencia de ambos personajes. Las de ellos, reacciones movidas por los complejos de rencor y de resentimiento: las nuestras, reaccionan



a los complejos de religiosidad, patriotismo y responsabilidad moral”.³¹ En fin, que a Franco le fue bien porque “La sonrisa del Caudillo significa confianza en el triunfo de las armas, seguridad de prosperidad y justicia, llegada la paz, esperanza de reconquista del Imperio de la Hispanidad”.³²

Siguiendo con su línea de razonamiento, una de las principales causas de la enfermedad social era la pérdida de la fe. Los españoles enfermos, esto es, los marxistas (aunque también incluía a otros, como los pervertidos sexuales, los homosexuales), ya no estaban viviendo conforme a los valores de la fe cristiana –católica, para ser más exactos–. De resultas, había quedado a la intemperie una de las instituciones básicas y nucleares de España: la familia. En los hogares españoles ya no se estaba viviendo con el debido fervor religioso. Había, pues, que curar a la familia, a los hogares.

Los padres, los marxistas, ya sabemos: o eran débiles mentales o eran psicópatas antisociales.

Las madres no salían mejor paradas. Basta asomarse a lo que opinaba Vallejo Nágera del sexo femenino para hacerse una idea (no de las mujeres marxistas, sino del sexo femenino en general, aunque lo dijo a raíz de la publicación de su trabajo *Psiquismo del fanatismo marxista*, en el apartado dedicado a las mujeres marxistas, tal como expusimos más arriba). Decía: es característica su “labilidad psíquica, la debilidad del equilibrio mental, la menor

31. Vallejo Nágera, A.: *El factor emoción en la España Nueva*, op. cit., p. 28 y ss., p. 30.

32. *Ibidem*, pp. 28 y 29.



resistencia a las influencias sociales, la inseguridad del control sobre la personalidad y la tendencia a la impulsividad".³³

Decía más de las mujeres: "Si la mujer es habitualmente de carácter apacible, dulce y bondadoso débese a los frenos que obran sobre ella; pero como el psiquismo femenino tiene muchos puntos de contacto con el infantil y el animal, cuando desaparecen los frenos que contienen socialmente a la mujer y se liberan las inhibiciones frenatrices de las impulsiones instintivas, entonces despiértase en el sexo femenino el instinto de crueldad y rebasa todas las posibilidades imaginadas, precisamente por fallarles las inhibiciones inteligentes y lógicas".³⁴

Pues bien, sabiendo que, según él, el problema estaba en las familias, y sabiendo lo que opinaba de los padres marxistas y de las mujeres en general, ya estamos en condiciones de conocer la cura que él propuso para sanar de esa enfermedad llamada marxismo.

Aparece aquí una nueva contradicción: sostenía, por un lado, que los marxistas, débiles mentales y psicópatas, eran incorregibles, pero al mismo tiempo proponía tratar la enfermedad. Bien es cierto que no tenía otra opción que asumir tal contradicción –en el supuesto de que fuese consciente de ella–, pues de lo contrario no se sostenía su tesis del fenotipo, esto es, de la conformación biopsíquica basada en la suma del factor genético más el

33. Vallejo Náguera, A.; Martínez, E. M.: "Psiquismo del Fanatismo marxista", op. cit., pp. 398 y 399, entendiendo por labilidad psíquica, en términos generales, la desproporción en las respuestas emocionales, la inestabilidad en las respuestas afectivas. Bien es cierto que en obras posteriores no se manifiesta en términos tan sencillamente execrables, aunque en ningún caso resulta la mujer mejor parada. Cfr. Vallejo Náguera, A.: *Niños y jóvenes anormales*, Sociedad de Educación Atenas, Madrid, 1941, pp. 27 a 34.

34. *Ibidem*, p. 399.



factor ambiental, y, por ende, de su tesis eugenésica de posible mejoramiento de la raza mediante las enseñanzas moralizantes, con altas dosis de patriotismo y religiosidad.³⁵

Su catolicismo le impedía recurrir al exterminio aplicado en la Alemania nazi, de esa Alemania de cuyas fuentes tanto bebió. Eso no, porque él era católico; del mismo modo que tampoco se mostró partidario de la esterilización, también producto de su catolicismo (“toda mutilación no exigida para conservar la salud [refiriéndose a la amputación de un miembro, suponemos] es contraria al Derecho natural”).³⁶

La genial idea, empero, que se le ocurrió fue que como el medio ambiente influye (fenotipo = genotipo + medio ambiente), y hay que pensar en el mañana, había que pensar en los niños: hay que sacarlos de los lugares donde anida la enfermedad, es decir, de las familias, de los hogares. Vallejo Nágera propuso como solución separar a los niños de sus madres, conclusión de su estudio sobre los “marxistas femeninos delincuentes”, y que reitera en trabajos posteriores. Así, en *La locura y la guerra* sostiene: “La comprobación de nuestra hipótesis [“La idea de las íntimas relaciones entre marxismo e inferioridad mental”] tiene enorme trascendencia político-social, pues si militan en el marxismo

35. Es verdad que en aquella época incluso los genetistas sostenían que la herencia se podía corregir incidiendo en el medio ambiente de distintos modos y por distintas vías. Defensor de estas tesis fue el también psiquiatra Tomás Busquets (Busquets Teixidor, T.: *La lucha contra los trastornos del espíritu. Higiene mental popular*, Librería Catalonia, Barcelona, 1928). Vid. sobre este autor y esta obra, Álvarez Peláez, R.: “Higiene mental y eugenesia”, *Frenia*, vol. III, fasc. 1, 2003, p. 115 y ss. [En línea: <http://digital.csic.es>. Último acceso: junio de 2014].

36. Vallejo Nágera, A.: *Eugenesia de la Hispanidad...*, op. cit., p. 49 y ss., p. 64. En *Política racial del Nuevo Estado*, op. cit., p. 71, vuelve a recordar que “la esterilización [es] contraria a la doctrina de la Iglesia Católica”.



de preferencia psicópatas antisociales, como es nuestra idea, la segregación de estos sujetos desde la infancia podría librar a la sociedad de plaga tan temible”.³⁷ Y vuelve a reiterarlo en *Niños y jóvenes anormales*, donde ya concreta más su idea: lo que promueve es sacar a los niños del entorno familiar e insertarlos en espacios tutelados por el Estado, el Auxilio Social falangista,³⁸ para así “combatir la progresión degenerativa de los muchachos criados en ambientes republicanos”. De este modo, se garantizaba “una exaltación de las cualidades biopsíquicas nacionales y la eliminación de los factores ambientales que en el curso de una generación conducen a la degradación del biotipo”.³⁹

La cura que, en definitiva, propuso Vallejo Nágera consistió en arrancar a los niños de sus madres para evitar el “contagio ideológico”. En palabras de González Duro, “el enemigo no era propiamente un ejército, sino un germen patógeno que se arrinconaba en los hogares tranquilos, de los que había que hacerles salir para exterminarlo”.⁴⁰ Hablamos de lo que ya hoy ha tomado carta de naturaleza como “Los niños perdidos del Franquismo”.

Un inciso final: no hablamos de que el Estado acoja bajo su tutela a los niños y jóvenes de dotes sobresalientes, niños

37. Vallejo Nágera, A.: *La locura y la guerra*, op. cit., p. 52.

38. Institución asistencial conformada por una red de hogares, dirigidos por voluntarias que, imponiendo una férrea disciplina y una estricta moral católica, servían para recoger tanto a los “hijos de los rojos”; aunque también terminaban en esas casas los “hijos de la miseria”, esto es, los niños y niñas provenientes de los hogares empobrecidos y rotos por la guerra. Vid. Cenarro Lagunas, A.: *La sonrisa de la Falange. Auxilio Social en la Guerra Civil y en la posguerra*, Crítica, Barcelona, 2005, pássim. A modo de breve resumen, la misma: “Historia y memoria del Auxilio Social de Falange”, *Pliegos de Yuste*, nº 11-12, 2010, pp. 71 a 74 [En línea: www.pliegosdeyuste.eu. Último acceso: junio de 2014].

39. Vallejo Nágera, A.: *Niños y jóvenes anormales*, op. cit., p. 44.

40. González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco...*, op. cit., p. 95



superdotados en definitiva, a fin de garantizar la mejora de la raza, que también lo propugna.⁴¹ No, hablamos de arrancar a los niños de los brazos de sus padres, marxistas, para educarlos conforme al Nuevo Orden: Dios, Patria, Caudillo.

4. "LOS NIÑOS PERDIDOS DEL FRANQUISMO": UNA APROXIMACIÓN

4.1. El "Caso de los bebés robados"

Durante los últimos cinco años, la sociedad española ha vivido sobrecogida al ir conociendo los detalles de un episodio desgarrador, que sigue llenando páginas de periódicos y horas de informativos de radio y televisión, de programas especiales e incluso de *biopics*.⁴² El conocido como "Caso de los bebés robados".⁴³ En enero de 2011 se presentaba ante la Fiscalía General del Estado

41. Vallejo Nágera, A.: *Política racial del Nuevo Estado*, op. cit., p. 24. En igual sentido, en *Niños y jóvenes anormales*, op. cit., p. 128.

42. Con afán meramente ilustrativo, quedan apuntados algunos enlaces a medios de comunicación, públicos y privados, que dan cuenta de informaciones, investigaciones, relatos, testimonios y películas biográficas [Último acceso: junio de 2014]:
http://www.elmundo.es/especiales/2010/09/espana/ninos_robados/mapa.html
<http://www.interviu.es/web/buscar?searchText=ni%C3%B1os+robados>
<http://www.interviu.es/reportajes/articulos/ninos-robados>
<http://www.elpais.com/especial/vidas-robadas/>
<http://www.rtve.es/buscador/GoogleServlet?q=ni%C3%B1os+robados>

43. Fue en 1981 cuando la revista *Interviu* publicaba el primer reportaje, mencionado por los principales investigadores, firmado por M^a Antonia Iglesias y el fotógrafo Germán Gallego, tras la intervención de la Brigada de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Madrid para frustrar la compraventa de un recién nacido en la Clínica San Ramón de Madrid. Estos hechos provocaron el cierre de la clínica en 1982, y su director, el doctor Vela, fue acusado por supuesto tráfico de menores y denunciado por negligencia por la muerte de una madre y su hijo. Cinco años después, según diversos medios de comunicación, los cargos contra Vela fueron archivados, y su caso sobreesido por la Audiencia Provincial de Madrid [Nota: No sin cierta sorpresa, no he



la primera denuncia colectiva por el robo de 261 niños al nacer, ocurridos hasta finales de los años 80 en clínicas de distintas comunidades autónomas, sobre todo en Andalucía, Canarias, Cataluña y Madrid. Aunque en los años anteriores ya se habían presentado numerosas denuncias particulares en distintos juzgados, es en febrero de ese mismo año 2011 cuando un Juzgado de Málaga investiga por primera vez el robo de un bebé.

Desde los años 80, hombres y mujeres que fueron niños dados en adopción, o madres que habían “perdido” a sus hijos al nacer, se venían movilizandoy organizando en colectivos para averiguar si fueron víctimas de una trama de robo de bebés, ante claras evidencias de irregularidades (no les dejaban ver al bebé fallecido o no les decían dónde eran enterrados), y en las tramitaciones de las adopciones. “Entre los años 1960 y 1996 se calcula que se produjeron en España casi dos millones de adopciones de niños y niñas nacionales. Se está intentando demostrar que sobre un 15% de estos bebés provendrían de robos perpetrados a sus madres en el paritorio o ya nacidos en los nidos y en las incubadoras y engañando a las familias biológicas diciéndoles que el bebé había muerto”.⁴⁴

Los relatos de las madres, las causas de la defunción de los niños (muchas de ellas no debían provocar la muerte, una otitis por ejemplo, que se repetía en muchos de los casos), la denuncia y arrepentimiento de una ex-monja, y los testimonios de varios médicos, apuntan en una misma dirección: durante décadas,

sido capaz de localizar en ninguna base de datos al uso la correspondiente resolución judicial].

44. SOS-bebés robados: “Los hechos” [En línea: www.sosbebesrobados.es. Último acceso: junio de 2014].



miles de bebés fueron sustraídos o separados irregularmente de sus padres, en un auténtico mercado negro, fuera de cualquier control estatal, que, hasta mediados de los años 90, funcionó en clínicas de toda España, la mayoría ligadas a la Iglesia.

De esos mismos testimonios se desprende también que la mayoría de los robos de bebés se producían en clínicas religiosas y hospitales de maternidad de toda España (con mayor cantidad de casos en Madrid, País Vasco, Canarias, Andalucía, Asturias y Valencia), y que los autores materiales de los mismos eran en su mayoría religiosas y, en menor medida, médicos. Dos nombres suenan por encima de los demás: la religiosa María López Valbuena, conocida como Sor María, y el doctor Eduardo Vela; y tres escenarios fundamentales: la Clínica San Ramón de Madrid, la Clínica Materno Infantil O'Donnell, también en Madrid, y la Casa Cuna de Tenerife.

Según la *Plataforma de Afectados Clínicas de toda España. Causa Niños Robados*, “el proceso común era sencillo: una mujer daba a luz, casi siempre bajo los efectos de la sedación, a posteriori, sin más explicación, le comunicaban que su bebé había muerto. El médico, enfermeras y matronas le comunicaban que era mejor no verlo por el trauma que iba a sufrir; sin embargo siempre dispondrían de un bebé congelado que hiciera de señuelo para aquellas madres que no estaban conformes con dichos consejos. Por otra parte, el personal sanitario manifestaba en todos los casos que ‘se encargaban de todo lo que concierne a los trámites de enterramiento’ incluso al reclamar los propios padres el cuerpo del bebé”.⁴⁵

45. Plataforma Afectados Clínicas de toda España. Causa Niños Robados: “La trama. ¿Cómo actuaba?” [En línea: <http://plataformacausabebesrobados.hostinazo.com>.



Conviene en este punto del relato plantear varios interrogantes para la reflexión. Dado que los responsables no podían actuar en solitario, ¿cómo es posible que estos hechos se dieran durante décadas sin que nadie los denunciara? ¿Cómo pudieron sus responsables evitar el cumplimiento de los deberes administrativos, falsificar documentos, ocultar a los bebés, simular sus muertes, sin ningún obstáculo y con total impunidad? ¿Por qué no funcionaron los mecanismos de control del Estado en un asunto de esta envergadura?

La actuación de la Fiscalía General del Estado en este caso, muy tibia y tardía para los afectados, el apoyo público a las víctimas que ha ofrecido la Conferencia Episcopal recientemente, y la Oficina de Víctimas que inauguró el Ministerio de Justicia en 2013, son, a juicio del sociólogo y presidente de la *Federación Coordinadora X24* y vicepresidente portavoz del *Colectivo Sin Identidad de Canarias*, Francisco González de Tena, cortinas de humo, y un intento de aparentar ante tantas evidencias, pues lo cierto es que los afectados encuentran enormes obstáculos para acceder a las fuentes documentales que les permitan averiguar la verdad de lo ocurrido. "Cuando nuestras instituciones jurídicas, políticas o parlamentarias se dignan bajar a este fangal lo hacen con sumo cuidado. Intuyen que la cloaca es tan inmensa que incluso será imposible vadear con un mínimo de acierto y no digamos nada de intentar hacerlo con limpieza. Esta generación pasará de puntillas sobre esta porquería, y, al menos, se cubrirán las vergüenzas con el pudor de haber dado algunos tímidos pa-



sos, eso sí, con abundancia de fotografías y ruedas de prensa que acrediten que, al menos, se intentó”.⁴⁶

Según la *Plataforma Afectados Clínicas de toda España. Causa Niños Robados*, en la actualidad hay 392 causas abiertas por robos de bebés en toda España. Sor María, imputada en al menos dos de esas causas, falleció el 22 de enero de 2013, a los 87 años, sin ser juzgada, asuntos entre los que se vuelve a encontrar el Dr. Vela.⁴⁷

4.2. “Los niños perdidos del franquismo”

“Las víctimas eran herederas de los vencidos de la guerra, personas incapaces de protestar”.⁴⁸ Lo que se viene a decir es que esa trama sutil, oculta u opaca acabada de describir es, en realidad, la segunda fase de lo ocurrido en España entre mediados/ finales de los 30 y finales de los 40 con la sustracción y desaparición de los hijos de las presas políticas y mujeres republicanas; lo que se ha dado en llamar “los niños perdidos del Franquismo”. Abundando en esta idea, se afirma que “no se ha encontrado ni una sola prueba que justifique una ruptura ni ideológica, ni metodológica (en sus fondos esenciales) entre los objetivos perseguidos por la política criminal de corte eugenésico y lo que

46. González de Tena, F.: *Nos encargamos de todo. Robo y tráfico de niños en España*, Clave Intelectual, Madrid, 2014, p. 24.

47. Junquera, N.: “Imputado el médico clave en la supuesta trama de robo de bebés”, diario *El País*, 25 de mayo de 2013; Diario ABC: “El doctor Vela declara como imputado por el robo de una niña en 1969”, 18 de junio de 2013.

48. Duva, J.; Junquera, N.: “Hijo busca madre; madre busca hijo”, diario *El País*, 6 de marzo de 2011.



ha sido hasta prácticamente la actualidad la práctica de niños robados con objetivos económicos”.⁴⁹

Como acreditamos anteriormente, las teorías eugenésicas de Vallejo Nágera proponían la separación de los niños de sus madres presas, para evitar el “contagio ideológico” y exterminar así todo lo que tuviera que ver con el marxismo y la República. Lograda la pretendida base científica, faltaba el respaldo legal. Y se dio. En marzo de 1940 el Ministerio de Justicia autorizaba que los hijos de las reclusas pudiesen permanecer con sus madres en prisión, pero solo hasta que cumplieran los tres años, otorgando así cobertura legal al desalojo de los niños a partir de esa edad, esto es, a la separación legal de los hijos de sus madres, los cuales pasaban a la tutela del Estado.⁵⁰

Los dramáticos testimonios conocidos (gracias en gran medida al documental y posterior libro *Los niños perdidos del franquismo*) revelan el sufrimiento que vivieron madres e hijos en las cárceles y fuera de ellas. “Sucedió en Santurrán un día de 1944. Funcionarias y religiosas ordenaron a las reclusas, sin previo aviso, que entregaran inmediatamente a sus hijos. Parece ser

49. Resumen de la conferencia-coloquio de Francisco González de Tena el 25 de marzo de 2011 en el Auditorio de Asociaciones de Rivas, Madrid, cit. por Marugán Pintos, B.: “Tratamiento mediático de los niños robados del franquismo”, Comunicación presentada en el XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio desde la Sociología, Madrid, 10 a 12 de julio de 2013 [En línea: <http://www.fes-web.org/congresos/11/ponencias/35/>. Último acceso: junio de 2014]. En efecto, a nadie se le esconde el afán puramente mercantilista que con razonable seguridad ha estado presente en el “Caso de los niños robados”, sin que haya que descartar su convivencia con otras motivaciones, aparentes o reales, heredadas. Vid., igualmente, Tamarit Sumalla, J.: “Los límites de la justicia transicional: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, nº 13, 2012, p. 90 [En línea: <http://www.scielo.cl>. Último acceso: mayo de 2014].

50. Orden de 30 de marzo de 1940 dictando normas sobre la permanencia en Prisiones de los hijos de las reclusas (B.O.E. nº 97, de 6 de abril) [En línea: <http://www.boe.es/buscar/gazeta.php>. Último acceso: junio de 2014].



que hubo un tumulto considerable, palizas y otros castigos porque las madres se negaron.”⁵¹

La separación no alcanzó solo a los hijos de las presas, sino prácticamente al resto, esto es, a los huérfanos, o porque sus padres habían sido fusilados, o porque estaban desaparecidos (expresión que bien pudiera comprender prácticamente cualquier situación). En estos casos, por Decreto de Franco de noviembre de 1940,⁵² en defecto de familia propia, los niños debían ser encomendados, primordialmente, “a personas dispuestas a encender en ellos el fuego del afecto familiar”. Pero dice más la Exposición de Motivos de dicha norma. Dice que no se iniciaría investigación alguna sobre la situación originaria del menor, bastando para aplicar las determinaciones del Decreto “una sola razón genérica, cual es la orfandad derivada de la Revolución Nacional y de la Guerra”. En el orden de prelación de tutores figura, en primer lugar, la familia. Pero solo les sería entregado el menor “en tanto no existan fundadas razones para estimarle nocivo a este en sus intereses de orden formativo y moral” (art. 4º), en una suerte de exclusión, inferimos, de los padres que hubiesen luchado en el bando republicano, y si es que estaban en libertad, claro está. De no ser así, los menores serían entregados, siguiendo el orden de prelación, “a personas de reconocida moralidad, adornadas de garantías que aseguren la educación de los huérfanos en un ambiente familiar irreprochable desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional” (art. 3º). En defecto de familias que los quisiesen recoger, entraba el Auxilio Social

51. Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del franquismo*, op. cit., p. 58.

52. Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra (B.O.E. nº 336, de 1 de diciembre) [En línea: <http://www.boe.es/buscar/gazeta.php>. Último acceso: junio de 2014].



y, en último término, las instituciones de beneficencia públicas o privadas –es decir, religiosas– (art. 3º). Dicho de otro modo, los hijos de los republicanos, como no podían ser entregados a sus familias –porque no estaban, y si estaban, porque no podían naturalmente garantizar una educación conforme al nuevo orden moral–, pasaban a familias que sí respondían a esos nuevos patrones. Es decir, que el Decreto otorgaba carta de naturaleza legal a la entrega de los hijos de los fallecidos, y de los desaparecidos, a buenas familias cristianas.

El Decreto, por último, no solo prescindía de cualquier investigación, sino también de cualquier procedimiento: se entendía conferida la tutela legal a la familia de acogida, al Auxilio Social o a la institución de beneficencia “por el simple hecho de poner los menores bajo su cuidado directo”, bastando con una notificación al Tribunal Tutelar de Menores del lugar de residencia (art. 5º).⁵³

El gobierno de Franco, así y todo, no se conformó con la separación, y dio un paso más allá. En 1941 aprobó una Ley que –con independencia de las finalidades más o menos explicitadas, así como de sus posibles bondades–,⁵⁴ permitía cambiar los apelli-

53. Cfr., ofreciendo una valoración distinta de la norma, Gil Gil, A.: “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: aspectos penales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 1, 2009, p. 56.

54. Gil Gil, A.: ult. cit., p. 56, no alcanza a ver ni el posible uso torticero de la norma. Sin duda alguna, desde una pretendida mirada neutra posiblemente no se alcance a ver, pero no puede por menos que recordarse que se trata de una norma dictada por el mismo gobierno que financió un proyecto de investigación que buscaba lo que buscaba; que luego felicitó entusiásticamente al investigador principal de ese proyecto por lograr acreditar lo que acreditó y por proponer lo que propuso; que violentó, o permitió violentar, esa norma en reiteradas ocasiones, como lo prueban múltiples testimonios aparecidos en muy diversas publicaciones; que puso su aparato exterior al servicio de lo que lo puso para materializar las propuestas de esa investigación (vid. un poco más adelante a lo que se dedicó, documentado, el Servicio Exterior de Falange); un gobierno, en definitiva, que por alentar lo que alentó y hacer lo que hizo ha terminado siendo



dos a los niños, lo que contribuyó a poder perder así cualquier rastro sobre su paradero, e imposibilitando que fueran encontrados por sus familiares.⁵⁵ “A los vencidos, los vencedores les desposeyeron de su identidad y les impusieron una nueva, pero no pudieron dejarlos amnésicos. Paralizaron a los *desafectos*, les impusieron un modo de vivir o de mal vivir, debiendo permanecer más o menos al margen de la vida colectiva que se estaba forjando. Por ello siguieron sufriendo aun callados, porque se les excluía no por lo que habían hecho, sino por lo que habían sido, por los ideales que habían defendido. Se trataba de crear una Nueva España en la que no tuviera cabida nada que, real o simbólicamente, recordase al pasado reciente, lo que se traducía en una voluntad de liquidación de los vencidos”.⁵⁶

En 1943, los hijos de presos bajo tutela del Estado eran 12.042, repartidos por los distintos centros de la red asistencial falangista católica. En ese afán de adoctrinamiento y reeducación, los recién nacidos eran bautizados, en contra de la voluntad de las madres, en ceremonias con prensa incluida. Entre 1944 y 1945, el Patronato de San Pablo, que desde 1943 asumía bajo tutela a todos los hijos de reclusos, gestionó el ingreso de 30.960 niños, y desde 1945 hasta 1954 el ingreso de 3096 de ellos en órdenes religiosas.⁵⁷

condenado, de momento, por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa. O sea, tampoco es de esperar que un gobierno, por muy golpista, totalitario y absolutamente irrespetuoso con el Estado de Derecho que sea, mande a publicar en el B.O.E. cómo va a delinquir.

55. Ley de 4 de diciembre de 1941 por la que se regulan las inscripciones en el Registro Civil de los niños repatriados y abandonados (B.O.E. nº 350, de 16 de diciembre) [En línea: <http://www.boe.es/buscar/gazeta.php>. Último acceso: junio de 2014].

56. González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco...*, op. cit., pp. 278 y 279.

57. Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: ult. cit., p. 77.



La vida de estos niños en los distintos centros del Auxilio Social implicaba su reeducación política y religiosa, y también castigos y abusos inimaginables. "En el hogar Isabel de Castilla, de Vallecas, si alguna niña incumplía la norma de hablar por la noche en las habitaciones, las instructoras obligaban a todas a salir al patio y hacer flexiones. Fue habitual que los pequeños sufrieran enuresis, como producto de la tensión y el sentimiento de abandono que experimentaban continuamente. Algunos antiguos internos han relatado cómo el instructor solía azotar a todo el grupo con el cinturón si uno mojaba la cama por la noche, o les obligaba a correr por el patio".⁵⁸

Junto a estas formas legales de separación de padres e hijos –no por legal menos traumática–, por supuesto que se acudió igualmente a vías de hecho, y no de forma aislada, si nos atenemos a la reconstrucción histórica efectuada, soportada sobre pruebas documentales y testimoniales: desde cartas de capellanes de casas cuna indicando a los nuevos padres cómo burlar las pesquisas emprendidas por los padres biológicos en busca de sus hijos, junto con precisas indicaciones para materializar las correspondientes alteraciones registrales, hasta testimonios de mujeres cuyos bebés les fueron arrebatados inmediatamente después del parto.⁵⁹

También fueron víctimas los hijos de los republicanos que fueron evacuados a otros países europeos y americanos a fin de procurarles una vida mejor. Se calcula que partieron al refugio

58. Cenarro, A.: "Entre la regeneración y la punición: el modelo educativo en el Auxilio Social falangista", op. cit., p. 64.

59. Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, op. cit., pp. 63 a 66.



extranjero en torno a 34000 niños españoles. Diez años después de concluida la Guerra Civil, esto es, en 1949, el Servicio Exterior de Falange seguía localizando a esos niños y repatriándolos. Y lo hacía conforme a un razonamiento simple: “aparentemente, la razón [de la expatriación] era humanitaria pero, en realidad, obedecía a consignas emanadas del Kremlin con objeto de obtener valiosos instrumentos para sus planes ulteriores”.⁶⁰ Y los métodos a los que se recurría para la repatriación cubrían todo el abanico de posibilidades: desde el rapto (“Desde entonces comenzó una labor constante, tenaz y silenciosa eludiendo cuidadosamente toda propaganda tanto dentro como fuera de España, para no perjudicar la eficacia de los resultados que era lo único interesante”) hasta el engaño con posterior rapto (“Entonces, comienza por parte de nuestros delegados una difícil y hábil tarea de captación y convencimiento”. Y si se encontraban con resistencias, una vez captado el menor, “se recurre, sin miramientos, a los medios extraordinarios con los que, de una forma o de otra, casi siempre se logra al fin obtener el menor”).⁶¹

En definitiva, menores evacuados a otros países fueron o directamente raptados, o raptados de sus familias de acogida con el “consentimiento” viciado de ellos (entrecomillado dado que eran menores de edad), en lo que se vino a llamar “La caza del

60. Informe del Servicio Exterior de Falange, p. 6, reproducido en Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: ult. cit., p. 201 y ss.

61. *Ibidem*, pp. 5 a 7. Dado que el propio Gobierno lo reconoce, como se evidencia en este documento emitido por su propia Administración, se torna innecesario cualquier ulterior esfuerzo probatorio. De todos modos, dado que lo vivió en primera persona, reproducimos una muy elocuente narración de Pons Prades, E.: *Los niños republicanos en la guerra de España*, Oberon, Madrid, 2004, p. 237: “En todo caso, con la organización, *manu militari*, de trenes destinados a España, se pondría en evidencia que unos y otros –fascistas franceses y españoles– habían optado por orillar cualquier tipo de formalidades jurídicas”.



niño rojo por el extranjero",⁶² expresión harto elocuente de la obsesión del gobierno franquista por conseguir repatriar a todos los niños evacuados. Son innumerables los vestigios de este aserto, bastando dos que se nos antojan concluyentes, pues provienen del propio gobierno: la Exposición de Motivos del Decreto de 23 de noviembre de 1940 y el Informe del Servicio Exterior de Falange, documentos aquí ya mencionados.

Lo grave es que en muchas ocasiones no eran devueltos a sus familias, entre otros motivos, porque la inmensa mayoría de los padres y madres de esos niños estaban muertos o encarcelados. Y cuando iban otros familiares a reclamarlos (tíos, abuelos...), no lograban rescatarlos.⁶³ De ese modo, entraron a formar parte también de "los niños perdidos del Franquismo": fueron en torno a 20.000 los niños repatriados, "recuperados para la patria", y de esos, muchos fueron entregados al aparato estatal.⁶⁴

Frente a estas cifras terroríficas, no deja de resultar paradójico que se haya instalado en la conciencia colectiva lo sucedido en Argentina, y no lo sucedido aquí. Por supuesto que lo sucedido allí fue atroz, pues se habla de unos 400 niños desaparecidos, pero afortunadamente para ellos, muy lejos de las cifras nuestras. Lo dramático es que, además, nos queda el dudoso honor de haber sido aquí en España donde se teorizó y donde primero se puso en práctica.⁶⁵

62. Así intitula uno de los capítulos de su obra Pons Prades, E.: ult. cit.

63. *Ibidem*, p. 381, "La caza del niño rojo en el extranjero", nota 2.

64. Vid. Pons Prades, E.: ult. cit., p. 231 y ss., de inestimable valor, por ser el autor "fuente directa", como acabamos de apuntar; Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, op. cit., p. 71 y ss.

65. Son varios los autores que hacen referencias a, y comparaciones con Argentina, poniendo siempre el acento cuantitativo y cualitativo del lado de acá. Vid., entre otros,



Pero a diferencia de allá, acá, mucho silencio; sobre todo, incomprendible silencio oficial, pues estamos hablando de niños que fueron raptados, luego alterada su identidad y, por último, privados del derecho a ser cuidados por sus padres; graves violaciones sistemáticas, en definitiva, de, precisamente, los primeros derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

5. RESPUESTAS DESDE EL DERECHO PENAL: UN DELITO DE LESA HUMANIDAD

I. Hemos querido traer estos dos grupos de casos, “los niños perdidos” y “los niños robados”, para poner de manifiesto que así como desde diversos puntos de vista distintos al jurídico –caso del histórico, del ético, del moral, incluso del sociológico–, las tesis que encuentran un hilo conductor entre ambos pueden construir un relato más o menos homogéneo, no puede pasar inadvertido, desde ya, que para el Derecho Penal hay una primerísima cuestión a abordar (que por supuesto también lo sería para las otras perspectivas apuntadas) que puede fijar una diferencia sustancial entre un grupo y el otro: que estemos o no ante un delito de lesa humanidad; esto es, que se establezca una diferencia que entendemos que es cualitativa entre ambos por la mayor cantidad de injusto material que conlleva la calificación de los hechos como delito contra la humanidad.⁶⁶

Bosch Fiol, E.; Ferrer Pérez, V. A.; Navarro Guzmán, C.: “La psicología de las mujeres republicanas según el Dr. Antonio Vallejo Nájera”, *Revista de Historia de la Psicología*, vol. 29, n° 3/4, 2008, p. 36; Capuano, C. F.; Carli, A. J.: “Antonio Vallejo Nájera (1889-1960) y la eugenesia en la España Franquista...”, op. cit., p. 12; Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit., p. 44 y ss.; Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, op. cit., p. 79 y ss.

66. No nos detenemos ahora en las posibles diferencias entre las acepciones “delito contra la humanidad” y “delito de lesa humanidad”, sosteniendo que la primera de



En el caso de “los niños perdidos del Franquismo”, con independencia de los posibles concursos de delitos que puedan construirse, estamos en presencia de un delito de lesa humanidad. En el “Caso de los niños robados” quedaría aún un recorrido argumentativo que materializar, al menos en sede jurídico-penal, para llegar a tal conclusión.⁶⁷

Por otro lado, las respuestas penales varían también, por mandato del principio de legalidad, dependiendo del momento de comisión de los hechos, dicho sea en términos genéricos –y que es de lo que nos ocupamos a continuación–; es decir, sin entrar ahora mismo en la concreta cuestión de la determinación de la ley penal aplicable en el tiempo.⁶⁸

II. Hecha la afirmación anterior, hay que detenerse en los argumentos en virtud de los cuales sostenemos que el caso de “los niños perdidos del Franquismo” es un delito de lesa humanidad para, acto seguido, identificar la conducta típica, es decir, la conducta normativamente prevista como delictiva.⁶⁹

ellas pudiera requerir que el delito se dirija contra todos, mientras que la segunda, que nos afecte a todos. Más allá de lo estrictamente semántico, tal distingo pudiera tener relevancia, si acaso, a la hora de discutir la naturaleza individual o colectiva del bien jurídico-penal.

67. Decimos al menos en sede jurídico-penal porque somos conscientes de que en otros ámbitos que abordan estos casos, se refieren a ellos, en ocasiones, como delitos contra la humanidad, o expresiones similares, pero buscando más la carga expresiva que tal *nomen* conlleva; y que lo hacen, también hay que decirlo, sin vocación alguna de pretender suplantarlo el necesario análisis jurídico.

68. Cuestión de la que somos conscientes que no es baladí, pero que resulta obvio que dependerá, por un lado, de la naturaleza del delito que se impute y, por otro lado, de la necesaria toma en consideración de leyes excepcionales que incidan en la cuestión, caso, sin ir más lejos, de la Ley de Amnistía de 1977 española, como luego veremos.

69. A *contrario sensu*, nos sirve para explicar el motivo por el cual excluimos, a primera vista, el “Caso de los niños robados” del ámbito del delito de lesa humanidad.



De acuerdo con el art. 7.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,⁷⁰ el tipo objetivo (esto es, el conjunto de elementos de naturaleza objetiva conformador del delito) viene configurado por: un sujeto activo, que puede ser cualquiera (se trata, pues, de un delito común, un delito que no requiere ninguna cualidad o requisito para poder ser autor del mismo); un sujeto pasivo, de naturaleza colectiva –dado el carácter colectivo del bien jurídico-penal protegido–,⁷¹ con independencia de la víctima en concreto, que será aquel sobre quien recaiga el acto criminal, miembro de una población civil contra la que se dirige el ataque; una conducta, consistente en alguno de los actos “tasados” en el propio precepto –sobre la que volveremos con más detenimiento enseguida–, los cuales, como regla general, pueden ser realizados de forma activa u omisiva; realizada dicha conducta de manera organizada o sistemática –exigencias modales sobre las que también volveremos; lo que comporta entender el delito de lesa humanidad como delito de medios determinados,

70. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, ratificado por España el 19 de octubre de 2000 (B.O.E. n° 126, de 27 de mayo de 2002).

71. Vid., en el sentido del texto, Lamarca Pérez, C.: “Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo”, *La Ley*, n° 34, 2007, p. 7 (del documento en línea); Landa Gorostiza, J. M.: “El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Revista Penal*, n° 14, 2004, p. 84 y ss. Es obvio, por otro lado, que también resultan protegidos intereses personales, dada la exigencia típica de lo que Landa llama “hechos acompañantes” (p. 87, nota 51). Interpreta Gil Gil, A.: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, n° 7, 2005, p. 5, nota 8, que el Grupo de Estudios de Política Criminal en *Una propuesta de Justicia penal internacional*, Documento n° 6, 2002, p. 33, se pronuncia a favor de la naturaleza individual del bien jurídico protegido en este delito. Lo cierto es que lo que se afirma en concreto es que es nota común a los delitos de lesa humanidad y a los delitos de guerra “que se trata de atentados a bienes jurídicos fundamentales de las personas”, lo que resulta incuestionable (vida, salud, libertad...), sin que de ahí se pueda inferir, sin más, que el objeto jurídico de estos delitos sean bienes que normativamente se exige que se encuentren en la dirección de ataque de la conducta típica.



que son aquellos que requieren la concurrencia de unos determinados medios, modos o maneras para entender típica la conducta-. El tipo subjetivo requiere dolo, es decir, conocimiento y voluntad.⁷²

El propio precepto delimita las posibles conductas típicas, aclarando en el apartado 2 el alcance de algunos de esos hechos: “asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; [y] otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

En relación con los medios, la propia redacción deja claro, por el recurso a una conjunción disyuntiva, que no es necesaria la

72. Vid., sobre el Estatuto de Roma, Cassese, A.; Gaeta, P.; Jones, J. R. W. D. (ed.): *The Rome Statute of International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, New York, 2002. Es de obligada cita, de igual modo, Ambos, K.: “Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts”, *ZStW*, n° 1, 1999, p. 175 y ss.



presencia de los dos, sino que basta que concurra uno de ellos: ataque organizado o ataque sistemático.

En parecidos términos viene regulado en el Código Penal español, en el art. 607 bis, si bien es cierto que hay matices, y diferencias; sobre todo, en la amplitud en las previsiones típicas de aquel respecto de lo previsto en este.⁷³

¿Son “los niños perdidos del Franquismo” un caso de delito de lesa humanidad? Entendemos que sí. De los apartados anteriores se infiere que el mando del bando sublevado durante la Guerra Civil española, a cuyo frente se encontraba Franco, y luego el Gobierno, a cuyo frente seguía situado aquel, alentó, permitió, coadyuvó y ordenó los hechos relatados; y lo que es trascendental a nuestros efectos, puso a disposición de la “causa” (sic) su aparato exterior, el Servicio Exterior de Falange, junto con la acreditada participación de los servicios diplomáticos y consulares españoles. Se da, pues, la nota de ataque organizado. Pero es que en este caso, lamentablemente, concurre también la nota de ataque sistemático, donde las dramáticas cifras acompañadas de los no menos dramáticos testimonios, se antojan prueba irrefutable. Es, en definitiva, lo que viene a condenar el Consejo de Europa en su *Balance de los Crímenes del Régimen de Franco*, emitido en marzo de 2006.⁷⁴

73. Vid. Landa Gorostiza, J. M.: “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, op. cit., p. 70 y ss., el cual se muestra crítico, precisamente, con la amplitud dada por la regulación internacional a la esfera de protección del delito.

74. Destacan, en lo que ahora nos interesa, los puntos 72 a 75 del documento: “72. Among the victims were the ‘lost children’ of Francoism. They were the babies and young children who after being removed from their imprisoned mothers, had their names changed so they could be adopted by regime families. 73. Many thousands of working class children were also sent to state institutions because the regime considered their own Republican families ‘unfit’ to raise them. 74. There were also cases of



Las dudas en torno al factor numérico, en otro orden de cosas, ya no son objeto de controversia en tanto han quedado despejadas: el delito de lesa humanidad no demanda un número mínimo de víctimas o, en su caso, una pluralidad indeterminada; basta que sea una, siempre que los hechos estén enmarcados en un ataque dirigido a una población, o parte de ella, concurriendo las notas de ataque generalizado o sistemático.⁷⁵

Queda un importante interrogante por responder, relativo a la concreta conducta en la que subsumir estos hechos. Y son varias las opciones. Una primera, probablemente la más cómoda, es acudir a la cláusula de cierre del art. 7.2 del Estatuto de Roma antecitado: "k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". No parece que requiera un notable esfuerzo argumentativo sostener que separar a un hijo de su madre de por vida, le genera a la madre un gran sufrimiento inhumano, entendiendo que la madre es por igual víctima. De hecho, hay una perspectiva de

child refugees who were kidnapped from France by the regime's external 'repatriation' service and then placed in Francoist state institutions. 75. The Franco regime spoke of the 'protection of the minors'. But this idea of protection was integrally linked to punishment. The children had to actively expiate the 'sins of the fathers'. Yet, at the same time, they were repeatedly told that they too were irrecoverable. As such, they were frequently segregated from other classes of inmates in state institutions and mistreated both physically, mentally and in other ways". [En línea: <http://hub.coe.int>. Último acceso: marzo de 2014]. Existe una traducción al español, aportada por Izquierda Unida, que debe ser manejada no sin ciertas reservas, en <https://www.nodo50.org/republica/docs/condena-franquismo.pdf>. [Último acceso: marzo de 2014].

75. Vid., sobre la cuestión numérica, Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit., p. 33 y ss.; si bien este autor toma como tipo de referencia la desaparición forzada; Equipo Nizkor: *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, Informe de 14 de abril de 2004 [En línea: <http://www.derechos.org/nizkor/>. Último acceso: julio de 2014].



género en estos hechos –que lamentablemente no puede ser aquí abordada–, pues las madres eran victimizadas antes incluso de sufrir el arrebato de sus hijos, en concreto, cuando eran etiquetadas como seres incapaces de criarlos, en el mejor de los casos por tener una ideología, cuando no por el simple hecho de haber quedado del lado de las personas sin recursos.⁷⁶ En cualquier caso, que la madre es víctima lo corrobora hoy, *mutatis mutandi*, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada,⁷⁷ en tanto extiende el título de víctima no solo a la persona desaparecida, sino también a “toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada” (art. 24).

Una atenta lectura de dicha cláusula k) permite sostener la interpretación propuesta en tanto esta modalidad delictiva no requiere, además, un grave atentado a la salud o integridad del sujeto pasivo, dado el recurso a la conjunción disyuntiva “o”.⁷⁸

Por último, explícita que esos sufrimientos deben ser causados “intencionadamente”, como no podía ser de otro modo, dada la estructura dolosa del delito de lesa humanidad.

76. Entre otros, apuntan esta cuestión Richards, M.: *Un tiempo de silencio. La guerra civil y la cultura de la represión en la España de Franco, 1936-1945*, Crítica, Barcelona, 1999, p. 55 y ss.; Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, cit., p. 28 y p. 144 y ss.

77. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de diciembre de 2006, ratificada por España el 14 de julio de 2009 (B.O.E. nº 42, de 18 de febrero de 2011).

78. Cfr. Gil Gil, A.: “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: aspectos penales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 1, 2009, p. 61, donde parece sostener lo contrario. En relación con esta opción, apunta esta autora que sería deseable una regulación expresa de estos hechos, de suerte que el injusto típico abarque tanto la privación de identidad que sufre el menor, como el propio sufrimiento causado a los padres (p. 61).



La segunda opción es la modalidad delictiva prevista en la letra h): “Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. El propio Estatuto aclara qué se debe entender por persecución. Así, el art. 7.2 establece: “A los efectos del párrafo 1: ...g) Por ‘persecución’ se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”. Tampoco nos parece, francamente, que haya que efectuar especiales esfuerzos argumentativos para subsumir a “los niños perdidos del Franquismo” en este apartado. En este caso, víctimas pueden ser tanto la madre como, al menos en apariencia, el hijo. En cuanto a la madre, porque ha sido privada de todos los derechos que como tal le corresponden. De la gravedad de los derechos del niño violado da buena cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño,⁷⁹ bastando ahora recordar:

Art. 7.- “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

79. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (B.O.E. nº 313, de 31 de diciembre).



Art. 8.- “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Art. 9.- “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos...”.

“4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Esta modalidad requiere, además, una conexión con otra de las modalidades previstas. En el caso de la madre, la conexión habría que establecerla, en coherencia con lo aquí sostenido, con la cláusula de cierre de la letra k), entendiéndose que esa persecución –es decir, esa grave privación de derechos– le ha causado un grave sufrimiento a la madre. Respecto del hijo, la conexión con el grave sufrimiento parece que solo sería sostenible si llega a enterarse en el futuro de los graves hechos que padeció.⁸⁰

80. Si no lo llegase a saber, sostiene Gil Gil, A.: *ult. cit.*, p. 61, “esa persona puede vivir feliz en su ignorancia toda la vida”, lo que sin dejar de ser cierto no deja de tener un regusto ciertamente desagradable: “ojos que no ven, corazón que no siente”.



Una tercera y última opción es arriesgada, sin duda alguna: la desaparición forzada. Según el Estatuto de Roma, art. 7.2 i), por “desaparición forzada de personas’ se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Si acudimos a la interpretación gramatical, los hechos encajan en el supuesto de hecho, sin exceder del máximo del sentido literal posible: a) Cuando el niño es arrebatado se produce una aprehensión, expresión normativa que busca la inclusión de los supuestos fácticos que no tienen origen en una detención o en un secuestro. En nuestro caso, sin ir muy lejos, lo que el propio Servicio Exterior de Falange cuenta por escrito que hacía; b) Lo hace el propio aparato del Estado, F.E.T. y de las J.O.N.S., a cuyo frente se situaba el Ministro-Secretario General del Movimiento, es decir, un miembro del Gobierno, cargo que existió desde 1939 hasta 1977, si bien Falange era, como es por todos sabido, una organización política, el brazo político del Movimiento Nacional; c) Los hechos tenían lugar con autorización, apoyo “y” aquiescencia del Gobierno y de su aparato político, cuestión sobre la que ya nos hemos pronunciado; d) No se daba razón lógicamente (en la lógica criminal de los hechos) del paradero del niño, o directamente se negaba la aprehensión, como sucedía en los casos en los que a la madre se le decía que el bebé había fallecido al momento del parto; e) Y todo se hacía dejando al menor fuera del amparo de la ley; de hecho, de las propias leyes que ese mismo



Gobierno dictaba. Cabe, pues, acudiendo al criterio gramatical, incardinar los hechos dentro del supuesto de hecho de la desaparición forzada.

Pero, ¿y de acuerdo con la interpretación teleológica?, ¿puede “los niños perdidos del Franquismo” ser abordado como delito de lesa humanidad en su modalidad de desaparición forzada? ¿Es esa la finalidad ampliamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia? La respuesta afirmativa se torna ciertamente difícil. De hecho, tampoco la más moderna regulación internacional en la materia, cual es la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, puede traerse en apoyo de esta opción. La Convención define la desaparición forzada (art. 2) como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. No parece pues, en definitiva, que esta sea una opción viable, siguiendo el criterio mayoritario, claro está, en tanto la desaparición forzada como modalidad del delito de lesa humanidad tiene en su concreta dirección de ataque la libertad ambulatoria y los derechos del detenido.⁸¹

IV. Existen otras vías, loables sin duda, como son acudir a tipos penales clásicos que tutelan de modo inmediato derechos lesionados del niño, caso de la sustracción de menores o la alteración de la identidad, o que lesionan las relaciones familiares

81. Gil Gil, A.: *ult. cit.*, p. 57.



junto a derechos del menor, caso del delito de alteración de la paternidad; todo ello en concurso con las falsedades documentales que instrumentalmente puedan cometerse, todo ello en el marco del Código Penal español. Se trata, en general, de soluciones que también pueden llegar a apostar por planteamientos más o menos novedosos, demandando, incluso, en ocasiones, una reinterpretación de los correspondientes tipos penales, y ello en el marco de una tipificación ayuna en algunos casos de una serena reflexión político-criminal, y ulteriormente dogmática, que supere las auténticas embestidas coyunturales que han sufrido grupos delictuales enteros. En esta línea hay que situar los esfuerzos de algunos autores por traer a estos casos de desaparición de niños, organizada y/o sistemática, los tipos penales que tutelan las relaciones familiares.⁸²

El inconveniente que presentan, a nuestro entender, es que no abrazan el injusto material específico de un delito contra la humanidad, motivo por el cual hemos renunciado a abordar este análisis jurídico-penal desde estos tipos penales, no sin dejar constancia que es la vía que mayoritariamente se ofrece. De hecho, hasta tanto no se acredite la concurrencia de los correspondientes elementos típicos del delito de lesa humanidad, el "Caso de los niños robados", de lo sucedido a partir de los años 60 en España y que llega hasta bien cerca en el tiempo, debe ser abordado recurriendo a esos tipos penales: alteración de la paternidad, sustracción de menores, falsedades documentales... Serán en concreto las figuras previstas en los Códigos Penales

82. Vid., en este sentido, los esfuerzos de Gil Gil, A.: ult. cit., p. 54 y ss.; Tamarit Sumalla, J.: "Los límites de la justicia transicional: la experiencia del caso español", *Política Criminal*, nº 13, 2012, p. 89 y ss. [En línea: <http://www.scielo.cl>. Último acceso: junio de 2014].



españoles de 1944 y 1973 los tipos penales de referencia. Con el debido juego del principio de irretroactividad, o en su caso, de la retroactividad favorable, deben sustanciarse los casos de los robos de bebés, expresión que, como también apuntamos, engloba las adopciones ilegales delictivas.

Junto a problemas de retroactividad, también pueden presentar trabas en materia de prescripción. La salvedad podría venir dada si los tipos de subsunción responden a la categoría de delitos permanentes. Esta es la vía que propone Tamarit, a partir, claro está, de cierta reformulación incluso político-criminal de tales tipos. Viene, en definitiva, a proponer una redefinición del bien jurídico-penal protegido, entendiendo, por ejemplo, que los casos de suposición de parto o de sustitución de un niño por otro (arts. 468 del Código Penal de 1944 y del Código Penal de 1973) tiene por objeto jurídico el derecho a la identidad personal, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁸³ Propone, pues, una reubicación del tipo, alejándolo de la tutela de las relaciones familiares (aunque la cuestión del bien jurídicopenal protegido nunca ha sido pacífica),⁸⁴ y acercándolo a la protección del catálogo de derechos personalísimos. Así redefinido, “la afectación al bien jurídico se prolonga durante todo el tiempo en que el sujeto se ha visto privado del conocimiento de su filiación, tiempo en el que ha sufrido la privación de las con-

83. Tamarit Sumalla, J.: ult. cit., p. 90. Creemos que tal supuesto en realidad no se plantea. Se plantearía, si acaso, una suposición de aborto, esto es, que se haga creer que hubo una interrupción del embarazo cuando en realidad el parto se llegó a producir, momento a partir del cual surgiría la opción del robo del bebé; hecho, en todo caso, atípico a la luz de la regulación del aborto en los arts. 411 y ss. del Código Penal español de 1944.

84. Vid. Gómez Pavón, P.: “Artículo 484”, en J. López Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos (coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 914 y ss.



diciones esenciales necesarias para la construcción de su propia identidad que el Estado debe garantizarle".⁸⁵ Un inconveniente nada desdeñable de esta –por otro lado plausible– tesis es que puede suponer una descontextualización de los tipos penales, pues al tiempo de su vigencia respondían a unos parámetros político-criminales que no podemos obviar. El art. 3 del Código Civil nos obliga a interpretar las normas de acuerdo con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”; y es a todas luces evidente que, con total seguridad, el Código Penal de 1944 no fue redactado teniendo presente la tutela real y efectiva de los derechos fundamentales.⁸⁶

En todo caso, parece que estas vías difícilmente pueden superar el escollo de la Ley española de Amnistía de 1977, dictada, precisamente, para alcanzar, entre otras, estas conductas delictivas, motivadas por razones de persecución política.

De lege ferenda, parece que la solución ideal es incorporar un tipo penal cuyo supuesto de hecho abrace la dinámica comisiva

85. Tamarit Sumalla, J.: ult. cit., p. 90.

86. Cuestión distinta es la virtualidad que estos tipos penales puedan desplegar en orden a fijar, en su caso, la culpabilidad de los autores, cerrando el paso al error de prohibición al poder acreditar, dada la existencia de tipos penales relativos a la sustracción de menores, la conciencia de la antijuridicidad. Vid., al respecto, Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit., pp. 79 a 81, aunque ciertamente no parece que ese sea el sentido que quiere otorgarle el citado autor cuando hace referencia a la conciencia de la antijuridicidad, pues parece que la perfila como una especie de elemento indiciario del tipo del injusto (lo que lo acercaría al *dolus malus* propio de la concepción causalista); no así, también es verdad, cuando formula conclusiones (p. 263): ahí se refiere a la reprochabilidad del crimen, lo que puede entenderse como, constatado el hecho delictivo, acredita la culpabilidad (para lo cual advierte de la previa existencia de determinados tipos penales, con cierta similitud en su dinámica comisiva, en los textos penales vigentes al momento de comisión de los hechos a enjuiciar, de suerte que el autor no puede alegar ignorancia sobre la prohibición).



que nos ocupa; sobre todo, dadas las luctuosas experiencias comparadas y propias, las cuales, lamentablemente según nuestro parecer, no han podido ser tratadas dogmáticamente de manera pertinente, esto es, vía delito de lesa humanidad. En este contexto, respecto del art. 607 bis del Código Penal español, ¿conducen estas reflexiones indefectiblemente a demandar la incorporación de un nuevo tipo penal que supere los inconvenientes puestos de manifiesto? En absoluto. Siempre será preferible abogar por una adecuada reforma de un tipo penal ya existente, cuando la estructura típica lo permita, que contribuir a la insoportable hipertrofia legislativa existente, así como a una ciencia de legislación cada vez más maltrecha.

Volviendo a las opciones planteadas, sea una u otra la vía por la que se opte, delito de lesa humanidad o delitos contra las relaciones familiares, son varias las cuestiones sustantivas y procesales que inmediatamente deben ser abordadas; sobre todo, si se pretende mantener como título de imputación, como es nuestro caso, el delito de lesa humanidad. Nos referimos a la retroactividad, la prescripción, la amnistía y la autoría.⁸⁷

V. En primer lugar, respecto a los problemas de legalidad/retroactividad, la solución entienden algunos que llega desde la doctrina internacionalista y la jurisprudencia internacional, a la que se sumó, ya desde sus inicios, un sector de la doctrina penalista (y se sigue sumando al día de hoy).⁸⁸ El relato argumentativo discurre en los siguientes términos: la comunidad internacional

87. Tamarit Sumalla, J.: ult. cit., p. 81. Añadimos la cuestión relativa a la autoría.

88. Vid. Quintano Ripollés, A.: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I y II, Consejo Superior de investigaciones Científicas, Madrid, 1955 (vol. I) - 1957 (vol. II); Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit.



ha mostrado su interés en la persecución de determinadas conductas criminales, en tanto atentatorias de los valores y principios fundamentales que conforman el orden internacional, cuyo núcleo es el respeto a la propia Humanidad, concretada en todos y cada uno de sus integrantes. En aras de alcanzar tales fines, establece normas al respecto, dando pues estricto cumplimiento al principio de legalidad. Bien es cierto que en el ámbito internacional dicho principio se manifiesta de un modo diverso a como lo hace en algunas realidades nacionales –caso de España–, pues dichas realidades no son homogéneas. En esta línea, el principio de legalidad se plasma en la exigencia *nullum crimen sine iure*. Con ello se da cumplida satisfacción a las demandas de seguridad jurídica, a la vez que permite la convivencia de sistemas donde rige la legalidad formal –*nullum crimen sine lege*– (al punto de demandar reserva absoluta de ley, caso de España), con sistemas donde rige la norma consuetudinaria. Además, la legalidad internacional se nutre originariamente y en buena medida con normas de esa naturaleza. Cuestión distinta es la recepción por parte de los ordenamientos nacionales de los imperativos de *ius cogens* fijados por la comunidad internacional, a los que cada nación ya está vinculada en cuanto miembro de ella, con independencia de cuándo los traslade a su legislación interna. Buena prueba, siguiendo esta tesis, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 15.1 declara: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el *derecho nacional o internacional*”. Desconocer este origen y fuente supondría retirarle el sustento a los tribunales internacionales habidos desde Núremberg hasta la Corte Penal



Internacional nacida con el Estatuto de Roma.⁸⁹ De resultas, este es depositario del conocido como *legado Núremberg*,⁹⁰ o dicho en términos de principio de legalidad, el Estatuto de Roma es la plasmación normativa en términos de Derecho Penal internacional del Derecho internacional penal consuetudinario.⁹¹

Otro argumento en favor de la respuesta jurídica al problema de la legalidad/retroactividad se dice que viene directamente de Núremberg. Fuente originaria del Derecho Penal Internacional es el acabado de citar legado Núremberg, y el art. 1 del Estatuto señala que el Tribunal se constituye para “enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo” (es decir, no solo a los alemanes) por, entre otros, los crímenes de lesa humanidad cometidos; y al definir los “crímenes contra la humanidad” en la letra c) del art. 6, advierte que quedan comprendidos “otros actos inhumanos cometidos contra población civil [también] antes de la guerra”. Es decir, que no solo juzgó delitos de lesa humanidad conexos o en el marco de crímenes de guerra; y no hubo inconveniente en enjuiciar hechos acaecidos años antes del inicio de la guerra –en concreto, desde que los nazis llegan al poder y comienzan a adoptar las primeras decisiones–. En defi-

89. Vid. Satzger, H.: “La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación legal”, *Revista Penal*, nº 21, 2008, p. 139 y ss.

90. El que tiene su origen con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (Carta de Londres de 8 de agosto de 1945). Vid., sobre esta tesis, Rodríguez Arias, M. A.: ult. cit., p. 100.

91. Capellá Roig, M.: “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005, p. 5 y ss. [En línea: www.reei.org. Último acceso: junio de 2014].



nitiva, se sostiene que se pueden traer aquí, *mutatis mutandi*, las desapariciones de "los niños perdidos del Franquismo".⁹²

Un último argumento relevante que se trae a colación es el conocido como "Decreto Noche y Niebla" (*Nacht und Nebel-Erlass*): *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten* (Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las fuerzas de ocupación en los territorios ocupados). Este decreto, firmado por el General Keitel en diciembre de 1941, fue el instrumento legal, organizativo y hasta procedimental, para llevar a cabo desapariciones forzadas de enemigos del Reich. Por desgracia fue fielmente ejecutado durante varios años, hasta 1944. Se entiende perfectamente el sentido del sobrenombre del decreto cuando de lo que se trataba era de detener durante "la noche y la niebla" a los enemigos que estaban en los territorios ocupados, trasladarnos subrepticamente hasta campos de concentración en Alemania, y no dar señas del paradero, o incluso hacerlos desaparecer.⁹³ El responsable de estas desapariciones forzadas, así como otros que intervinieron en ellas, fueron procesados en Núremberg por delitos de lesa humanidad. Siendo así, la cuestión es, según los partidarios de esta tesis, ¿no guarda un cierto paralelismo este caso con las desapariciones sistemáticas organizadas por el gobierno de Franco, en unos casos, o con su aquiescencia, en otros, dado que incluso se desplegó un aparato normativo que, cuando

92. Sigue esta línea de razonamiento Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit., p. 53 y ss., pp. 60 y 61.

93. Vid. un relato en primera persona, Bakel, F. B.: *Nacht und Nebel. Night and Fog*, Lutterworth Press, Suffolk, U. K., 1993.



menos, sirvió de cobertura legal para las desapariciones forzadas de los niños de las madres republicanas?⁹⁴

Son, pues, razonamientos varios los que permiten sostener –según un sector doctrinal– que es posible sortear con éxito el escollo de la retroactividad para poder juzgar a los autores de “los niños perdidos del Franquismo”.

Como es fácilmente imaginable, esta tesis no es pacífica, al punto de no gozar de general aceptación en la doctrina, ni ciertamente en la jurisprudencia nacional. De entrada, han sido abundantes los pronunciamientos doctrinales que sostienen que aquellos juicios supusieron una vulneración del propio principio de legalidad.⁹⁵

En relación con el recurso a la conocida como Cláusula Martens –que es, en definitiva, a la que se acude para vehicular el delito de lesa humanidad y erigirlo como tipo de subsunción de los hechos acaecidos en aquellas fechas–,⁹⁶ también hay pronunciamientos expresos en sentido contrario, los cuales, en síntesis, siguen dos líneas de razonamiento complementarias: no contiene ninguna tipificación penal expresa (demanda obvia de legalidad), y solo resulta de aplicación en el ámbito de conflictos armados internacionales, que no es el caso.⁹⁷

94. Es sumamente elocuente la rúbrica de un epígrafe de Rodríguez Arias, p. 62: “¿Incrimación internacional del Decreto Noche y Niebla de Hitler de 7 de diciembre de 1941 pero no de la Ley de desaparición infantil de Franco de 4 de diciembre de 1941?”.

95. Vid. Gil Gil, A.: “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: aspectos penales”, op. cit., p. 59, y la abundante bibliografía citada en nota 19.

96. Capellá Roig, M.: “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, op. cit.; Rodríguez Arias, M. A.: *El caso de los niños perdidos del Franquismo...*, op. cit., p. 65 y ss.

97. Ambos, K.: “Prólogo” a A. Gil Gil, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 14; Gil Gil, A.: ult. cit., p. 124 y ss.



Por último, han sido abundantes los pronunciamientos en España, y fuera de ella, sobre esta cuestión a partir, por un lado, del “Caso Scilingo”, como es por todos conocido, con resoluciones enfrentadas entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo;⁹⁸ y, por otro lado, a partir del también por todos conocido Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en el que se declaraba competente para instruir las denuncias de desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y el Franquismo presentadas por varias asociaciones, dictado por el Juez Garzón, el cual le llevó luego a ser juzgado, y absuelto, por un delito de prevaricación. Cierto es que, al final, la posición del Tribunal Supremo español es la que es: no cabe enjuiciar conforme a la “costumbre” internacional, y al tiempo de comisión de los hechos no existía en España, ni en el Derecho Internacional, el delito de lesa humanidad.⁹⁹

Como conclusión de este punto, se nos antojan muy acertadas las palabras con las que la Profesora Lamarca culmina su trabajo aquí citado: “a mi modesto entender, y si es que las injusticias admiten comparaciones, la injusticia más notable vendría constituida por la condena de un inocente e *inocente es tanto la persona que no cometió los hechos delictivos como la que no puede probarse que lo hizo o aquella cuya conducta, por muy inmo-*

98. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, 16/2005, de 19 de abril; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 798/2007, de 1 de octubre. La bibliografía sobre este caso es inabarcable. Vid., también por razones afectivas, pues la autora ejerció la acusación particular, Lamarca Pérez, C.: “Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo”, op. cit., donde se anticipa al pronunciamiento del Tribunal Supremo (p. 8 del documento en línea). También Gil Gil, A.: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, op. cit., anticipa la respuesta dada luego por el Tribunal Supremo cuando efectúa el análisis crítico del pronunciamiento de la Audiencia Nacional.

99. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 101/2012, de 27 de febrero.



ral o grave que pueda parecernos, no está previamente contemplada por la ley penal".¹⁰⁰

VI. Si se lograra superar el obstáculo de legalidad, surgiría, en segundo lugar, un problema de prescripción. En tanto se entienda que el caso de "los niños perdidos del Franquismo" debe ser penalmente encauzado vía delito de lesa humanidad, este tiene carácter imprescriptible, motivo por el cual el debate sobre esta cuestión carece de sentido.

Cuestión distinta es, empero, si es otro el título de imputación, salvo que se trate de un delito permanente, claro está, en cuyo caso el plazo de prescripción empezará a computar, dicho en expresión del Código Penal español (art. 132), "desde que se eliminó la situación ilícita"; es decir, desde que aparece la persona desaparecida o desde que se tiene certeza de su fallecimiento, en el caso, v. gr., de que el tipo de subsunción sea el de desaparición forzada. Dicho de otro modo, el delito se está consumando mientras permanezca la víctima desaparecida.¹⁰¹

En el plano teórico, estas soluciones han alcanzado un alto consenso. Tal es así que son las previstas en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. El art. 5, por un lado, establece que "la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada

100. Lamarca Pérez, C.: ult. cit., p. 9 del documento en línea (las cursivas no están en el original).

101. Esta es la tesis que ya empezara a defender Rodríguez Arias, M. A. en "Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Jueces para la Democracia*, n° 60, 2007, p. 70 y ss.; solución que estima "de especial trascendencia", dice, "si dicha consumación se prolonga además hasta el momento actual, más allá incluso de la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma siendo España uno de los firmantes" (p. 74).



constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable". Una de esas consecuencias previstas en el Derecho internacional es, precisamente, la imprescriptibilidad de los delitos contra la comunidad internacional; y esa es la solución traspuesta, en general, a las legislaciones nacionales, tal como en el caso español prescribe el art. 131.4 del Código Penal: "Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y 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".

Por otro lado, el art. 8 de la citada Convención dice:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;

b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.

2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción".

La demanda de unos plazos prolongados y proporcionados a la extrema gravedad del delito se explica para garantizar la armonización entre el derecho internacional y aquellos derechos nacionales que sí prevean en todo caso plazos de prescripción; y, cómo no, para aquellos supuestos en los que, volviendo a traer el ejemplo de la desaparición forzada, esta ha cesado, y por ende, el delito ha de entenderse ya consumado.



En cualquiera de los casos, las prescripciones han de ser declaradas. No perdamos de vista este importante extremo.

VII. Especial particularidad presenta en el caso español la Ley de Amnistía de 1977 (y su inmediato antecedente, el Decreto de 1976). En general, por todos es sabido que el Derecho Internacional repudia tanto las auto amnistías como las amnistías generales y absolutas.¹⁰² Por otro lado, en las transiciones de regímenes dictatoriales a democráticos no es extraño encontrarse con decisiones generosas orientadas a facilitar esa transición. Es en este marco en el que hace su aparición la “justicia transicional”. España no ha sido una excepción, con la diferencia de que algunos sostienen que las dosis de generosidad fueron excesivas. No puede ocultarse que, junto a relevantes ONG como Human Right Watch y Amnistía Internacional, incluso Naciones Unidas ha solicitado en fechas recientes la derogación de la Ley de Amnistía.¹⁰³

102. Vid. Ambos, K.: “Prólogo” a Gil Gil, A., *La justicia de transición en España...*, op. cit., p. 18.

103. En febrero de 2012, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, recordó en rueda de prensa en Ginebra que desde 2009 existe una Recomendación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en tal sentido. Además, existe un nuevo pronunciamiento, del pasado mes de noviembre de 2013, del Comité de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas [En línea: www.ohchr.org. Último acceso: junio de 2014]. Puede resultar de interés leer el documento elaborado por Amnistía Internacional en relación con el examen que el citado Comité iba a realizar a España (exigencia derivada del Convenio que España ratificó, tal como ya apuntamos). Amnistía Internacional: *Documento-España: Información para el Comité contra la Desaparición Forzada*: 5º período de sesiones, 4 a 15 de noviembre de 2013, Índice: EUR 41/003/2013, 2013 [En línea: www.amnesty.org/es. Último acceso: junio de 2014].

Sobre la Ley de Amnistía española se ha editado hace pocos años una obra colectiva coincidiendo con su 30º aniversario: Espuny Tomás, M. J.; Paz Torres, O.; Ysàs Solares, P. (coord.): *30 años de la Ley de amnistía (1977-2007)*, Universitat Autònoma de Barcelona y Dikynson, Madrid, 2009. Contiene un trabajo de M. García Arán sobre “Repercusiones penales de la Ley de amnistía de 1997”, p. 187 y ss.



Escapa en mucho a las pretensiones de este trabajo abordar en profundidad conceptos como justicia transicional, delito político y amnistía. Baste ahora con fijar una idea esencial como paso previo a abordar la superación del escollo que representa la amnistía. La Ley de Amnistía fue, en efecto, un producto de lo que hoy llamamos justicia transicional.¹⁰⁴ La amnistía por los delitos políticos se entendió como una imperiosa necesidad –al punto que recibió un muy amplio apoyo parlamentario, incluyendo socialistas y comunistas–. Planteado en estos términos, resulta clave delimitar qué se entiende por delito político; o mejor aún, qué se entendió en aquel momento por delito político. La propia Ley nos da cumplida respuesta en sus artículos 1º y 2º:

Artículo primero.

1. Quedan amnistiados:

- a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.
- b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.
- c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de

104. Vid. Teitel, R. G.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000; Futamura, M.: *War Crimes Tribunals and Transitional Justice*, Routledge, London, 2008; Ambos, K.; Malarino, E.; Elsner, G. (edit.): *Justicia de transición*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlín/Montevideo, 2009 [En línea: www.kas.de. Último acceso: junio de 2014], trabajo este último que contiene un informe sobre España por A. Gil Gil, el cual amplió, dando lugar a la también aquí citada monografía *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, tal como advierte la propia autora en su Presentación, p. 21.



octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

2. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal.

La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

Artículo segundo.

En todo caso están comprendidos en la amnistía:

a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de Justicia Militar.

b) La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.

c) Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.

d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa impresa o cualquier otro medio de comunicación.

e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Siendo así, cobra pleno sentido la propuesta de entender que el delito de lesa humanidad, al igual que el genocidio, podría estar excluido del ámbito objetivo de la amnistía otorgada en España en 1977. Dejando al margen el argumento de la imposibilidad de haberlo tenido presente en tanto no estaba previsto, por delito político podemos entender, en términos contemporáneos, aquel que se comete a fin de luchar por el establecimiento, o restablecimiento, de un régimen democrático cimentado sobre el respeto



a los derechos humanos y libertades públicas, incluyendo, entre otros, los delitos de opinión, los delitos contra el orden público y los delitos contra libertades básicas (caso de las detenciones ilegales). En este contexto, la amnistía, concedida para recuperar un régimen de libertades, no puede incluir, precisamente, los delitos que niegan la condición de persona, esto es, al titular de las libertades en tanto miembros de la comunidad (genocidio y lesa humanidad). Planteado en otros términos, los delitos de lesa humanidad no pueden ser alcanzados por la amnistía porque, en ese caso, se estarían validando precisamente los comportamientos criminales dirigidos a socavar la lucha por el restablecimiento del régimen de libertades.¹⁰⁵ Los presos políticos que debían recobrar la libertad eran ciudadanos encarcelados por un régimen dictatorial por ejercitar lo que hoy conforma uno de los cuatro pilares de nuestro actual modelo de convivencia, la libertad ideológica: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", reza el por todos conocido art. 1 de la Constitución española.

También se recurre a un argumento de contenidos: en tanto no hay alusión expresa a ellos, "puede entenderse que están implícitamente excluidos".¹⁰⁶

105. Tamarit Sumalla, J.: "Los límites de la justicia transicional: la experiencia del caso español", op. cit., p. 87. Lascaraín, J. A.: "Los límites de la amnistía", *Revista Penal*, n° 28, 2011, p. 107 y ss., se muestra partidario de que la amnistía también alcance estos delitos cuando de lo que se trata, en definitiva, es de salvar el régimen democrático, si bien es cierto que introduce importantes matices: declaración de antijuridicidad de la conducta (y culpabilidad del autor), y reconocimiento e indemnización a las víctimas (p. 109).

106. Tamarit Sumalla, J.: ult. cit., p. 87.



Por último, cabe acudir en apoyo de esta tesis a la propia configuración de la extradición. Es lugar común en los tratados sobre el tema advertir que, conforme al Derecho Internacional, rige el principio de no entrega por delitos políticos. En esta línea, el Convenio Europeo de Extradición dedica su art. 3 a ellos y señala, en sus dos primeros apartados:¹⁰⁷

“1. No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza.

2. Se aplicará la misma regla si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones”.

Escaparía a toda lógica que un Convenio de esta naturaleza promoviese espacios de impunidad frente a los delitos “internacionales” más graves.

De resultas, y a modo de conclusión, puede mantenerse la perseguibilidad de un delito de lesa humanidad, si hubiese resultado de aplicación, para subsumir los hechos objeto de este estudio, en la medida en que puede sostenerse que estos delitos no resultaron alcanzados por la Ley de Amnistía española de 1977.¹⁰⁸

107. Hecho en París el 13 de diciembre de 1957, y ratificado por España el 21 de abril de 1982 (B.O.E. n° 136, de 8 de junio).

108. Vid. el trabajo con elocuente título de Garcés, J. E.: “La Ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad”, en <http://www.lacomunapresxsdel franquismo.org/wp-content/uploads/2012/01/ley-de-amnist%C3%ADa-46-1977.pdf>. Último acceso: junio de 2014.



VIII. Cuestión distinta y final es contra quién se dirige la acción penal –en tanto existe delito del que responder, claro está–. Teniendo en cuenta que, en efecto, cabe la posibilidad de que no quede ningún responsable penal vivo, lo que se antoja evidente es que, sin necesidad de transitar por el sendero de las obviedades –v. gr., vía certificado de defunción de personas acreditadamente fallecidas–, tal hecho tendrá que declararse tras las correspondientes pesquisas. Del mismo modo, hay que tener presente que la Teoría del delito en el ámbito del título de imputación personal respecto a delitos contra la comunidad internacional ha vivido una evolución trascendental. Desde que en los años 60 del siglo pasado Roxin publicase su trabajo sobre la autoría mediata por dominio de un aparato de poder hasta los recientes pronunciamientos jurisprudenciales internacionales y nacionales, se ha recorrido un camino teórico y práctico que permite dirigir la acción penal contra quienes hace solo unas pocas décadas era inimaginable, hablando tanto en términos sustantivos como procesales.¹⁰⁹

109. Vid. Roxin, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., de Gruyter Recht, Berlín, 2006 (hay una trad. española, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. por J. Cuello Contreras y J. L. González Serrano de Murillo, trad. de la 7ª edic. alemana, Marcial Pons, Madrid, 2000); así como, el mismo: “Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft”, GA, nº 7, 2012, p. 395 y ss., donde ofrece una versión actualizada de sus tesis. Estas, en lo que ahora nos interesa, han inspirado ajustadas respuestas en la materia que nos ocupa. Vid., al respecto, últimamente, Muñoz Conde, F.: “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, nº 31, 2013, p. 171 y ss., y la abundante y prolija información doctrinal y jurisprudencial que contiene. Bien pudiera entenderse que esta es la tesis asumida por el Estatuto de Roma, como así sostiene Muñoz Conde en el trabajo acabado de citar, pues en el art. 25.3 a) se establece: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”.



En definitiva, puede exigirse que se abra la investigación correspondiente y que se pongan los servicios públicos a la búsqueda de los posibles autores, como se hace cuando se tiene conocimiento de la perpetración de un delito, deteniendo al posible autor para su puesta a disposición de la autoridad judicial, pues en España no rige el principio de oportunidad en la delincuencia de adultos. Más aún, es sostenible la exigencia de que se abran diligencias de investigación (o, cuando menos, informativas) por el Ministerio Fiscal, que es al fin y al cabo quien está llamado a tan altas tareas como las que le atribuye la Constitución española a través del art. 124: “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”. Para ello, que ponga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a investigar en sus funciones de policía judicial, y que al final, tales servidores públicos rindan cuentas de su labor: ante la comunidad internacional, ante la sociedad española y, cómo no, ante las víctimas –que como bien destacan el Consejo de Europa y la ONU, también lo son las familias–. Eso sí, sabiendo el posible delito que se haya podido cometer, de forma que no violentemos las garantías y exigencias que nos avalan como Estado democrático de Derecho. Pretender establecer un –permítasenos la expresión– corredor normativo regresivo sin solución de continuidad desde hoy hasta el momento de comisión de los hechos, pasando por el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional) y antes por la Carta de Londres (Tribunal de Núremberg), presenta algún serio obstáculo. Llevemos, pues, hasta sus últimas consecuencias



las exigencias derivadas de un Estado democrático de Derecho. De acuerdo. Pero asumamos, del mismo modo, que la transición basada en la impunidad que hemos querido vivir, al menos los españoles, está bien lejos de lo que aquel representa.



BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Peláez, R.: “Higiene mental y eugenesia”, *Frenia*, vol. III, fasc. 1, 2003.

Ambos, K.: “Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts”, *ZStW*, nº 1, 1999.

_____: “Prólogo” a A. Gil Gil, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

_____; Malarino, E.; Elsner, G. (edit.): *Justicia de transición*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlín / Montevideo, 2009, en www.kas.de.

Amnistía Internacional: *Documento-España: Información para el Comité contra la Desaparición Forzada: 5º período de sesiones, 4 a 15 de noviembre de 2013*, Índice: EUR 41/003/2013, 2013, en www.amnesty.org/es.

Bakel, F. B.: *Nacht und Nebel. Night and Fog*, Lutterworth Press, Suffolk, U.K., 1993.

Bandrés, J.; Llavona, R.: “La psicología en los campos de concentración de Franco”, *Psicothema*, vol. 8, nº 1, 1996, en www.psicothema.com.

Bosch Fiol, E.; Ferrer Pérez, V. A.; Navarro Guzmán, C.: “La psicología de las mujeres republicanas según el Dr. Antonio Vallejo Nájera”, *Revista de Historia de la Psicología*, vol. 29, nº 3/4, 2008.

Busquets Teixidor, T.: *La lucha contra los trastornos del espíritu. Higiene mental popular*, Librería Catalonia, Barcelona, 1928.



Capellá Roig, M.: “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005, en www.reei.org.

Capuano, C. F.; Carli, A. J.: “Antonio Vallejo Nágera (1889-1960) y la eugenesia en la España Franquista. Cuando la ciencia fue el argumento para la apropiación de la descendencia”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 26, 2012.

Cassese, A.; Gaeta, P.; Jones, J. R. W. D. (ed.): *The Rome Statute of International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, New York, 2002.

Cenarro Lagunas, A.: *La sonrisa de la Falange. Auxilio Social en la Guerra Civil y en la posguerra*, Crítica, Barcelona, 2005.

_____ : “Historia y memoria del Auxilio Social de Falange”, *Pliegos de Yuste*, nº 11-12, 2010.

De Maeztu, R.: *Defensa de la Hispanidad*, 2ª edic., Fax, Madrid, 1935.

Duva, J.; Junquera, N.: “Hijo busca madre; madre busca hijo”, diario *El País*, 6 de marzo de 2011.

Equipo Nizkor: *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, Informe de 14 de abril de 2004, en www.derechos.org/nizkor.

Espinosa Mestre, F.: *La columna de la muerte: el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Crítica, Barcelona, 2003.

_____ : *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba, Málaga y Badajoz*, Crítica, Barcelona, 2005.



Espuny Tomás, M. J.; Paz Torres, O.; Ysàs Solares, P. (coord.): *30 años de la Ley de amnistía (1977-2007)*, Universitat Autònoma de Barcelona y Dikynson, Madrid, 2009.

Ferré Olivé, J. C.: *Universidad y Guerra Civil*. Lección Inaugural Curso Académico 2009-2010. Universidad de Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2009.

Futamura, M.: *War Crimes Tribunals and Transitional Justice*, Routledge, London/New York, 2008.

Garcés, J. E.: “La Ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad”, en www.lacomunapresxsdel franquismo.org.

García Arán, M.: “Repercusiones penales de la Ley de amnistía de 1997”, en Espuny Tomás, M. J. ; Paz Torres, O. ; Ysàs Solares, P. (coord.), *30 años de la Ley de amnistía (1977-2007)*, Universitat Autònoma de Barcelona y Dikynson, Madrid, 2009.

Gil Gil, A.: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, nº7, 2005.

_____ : *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

_____ : “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: aspectos penales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 1, 2009.

Gómez Pavón, P.: “Artículo 484”, en J. López Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos (coord.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.



González de Tena, F.: "Nos encargamos de todo". *Robo y tráfico de niños en España*, Clave Intelectual, Madrid, 2014.

González Duro, E.: *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Península, Barcelona, 2008.

Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta de Justicia penal internacional*, Documento nº 6, 2002.

Huertas, R.: "La psico-biología del marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español", Lull: *Revista de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas*, vol. 19, nº 36, 1996, en <http://digital.csic.es>

Juliá Díaz, S.: "Víctima y verdugo", diario *El País*, 3 de diciembre de 2006.

Junquera, N.: "Imputado el médico clave en la supuesta trama de robo de bebés", diario *El País*, 25 de mayo de 2013.

Kevles, D. J.: *In the name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity*, Harvard University Press, 5ª reimpresión, 2004.

Kretschmer, E.: *Körperbau und Charakter: Untersuchungen zum Konstitutionsproblem u. zur Lehre von d. Temperamenten*, 26. Aufl. (Bearb. W. Kretschmer), Springer, Berlin, 1977.

Lamarca Pérez, C.: "Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo", *La Ley*, nº 34, 2007.

Landa Gorostiza, J. M.: "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Revista Penal*, nº 14, 2004.

Landrove Díaz, G.: "Los desaparecidos", en Arroyo Zapatero, L., Berdugo Gómez de la Torre, I. (dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero*



Santos. *In memoriam*, vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001.

Lascurain, J. A.: “Los límites de la amnistía”, *Revista Penal*, nº 28, 2011.

Marugán Pintos, B.: “Tratamiento mediático de los niños robados del franquismo”, Comunicación presentada en el *XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio desde la Sociología*, Madrid, 10 a 12 de julio de 2013, en www.fes-web.org

Muñoz Conde, F.: “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, nº 31, 2013.

Nash, M.: “Aproximación al movimiento eugénico español: el Primer Curso Eugénico Español y la aportación del Dr. Sebastián Recasens”, en *Actas del IV Congrés d’Història de la Medicina Catalana*, vol. I, Poblet, 7-9 de junio de 1965.

Plataforma Afectados Clínicas de toda España. Causa Niños Robados: “La trama. ¿Cómo actuaba?”, en <http://plataformacausa-bebesrobados.hostinazo.com>

Pons Prades, E.: *Los niños republicanos en la guerra de España*, Oberon, Madrid, 2004.

Preston, P.: *El holocausto español*, Debate, Barcelona, 2011.

Quintano Ripollés, A.: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I y II, Consejo Superior de investigaciones Científicas, Madrid, 1955 (vol. I) - 1957 (vol. II).

Reig Tapia, A.: *Violencia y terror. Estudios sobre la Guerra Civil española*, Akal, Madrid, 1990.



Richards, M.: *Un tiempo de silencio. La guerra civil y la cultura de la represión en la España de Franco, 1936-1945*, Crítica, Barcelona, 1999.

Rodríguez Arias, M. A.: "Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Jueces para la Democracia*, nº 60, 2007.

_____ : *El caso de los niños perdidos del Franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Romeo Casabona, C. M.: "El Derecho Penal ante el racismo y la eugenesia", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 11 extraordinario, 1997.

_____ (edit.): *La eugenesia hoy*, Comares, Granada, 1999.

Roxin, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., de Gruyter Recht, Berlín, 2006.

_____ : "Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft", *GA*, nº 7, 2012.

Ruiz-Vargas, J. M.: "Trauma y memoria de la Guerra Civil y la dictadura franquista", *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 6, 2006.

Satzger, H.: "La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación legal", *Revista Penal*, nº 21, 2008.

Sosa-Velasco, A. J.: *Médicos escritores en España, 1885-1955*, Woodbridge, U.K., 2010.

SOS-bebés robados: "Los hechos", en www.sosbebesrobados.es



Tamarit Sumalla, J.: “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, nº 13, 2012, en www.scielo.cl

Teitel, R. G.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000.

Vallejo Nágera, A.: *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937.

_____: *El factor emoción en la España Nueva*, Federación de Amigos de la Enseñanza, Burgos, 1938.

_____: *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938.

_____: “Psiquismo del Fanatismo marxista”, *Semana Médica Española*, nº 6, 1938.

_____: “Biopsiquismo del Fanatismo marxista”. Investigaciones biopsicológicas en prisioneros internacionales, *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*, nº 5, 1939.

_____: *Niños y jóvenes anormales*, Sociedad de Educación Atenas, Madrid, 1941.

Vallejo Nágera, A.; Martínez, E. M.: “Psiquismo del Fanatismo marxista”. Investigaciones psicológicas en marxistas femeninos delincuentes, *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*, nº 9, 1939.

Vinyes, R.; Armengou, M.; Belis, R.: *Los niños perdidos del Franquismo*, Random House Mondadori, Barcelona, 2002.



EL TIPO OBJETIVO DE ESTAFA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN*

Por José Sáez Capel**

Señor ex Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca, señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia, colegas, señoras y señores.

A más de la presentación que un rato antes formulé, en nombre del señor Presidente del Consejo de la Magistratura de la CABA, me toca ahora exponer sobre el tema en este seminario.

A mi entender, la Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación ha efectuado un serio y meditado trabajo, poco usual en estas latitudes. La tarea de la elaboración de un Código Penal requiere combinar, tal como aquí se hizo, en un equipo de penalistas, con los profesores Raúl Zaffaroni, León

* La conferencia que aquí se publica es una reelaboración de mi trabajo “El delito de estafa y la llamada estafa mediante manipulación informática en el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”, en ZAFFARONI, R. y otros: *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. Thomson Reuters - La Ley. Buenos Aires, 2014.

** El autor es Dr. h. c. Mult. Profesor de la UBA. Académico correspondiente extranjero de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Juez de Cámara y Consejero Juez del Consejo de la Magistratura de la CABA.



Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

La Comisión integrada por pocas personas, de todo el arco político partidario del país, contribuyó para el éxito de la tarea, dentro de un plazo razonable.

El Anteproyecto ha sido claro y preciso en cuanto a los límites máximos de poder punitivo que habilita, señalando criterios a los jueces, de forma tal que podamos decidir la forma que más convenga a la paz social.

También abre una ratificación de los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Institutos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República; adecuándose a las normas del Derecho Internacional Público en materia de crímenes contra la humanidad.

El Anteproyecto implica una indicación acerca de que la gravedad del delito se determina en cada caso por el grado de lesión a los bienes jurídicos de forma tal que ninguna pena excede, en el caso concreto, la medida de la culpabilidad.

La parte especial recodifica las leyes especiales, distinguiendo entre esta legislación penal que ha alcanzado cierto grado directo de estabilidad y la que parece seguir sometida a variables frecuentes que responden a una metodología importada, incompatible con nuestro Código y con la tradición europeo-continental, tales como las leyes que provienen de la tradición norteamericana.

Como mi propósito es hablar sobre el tipo de estafa, no debo extenderme en esta parte general, pero sí deseo señalar que es



de lamentar que un político oportunista, con aspiraciones presidenciales, desconocedor de la materia y populista al máximo, en definitiva un *völkisch*, haya querido sacar rédito político con este tema, vinculado a una de las mayores preocupaciones de nuestra sociedad; la inseguridad ciudadana.¹ De esa forma brindó decenas de entrevistas afirmando falsamente que el Anteproyecto favorece a los delincuentes, induciendo así al miedo a parte de la sociedad, al señalar la baja de las penas en veinte delitos graves. No advirtiendo –se había recibido de abogado en la UB, poquísimos tiempo antes de ser electo diputado nacional– que en realidad hay una armonización respecto de las más graves, que son las del Estatuto de Roma, del que la República es parte; de esta forma hay penas cuyos máximos bajan, como los homicidios agravados del artículo 80 del Código vigente, pero hay delitos nuevos o de otros tipos en que las penas suben.

En la mayoría de los casos se mantienen las escalas penales vigentes, y son más los casos en los que aumentan que en los que se reducen. Sin ir más lejos, en materia de estafa –tema que aquí trato– se aumenta la pena mínima del tipo penal de un (1) mes a seis (6) meses de prisión, y estafas que hoy aparecen como

1. “Pero lo que no se dice es que la seguridad ciudadana como miedo al delito, no es más que un modo de concebir y expresar otros miedos silenciados, miedo no solo a la muerte, sino también y probablemente ante todo, miedo a una vida sin sentido, despojada de raíces, desprovista de futuro. Lo que tenemos que tener en claro es que los totalitarismos responden a los miedos, apropiándose de ellos, ideologizándolos. Hacen una resignificación cuasiteológica de ellos al borrar las amenazas reales, transformándolos en fuerzas del mal, como caos, drogas, comunismo, emigrantes ilegales o terrorismo. En la Edad Media, la Iglesia obraba en forma semejante cuando se apropiaba del miedo a la peste, a las brujas o al diablo”. Ver: SÁEZ CAPEL, J.: “Las nuevas murallas de la ciudad, la invención del miedo y la sensación de inseguridad ciudadana”. En: SALINAS ESCOBAR, M. E.: *El ordenamiento territorial. Experiencias internacionales*. Editorial del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Guadalajara, Jalisco, 2008.



simples del artículo 173, se tipifican como agravadas con un mínimo de dos (2) años, cuando en el Código vigente tienen un (1) mes.

Cabe señalar que el actual Código tiene 94 años. Noble y excelente Código para su época hoy en parte obsoleto, lleno de parches, totalmente desarmonizado por las sucesivas reformas parciales que ha sufrido, de ahí la necesidad de su reforma integral.

Espero y aspiro a que cuando a nuestra clase política le vuelva la medida, pasadas las disputas electorales, se aboque en el Parlamento al estudio del Anteproyecto, incluyendo luego del debate algunas modificaciones, que por supuesto merece, pero sin cambiarlo sustancialmente en su estructura.

Los integrantes de la Comisión tratan el delito de estafa en el tipo del artículo 143, que corresponde al vigente artículo 172. Así: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a seis (6) años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier ardid o engaño”.

En la exposición de motivos explican que muchas veces se ha propuesto una fórmula diferente o se ha criticado la existente. Que es verdad que en derecho comparado se hallan tipificaciones de estafa que parecen más sintéticas y técnicamente superiores. No obstante, dado que la vigente no ha acarreado problemas graves –refieren–, que existe una jurisprudencia asentada al respecto, que la doctrina, si bien la crítica ha realizado importantes esfuerzos dogmáticos para precisar su alcance y, sobre todo, que una nueva fórmula puede provocar cierto desconcierto



y dar lugar a revisiones de sentencias o pedidos en ese sentido, en razón de la enorme frecuencia con que se condena por este delito, se considera prudente mantener la fórmula vigente.

Desde mi punto de vista se ha dejado pasar la oportunidad de dar solución a una confusión dogmática más que centenaria sobre este delito, que a excepción del Código Español de 1822, se ha desarrollado un período casi bicentenario caracterizado por mantener un sistema casuista, limitándose a describir las especies sin dar un tipo básico de estafa, dejando al arbitrio del intérprete la tarea de inducir de ellas los caracteres de la figura de estafa.

Estoy persuadido, siguiendo en ello a don José Antón Oneca,² de que la falta de una definición legal es una de las porciones más defectuosas del Código actual y por ende del Anteproyecto.

En Argentina, la doctrina en forma mayoritaria se ha mostrado confusa al tratar la estafa como una especie del género defraudación, confundiendo el engaño con el abuso de confianza, siendo de lamentar que no se aprovechara esta magnífica oportunidad para clarificar tan confuso tema.³

2. ANTÓN ONECA, J.: *Las estafas y otros engaños*. Obras. Tomo III. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires - Santa Fe, 2003.

3. Dable resulta señalar que en el Anteproyecto de Código Penal del Estado Plurinacional de Bolivia (2008/9) que presidió el profesor Raúl Zaffaroni, tal vez por la influencia de los profesores Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín y la mía propia, la estafa fue proyectada en el Título VII Delitos patrimoniales, de la Parte Especial, Capítulo V, tratándose en los capítulos siguientes el fraude con tarjetas de crédito, Administración desleal, Usura y Daños. También se tipificaron las defraudaciones con fluido eléctrico y análogos, la usurpación y los delitos contra la propiedad industrial. En tanto que por separado, en el Título VIII se tipificaron los delitos contra el orden socioeconómico.



Rodolfo Moreno (h), al tratar la noción del delito de estafa, refiere que el hurto se caracteriza por el apoderamiento de una cosa mueble ajena, el robo por ese mismo apoderamiento con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, y la extorsión por la intimidación sobre el sujeto para la obtención de una cosa mueble, de dinero, de un derecho, un documento, de un interés patrimonial, en tanto que en la estafa hace contribuir la voluntad del sujeto pasivo.

Las estafas son delitos que cualquier sujeto puede cometer y que deben remitir al tipo penal de cada país, así el parágrafo 263 del StGB, el criticado artículo 172 del Código Penal argentino y 248.1 del Código español de 1995.

Para Rodolfo Moreno (h),⁴ en la defraudación se persigue como finalidad, lo mismo que en los otros delitos mencionados, la lesión al derecho de propiedad de otro, pero los medios que se usan son diferentes de los empleados en aquellos. Para él es, desde luego, difícil dar una noción general de defraudación que comprenda todos los casos, y por eso los códigos señalan una serie de ellos, proporcionando también las reglas que puedan aplicarse al delito.

El que defrauda se propone una ventaja de carácter patrimonial, no por medio del arrebato de una cosa, sino usando, para conseguir lo que persigue, procedimientos astutos o engañosos. El defraudado presta generalmente su concurso al delincuente, entregando las cosas, el dinero, los intereses de *motu proprio*.

4. MORENO, R. (h): *El Código penal y sus antecedentes*. Tomo V. H. A. Tommasi Editor. Buenos Aires, 1923, p. 173 y ss.



El objeto del delito puede ser cualquier clase de bien, pudiendo alcanzar a los de toda naturaleza.

Refiere que antes de pasar al estudio del delito en el Código, va a recordar alguno de los conceptos que vierten al respecto los autores, para que se perciban las dificultades que se presentan cuando se quiere verificar una síntesis.

En apoyo de su tesis cita a: Alejandro Groizard,⁵ Octavio González Roura,⁶ Rodolfo Rivarola,⁷ empero llama la atención que no haga referencia a la obra de Joaquín Francisco Pacheco,⁸ de quien parece haber sacado la noción del delito de estafa a que refiere en la página 174 del Tomo V.

En tanto que, entre los antecedentes del tipo de estafa del Anteproyecto de 2013 referidos en la Exposición de Motivos, encontramos el Código de Tejedor, el Proyecto de 1881, el Código de 1886, el Proyecto Segovia, el Código de 1903, el Proyecto de 1906, el Proyecto de 1917, el Código Penal de la Nación de 1921, el Proyecto de 1931, el Proyecto de 1941, el Proyecto de 1989/90 y el Proyecto de 2006.

5. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código penal de 1870. Comentado y concordado*. Tomo VII. Segunda edición, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J. A. García. Madrid, 1914, p. 93.

6. GONZÁLEZ ROURA, O.: *Derecho penal. Parte especial*. Tomo III. Editorial Valerio Abeledo. Buenos Aires, p. 211. La edición consultada por mí está fechada en 1924, un año posterior a la obra de Rodolfo Moreno, con lo que él debe haber consultado una edición anterior.

7. RIVAROLA, R.: *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*. Tomo II. Félix Lajouane Editor. Buenos Aires, 1890, p. 353.

8. PACHECO, J. F.: *El Código Penal. Concordado y comentado*. Tomo III, Segunda edición, Imprenta de la viuda de Perinat y compañía. Madrid, 1856.



I. CÓDIGO DE CARLOS TEJEDOR⁹

En el Proyecto de Código Penal,¹⁰ parágrafo 4º, De las estafas y otras defraudaciones, Tejedor emplea el mismo epígrafe adoptado por el Código de 1886, por los diferentes proyectos y por el Código hoy vigente.

En dicho proyecto coloca el epígrafe correspondiente al bien jurídico propiedad particular, y en ello no sigue al Código sobre crímenes y delitos para el reino de Baviera de Feuerbach, que no hizo referencia al patrimonio como objeto de proyección, y situó la estafa entre los delitos de Daño a derechos ajenos mediante engaño.

El Código de Feuerbach (artículo 267) refería que: “Es culpable de estafa el que, para perjudicar a otro para procurarse para sí un beneficio no permitido, a sabiendas y dolosamente, da o expone hechos falsos, sustrae al conocimiento u oculta hechos verdade-

9. Ciertamente es que el Proyecto del Dr. Carlos Tejedor no recibió sanción del Congreso Nacional, pero las provincias lo fueron sancionando para delitos comunes, ya que para los federales regía la ley 49, de tal forma que por vía de sanción provincial y hasta que el Congreso dictó un Código en 1886 cumpliendo así la manda constitucional del artículo 67 inc. 11 CN (1853/60), se convirtió en el primer Código Penal argentino, vigente en casi todo el territorio nacional. Siendo la provincia de La Rioja la primera en adoptarlo en 1876, al año siguiente la provincia de Buenos Aires declara el Proyecto del Dr. Tejedor Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, con la supresión del suicidio pero dejando subsistente su instigación. Hicieron lo propio Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis y Catamarca en 1878, Mendoza en 1879, Santa Fe y Salta en 1880 y Tucumán en 1881.

Federalizada la Ciudad de Buenos Aires, la ley Orgánica de los tribunales de 1881 (Ley N° 1144) estableció que en la Capital Federal seguiría rigiendo el Código Penal de la provincia de Buenos Aires. Por esa razón –dice Raúl Zaffaroni– no es correcto llamarlo Proyecto Tejedor, puesto que ha sido Código y tal es la denominación que le corresponde.

10. TEJEDOR, C.: *Proyecto de Código Penal de la República Argentina. Parte primera*. Imprenta del Comercio del Plata. Buenos Aires, 1866.



ros de forma no permitida, o también hace uso a sabiendas de un engaño ajeno para su beneficio o perjuicio de otro”.

En tanto que el artículo 268 en el inc. 2 ponía de manifiesto la identificación con la hipótesis de la supresión de documentos del delito de falsedad, agregaba: “La mera privación del conocimiento de la verdad es estafa, 1) si se causa un error de otro para inducirlo a una acción, a una omisión o a una promesa perjudiciales; 2) si alguien sustrae, impide el conocimiento, destruye o convierte en inservibles o de otra forma sustrae el conocimiento de otros documentos válidos; 3) si alguien, requerido por autoridad para testificar silencia su conocimiento o miente.”

Finalmente el artículo 269 establecía una regla por la que adelantaba la consumación a momentos anteriores a la producción del daño en los derechos del sujeto pasivo.

Por su parte nuestro codificador en el artículo primero refiere a: “Todo el que con nombre supuesto, o bajo calidades imaginarias, falsos títulos o influencia mentida, defraudare a otro aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, o negociaciones o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño será reprimido”...

Siendo que en la nota al pie refiere al Código Español y a su comentarista Joaquín Francisco Pacheco, a Feuerbach y al artículo 637 del Código Penal Boliviano.¹¹

11. Si bien cita el Código Penal de Bolivia, no siguió su metodología y buena sistematización, nótese que se trataba del Código Penal Español de 1822 que apenas rigió en la península y que en Bolivia, adoptado primero por Sucre y luego como Código Santa Cruz, rigió durante 138 años. Ver: SÁEZ CAPEL, J.: “El Código Penal de Bolivia. De Facundo Infante al actual Proyecto (2008/9)” En: MUÑOZ CONDE, F. y otros (directores). *Un derecho penal comprometido. Libro de homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.



La particularidad de este delito también radica en la forma de aplicar la pena, estableciendo seis tipos distintos: 1) Con arresto de quince días si la defraudación no excede los cien pesos fuertes. 2) Con arresto de un mes si pasa los cien y no llega a los quinientos. 3) Con arresto de dos meses si pasa de quinientos y no llega a mil. 4) Con arresto de tres meses si pasa de mil y no llega a dos mil. 5) Con prisión de un año si pasa de dos mil y no llega a seis mil. 6) Con prisión de dos años si excede de seis mil.¹²

El artículo segundo refiere que sufrirán las mismas penas del artículo anterior, a semejanza de la casuística del actual artículo 173: 1) Los que defrauden a otro mediante sustancia, cantidad o calidad de las cosas que se entregan en virtud de un título obligatorio. 2) Los plateros, joyeros o prenderos que cometan defraudación, alterando la calidad, ley o peso de los metales, en las obras que vendiesen o se les hubiesen confiado o cambiando los diamantes u otras piedras preciosas con falsos, o de inferior calidad; o vendiendo perlas o piedras falsas por finas. 3) Los comerciantes o traficantes que defrauden al comprador, vendiéndole como oro, plata u otro metal fino, objetos que sean de distinta materia o ley. 4) Los que hagan uso de pesos o medidas falsas. 5) Los que defrauden con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos. 6) Los que en perjuicio de otro nieguen haber recibido, o se apropien, o distraigan dinero,

12. El Proyecto de 1881 preveía escalas semejantes. En el Anteproyecto de reforma al Código Penal Boliviano (2008/9) al que refería más arriba, por iniciativa del profesor castellano manchego Adán Nieto Martín, se diferencian las penas de la estafa, según se trate de: 1) Abuso de personas incapaces. 2) Que el perjuicio económico sea de particular gravedad. 3) Que recaiga sobre cosas de primera necesidad. 4) Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio o negocio cambiario ficticio. 5) Se realice mediante fraude procesal.



efectos o cualquier otra cosa mueble que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver. 7) Los que defrauden haciendo suscribir con engaño algún documento. 8) Los que cometan alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento, en perjuicio del mismo que la dio, o de un tercero. 9) Los que se nieguen a restituir la cosa ajena que hubiesen encontrado perdida, o el depósito miserable que se les hubiese confiado. 10) Los que cometan el fraude en escritura pública o abusando de la confianza que en ellos se hubiese depositado. 11) El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero. 12) El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Por el artículo tercero reduce a la mitad de las penas del artículo primero a los que cometan defraudación sustrayendo, ocultando o mutilando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro papel importante. Para finalizar, en el artículo cuatro tipifica al que fingiéndose dueño de una cosa la enajene, grave o arriende o disponga de ella como libre a sabiendas de que está gravada, lo que castiga con una pena de tres meses de arresto y multa del tanto al doble del valor del perjuicio causado.



II. EL PROYECTO DE VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA DE 1881¹³

El Capítulo tercero del Título destinado a los delitos contra la propiedad bajo el epígrafe de estafas, comenzando por el artículo 327, refiere a: “El que con nombre supuesto, calidad simulada, falso título o influencia mentida, o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose para él, efecto de cualquier otro ardid o engaño, defraudare a otro será castigado”.

A semejanza del Código Tejedor, las penas se relacionan con el monto de lo defraudado, solo que contenidas en cuatro incisos y no en seis como aquel.

Usa indistintamente las palabras estafa y defraudación y en cuatro artículos se ocupa en forma casuística de casos particulares.

III. EL CÓDIGO DE 1886¹⁴

En el Capítulo XXIII¹⁵ (artículos 202 a 207) trata De las estafas y otras defraudaciones, siguiendo el sistema de Tejedor.

13. El Proyecto de 1881 dejó de lado el modelo bávaro aproximándose al Código Español de 1870, que con variantes era la del Código de Brasil (1830). Este proyecto fue adoptado como Código Penal de la provincia de Córdoba.

14. La Comisión de Códigos, formada por los diputados Gil, Gómez Solveira, Posse y Demaría dio lectura, en la sesión del 23/10/1885, al despacho en el que refería que las reformas que proponía mejoraban considerablemente el proyecto redactado por el Dr. Tejedor. El Senado lo aprobó a libro cerrado y sobre tablas en la sesión del 25/11/1886, como Ley N° 1920, que en su artículo 1° disponía que “Desde el 1° de marzo de 1887, se observará como ley de la República el Proyecto de Código Penal redactado por el Dr. Carlos Tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Diputados”.

La edición oficial del Código Penal de la República Argentina fue editada por la Imprenta de Sud América, Buenos Aires, 1887.

15. RIVAROLA, R.: *Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina*. Félix Lajouane Editor. Buenos Aires, 1890.



El artículo 207, redactado en términos semejantes a su modelo original, expresa: “Todo el que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos o influencia mentida, defraude a otros, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño será castigado con las penas establecidas en los seis incisos siguientes”.

Para ello se tiene en cuenta el monto de lo defraudado, pero la ley de reformas modificó lo relativo a las penas. Al igual que su modelo, en forma casuística establece casos de estafas y defraudaciones.

En todos los artículos el Código se refiere a la defraudación, pero no se marcan diferencias, solo en el artículo 207 se utiliza la palabra estafa, con referencia a la venta de prenda sobre la que se prestó dinero o apropiándose la o disponiendo de ella sin las formalidades de la ley. Refiere Rodolfo Rivarola¹⁶ que cae también bajo la calificación de estafa, con penas de arresto de uno a seis meses. Y “que el poseedor de la prenda la tiene para fines claramente establecidos y que resultan de la naturaleza y objeto con la que se le constituyó el derecho. La separación de aquel fin, se asemeja pues al delito del que distrae la cosa que se le ha confiado con cualquier otro objeto, pero la imputabilidad necesariamente menor, porque el que enajena la prenda dispone hasta cierto punto de algo que le pertenece.”

El citado autor agrega además que “el Código impone la pena de arresto de uno a seis meses a los que soliciten dádivas o promesas y a los que las ofrezcan para no tomar parte en una

16. RIVAROLA, R.: Obra citada. Tomo II, parágrafo 862, p. 377.



subasta pública, y a los que fingidamente se presenten como postores”. Este artículo resulta ser el primero del título De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el Código español de 1870, y le encuentra un justo título para tener cabida en el título de las defraudaciones como pasa en nuestro Código de 1886, porque tal carácter se manifiesta claramente con relación al comprador de buena fe, quien se lleva por engaño a consentir un precio mayor que el que correspondería según la forma aceptada de la enajenación.

IV. LA REFORMA QUE SE INICIA EN 1906, PROYECTO DE 1917 Y EL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN 1921 (HOY VIGENTE)

La legislación argentina a comienzos del siglo XX, se encontraba escindida entre la Ley N° 49 para delitos federales y lo que restaba del Código del Dr. Carlos Tejedor, luego de la reforma de 1886 y las posteriores reformas de los delitos comunes.

Por decreto del Poder Ejecutivo de fecha diciembre 19 de 1904, el presidente Manuel Quintana designa una comisión integrada por Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía.¹⁷

Al parecer, la comisión se apoyó en el Anteproyecto que Rodolfo Rivarola había publicado en 1905, bajo el título de “Bases y Anteproyecto de un Código Penal Argentino”. Que como novedad suprimía la pena de muerte, la que sustituía por la de presidio. Además establecía la libertad condicional, a la vez que reemplazaba las penas cortas privativas de libertad por la de multa.

17. De los integrantes de la Comisión, el Dr. José María Ramos Mejía era médico.



El Proyecto de 1906 contiene los mismos artículos que el código vigente, con muy pocas diferencias, consistentes en el agregado del inciso 4 al artículo 175, que fuera proyectado por Rodolfo Moreno cuando en 1916 hizo la presentación ante la Cámara de Diputados. Así lo refiere la Exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, cuando sostuvo que la Comisión ha conservado también en esta parte el Proyecto de 1906.

En marzo 16 de 1906, la Comisión elevó el Proyecto al Ministerio de Justicia de la Nación.¹⁸ Enviado por el Ejecutivo al Senado y girado a comisión, nunca tuvo dictamen.

Rodolfo Moreno (h), retoma el proyecto y lo presenta a la Cámara de Diputados, que él integraba; de esta forma se constituye una comisión presidida por el propio Moreno e integrada por los diputados Gerónimo del Barco, Délfor del Valle, Antonio De Tomaso y Carlos Pradere. Se presentó así el 16 de julio de 1917, por parte de la Comisión especial, el proyecto, que fuera aprobado ese mismo año y girado al Senado. Recién en 1921, tras insistir por dos tercios la cámara de origen, se convirtió el proyecto en Ley 11179, siendo promulgado un mes después por el presidente Hipólito Yrigoyen.

18. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904.* Tipografía de la Cárcel de Encausados. Buenos Aires, 1906.



V. EL PROYECTO DE COLL-GÓMEZ, DE 1937¹⁹

El Poder Ejecutivo, en 1936, designó a los profesores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez para que redactasen un Proyecto de Código Penal. En lo referente a nuestro tema, el Código sostiene una postura innovadora al considerar, en el Título VI del Proyecto, delitos contra el patrimonio, las figuras que tradicionalmente fueron configuradas contra la propiedad, de allí que el bien jurídico tutelado resulta ser el patrimonio.

Eusebio Gómez en su Tratado²⁰ sostiene que resulta inadecuado el título “Delitos contra la propiedad”, que el objeto constituye distintos grupos. Que la exactitud de esta observación puede ser demostrada con facilidad, que bastará para evidenciarla el examen de algunas de las disposiciones expresadas en el mencionado título. Así, el artículo 173 inciso 6°, por el que el dueño de una cosa mueble que la sustrajera a quien la tuviera legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero.

En semejante hipótesis, el sujeto activo del delito es el titular del dominio de la cosa sustraída. La sustracción no lesiona el derecho de propiedad, porque este es exclusivo del agente; el derecho afectado es aquel a mérito del cual el sujeto pasivo tenía la cosa en su poder.

Los hechos constitutivos del delito de quiebra de los arts. 176 y 177 no importan ataques al derecho de propiedad, ellos tienen

19. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto del 19 de septiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los Dres. Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez.* Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional. Buenos Aires, 1937.

20. GÓMEZ, E.: *Tratado de Derecho Penal.* Tomo IV. Primera parte, Delitos contra el patrimonio. Compañía Argentina de Editores SRL. Buenos Aires, 1941.



su objetividad jurídica en el derecho a exigir del deudor que no altere en su perjuicio la situación de los bienes que forman la garantía común de todos los acreedores.

En el artículo 181 se prevé el hecho del que, con violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble.

Como se puede apreciar, para el autor, con quien coincido, el aserto de la denominación “delitos contra la propiedad” no cuadra en todos los que el Código Penal prevé como tales. Por cierto, en el Anteproyecto acertadamente se sigue este criterio y el bien jurídico tutelado es El Patrimonio.

Para Gómez, lo que la ley protege al reprimir los hechos de referencia no es la propiedad sino el patrimonio, conforme a la definición del artículo 2312²¹ del Código Civil (CC). Es decir el conjunto de bienes de una persona. En la nota al artículo 2312 CC Vélez expuso con mayor amplitud la noción de patrimonio como la universalidad jurídica de los derechos de una persona, tanto reales como personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos, que no pueden ser divididos sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas. O que puedan ser separadamente determinadas.

21. “Los objetos susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes”. Corresponde además aclarar que, conforme el artículo 2311 del CC se llaman cosas los objetos corporales susceptibles de valor, en su nota se explica que todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. “La cosa es el género; el bien es la especie”.



Así la protección penal del patrimonio se ejecuta a favor de los derechos o bienes que lo forman y no en favor de la entidad ideal, sea esta una *universitas facti* o una *universitas juris*.

Es que en derecho penal no se explica, ni existe razón alguna para ello, una noción de propiedad, ella resulta un elemento normativo del tipo objetivo, resultando el concepto de propiedad del artículo 17 de la Constitución, donde resulta que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley.

Además no todos los delitos que lesionan la propiedad figuran en nuestro Código bajo ese enunciado. Hay hechos que pese a producir este mismo efecto, son incriminados en títulos distintos, porque su comisión no obstante produce este mismo efecto lesivo contra otros bienes jurídicos tutelados.

Tal ocurre con los “incendios y otros estragos punibles”, con algunos de los delitos “contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación” y en varias de las formas de “piratería” que importando también delitos contra la propiedad, aparecen previstos y tipificados en los delitos “contra la seguridad pública” o como ocurre en la malversación de bienes públicos, en que se concreta un daño al patrimonio estatal, es incluida en los “delitos contra la administración pública”.

Para E. Gómez, el epígrafe “estafas y otras defraudaciones” expresa que la estafa es una variedad específica de la defraudación.²² Y que cuando la ley intenta precisar los elementos integrantes de la estafa, afirma igual concepto, que implica siempre un ardid o engaño.

22. GÓMEZ, E.: Obra citada, p. 191 y ss.



Para este autor:²³ 1) la estafa constituye una variedad específica de la defraudación. 2) No es posible fijar la noción jurídica de la defraudación, porque –según él– la ley penal no contempla un hecho único al que cuadre el referido *nomen juris*, sino diversos casos especiales de defraudación. 3) La estafa supone, de modo necesario, un engaño determinante de un error en cuya virtud el engañado efectúa un acto que, importando disminución de su patrimonio, se traduce en un injusto provecho para quien provocó el error o para un tercero. 4) En el derecho argentino es inadmisibles la distinción entre dolo civil y dolo penal. 5) El elemento material de la estafa está representado por el ardid o engaño del que se vale el agente para inducir a error a la víctima. 6) Para que el engaño pueda considerarse constitutivo de la estafa es esencial que actúe como causa determinante del error en virtud del cual la víctima verifica la prestación que forma el objeto de este delito. 7) Como consecuencia, y aunque la ley no lo establezca expresamente, es indispensable que el engaño sea idóneo para inducir en error. 8) La investigación de la idoneidad es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada. 9) La investigación referida comporta la de un cúmulo de circunstancias de hecho, y, en primer término, las de las condiciones personales del sujeto pasivo, porque el mismo artificio o engaño no puede tener eficacia en relación a la generalidad de los hombres. 10) Cuando el error proviene de la negligencia del sujeto pasivo y no del engaño, no hay estafa. 11) En determinados casos, la mentira, la simulación o las simples promesas pueden constituir estafa. 12) El engaño debe ejercitarse sobre persona determinada. 13) La demanda judicial

23. GÓMEZ, E.: Obra citada, p. 245 y ss.



para obtener el pago de un crédito es acompañada de fraudes capaces de inducir a error a la justicia. 14) La connivencia dolosa entre un deudor ejecutado y un tercerista no constituye delito, sino en los casos en que puede constituirlo en fraude procesal. 15) La circunstancia de que la víctima del engaño persiga una finalidad dolosa al efectuar la prestación, no obsta a la calificación del hecho como estafa, si la prestación obedeció a un error determinado por el engaño del agente. 16) La mendicidad puede constituir estafa cuando se practica empleando medios idóneos para inducir en error respecto del infortunio del mendicante. 17) La objetividad jurídica de la estafa es el patrimonio. 18) La estafa se consuma en el momento en que la víctima efectúa la prestación. 19) La tentativa de la estafa es punible.

El proyecto modifica en cuanto a su forma las disposiciones del Código Penal de 1921, en lo atinente a la estafa y a las defraudaciones.

Así omite expresamente mención en el epígrafe la estafa, que los codificadores consideraron innecesario ya que, para ellos, constituía una variedad específica de la defraudación. Así el epígrafe “Defraudación” indica sin suscitar dudas que para el Proyecto, sus previsiones alcanzan al delito de estafa. Esta se tipifica en el artículo 226 y “se impondrá prisión de un mes a seis años al que mediante falsedad, ardid o engaño, determinare a otro a entregar dinero o una cosa mueble, a otorgar una escritura o a suscribir, entregar o destruir un documento, perjudicando en cualquier forma el patrimonio, en beneficio propio o de un tercero”.



Por su parte, el artículo siguiente impone la misma pena, en siete incisos, casos especiales de defraudación, no consignándose todo el supuesto del artículo 173 del Código Penal vigente a la época. Así, no figuran las disposiciones de los incisos 3°, 8°, 9° y 10°.

El artículo 228 contempla casos específicos de defraudación, tales como la venta de bienes gravados como libres; la defraudación mediante destrucción de un proceso, expediente o documento; la defraudación so pretexto de remuneración a un juez o a un funcionario público; el que cometiere un delito en perjuicio de la administración pública o institución privada de beneficencia; defraudación en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa; aprovechamiento de la inexperiencia o pasiones de un menor o la insuficiencia o enfermedad mental de una persona, aunque no esté interdicta y defraudación en la ejecución de obra o entrega de materiales.

El artículo 229 prevé dos de los casos del artículo 175 del Código de 1921, al que encontrare una cosa perdida o un tesoro y no observara las disposiciones del Código Civil. El que se apropiare de una cosa ajena, en cuya tenencia hubiese entrado como consecuencia de un error o de un caso fortuito. El mismo artículo penaliza la usura.

El Poder Ejecutivo Nacional remitió el Proyecto a la Cámara de Diputados, en agosto 29 de 1937, pero no tuvo estado parlamentario.



VI. EL PROYECTO DEL PROFESOR JOSÉ PECO (1941)²⁴

En septiembre de 1941, el profesor José Peco, por ese entonces diputado nacional, presentó en Diputados un Proyecto que él había elaborado sin la participación de Comisión alguna de la Cámara.²⁵

Este proyecto, al igual que el de 1937, no tuvo estado parlamentario y por ende no fue tratado por el Congreso.

El autor reconoce en la Exposición de Motivos que el Proyecto es de corte neopositivista, que no es una construcción teórica ni es ajeno a las banderías científicas. Que a menudo se pregona en las exposiciones de motivos la neutralidad ideológica del proyecto o del Código, ni clásico ni positivista. No es sino una sistematización jurídica de los principios centrales de una escuela adaptada a los coeficientes políticos y sociales de un determinado país en un clima histórico dado.

Cada escuela dota a sus proyectos de tónica distinta. El italiano de 1889 es clásico, el proyecto italiano de 1921 positivista. El Código Italiano de 1930 (Rocco), ecléctico. A veces se arriba a componendas doctrinarias y por ende, a contemporizaciones jurídicas, a la manera de las legislaciones contemporáneas. Seguidor de la doctrina neopositivista recibe los principios fundamentales de la defensa social, la sanción para todo delito o autor de hecho considerado como delito, la peligrosidad criminal y

24. Este proyecto y las opiniones sobre el mismo fueron publicados en *Estudios y documentos para la reforma penal*. Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional. Buenos Aires, 1941.

25. PECO, J.: *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de septiembre de 1941*. Imprenta del Congreso de la Nación. Buenos Aires, 1943.



el arbitrio judicial, como base de la reforma penal argentina, sin mengua de la construcción de la teoría jurídica del delito.²⁶

En el Proyecto la estafa es tratada en el Libro Segundo, Sección Primera, Título 3, De los delitos contra el patrimonio, Capítulo II, Artículo 151, como: “Al que de cualquier medio fraudulento indujere a alguno en error, para procurarse un injusto beneficio a sí mismo o a otro en perjuicio ajeno, se le aplicará privación de libertad de tres a seis años.”

“La sanción podrá elevarse hasta ocho años si el delito revelare particular peligrosidad en el autor.”²⁷

En la Exposición de Motivos (página 292 y siguientes) refiere que “en la compleja materia de la estafa y otras defraudaciones, el proyecto cambia hasta en la raíz el sistema del código penal, faltar de técnica ajustada y sobrado de disposiciones casuísticas”.

El proyecto reconoce como fuentes los códigos de Brasil (artículo 171), Suiza (148), Italia (640), Polonia (264), Uruguay (347) y Letonia (553). Y en lo referente a la sanción máxima, el artículo 226 del Proyecto Coll-Gómez).

Conforme al sistema general del proyecto, usa en el capítulo la denominación genérica, con los distintos nombres de los artículos respectivos. Elimina el casuismo para atender exclusivamente a los tipos penales, adoptando fórmulas genéricas para encerrar en la latitud del texto la complejidad y variedad de los hechos presentados en la vida y de esta forma, tipifica el delito

26. PECO, J.: Obra citada, pp. 28-29.

27. PECO, J.: *Proyecto de Código penal. Exposición de motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de septiembre de 1941*. Edición de la Universidad Nacional de La Plata. La Plata, 1942, p. 701.



de estafa en un solo artículo, pero como el propio PECO reconoce, “con la máxima flexibilidad”, de esta forma sustrae de la defraudación lo que en legislación comparada se conoce como apropiación indebida.

VII. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN (2005-2006)²⁸

Este Anteproyecto responde al cometido que fuera encomendado a la comisión integrada por representantes institucionales pertenecientes al foro, la judicatura y la academia, por Resolución del Ministerio de Justicia nro. 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por Resolución MJYDH nro. 13 del 14 de octubre de 2005.

En Anteproyecto conserva la nomenclatura de Delitos contra la propiedad y se le agrega como bien jurídico el Orden económico, ubicándolos en el Título VII, salvo la Extorsión, que aparece en el Título III.

Refiere el Prof. Daniel Erbeta, en el capítulo XV de los Fundamentos del Proyecto, que se ha optado por mantener la tradicional designación de delitos contra la propiedad no obstante la preferencia de la doctrina por la designación de patrimonio, formándose un orden bivalente integrado por propiedad y orden económico.

En doctrina se ha querido justificar la denominación de propiedad, sosteniéndose que con ello el legislador no ha querido

28. *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal. Con presentación de Luigi FERRAJOLI y Nota introductoria de Daniel ERBETA.* Editorial Ediar y Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Buenos Aires, 2007.



referirse al derecho real a que alude el artículo 2506 del Código Civil, sino que se ha empleado en un sentido más amplio, comprensivo del conjunto de bienes e intereses patrimoniales. Pues bien, si como refiere Erbeta eso es así, debió sustituirse aquella por una más apropiada como la de Delitos contra el patrimonio, expresión esta con la que se observa una precisión de técnica jurídica a la vez que es la que más conviene para la interpretación de los tipos penales contenidos en ese Título del Código. Y ello es así porque el patrimonio comprende el activo formado por los bienes que posee una persona como el pasivo integrado por obligaciones y deudas.

En doctrina nacional se han inclinado por esta postura Octavio González Roura,²⁹ José Peco,³⁰ Eusebio Gómez,³¹ Isidoro de Benedetti,³² Ernesto J. Ure,³³ Alfredo Molinario,³⁴ don Luis Jiménez de Asúa,³⁵ Jorge Buompadre,³⁶ Edgardo Donna,³⁷ Andrés D'Alessio³⁸ y yo, que como ya manifestara, he adherido a esta postura.

29. GONZÁLEZ ROURA, O.: *Derecho penal*. Edición Abeledo. Buenos Aires, 1922.

30. PECO, J.: Obra citada.

31. GÓMEZ, E.: Obra citada. Tomo IV, p. 4.

32. DE BENEDETTI, I.: *Exposición de motivos del Proyecto de 1951*. Buenos Aires, 1952, p. 20.

33. URE, E. J.: *El delito de apropiación indebida*. Editorial Ideas. Buenos Aires, 1943, pp. 22-23.

34. MOLINARIO, A.: *Los delitos. Texto preparado y actualizado por Eduardo AGUIRRE OBARRIO*. Tomo II. Editorial TEA. Buenos Aires, 1996, p. 190.

35. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El Criminalista*. Tomo VI. Editorial Zavalía. Buenos Aires, 1947, p. 168.

36. BUOMPADRE, J.: *Estafas y otras defraudaciones*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 4.

37. DONNA, E.: *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II-B. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe-Buenos Aires, 2001, p. 15.

38. D'ALESSIO, A. (director) DIVITO, M. (coordinador): *Código Penal Comentado y Anotado. Parte especial*, Editorial La Ley. Buenos Aires, 2004, p. 385.



En el Anteproyecto se mantuvo, tal como hoy acontece, la redacción de la figura de la estafa del artículo 172 del Código vigente; incorporándose en este capítulo –de modo subsidiario respecto de la estafa y defraudación– los delitos de cheques irregulares, compatibilizando su formulación típica con la actual legislación comercial en la materia. Su incorporación en este título justifica, además, su tratamiento como delito de acción privada.

La influencia notable de la codificación patria, en lo que respecta a este delito, y tal como he venido desarrollando, ha influenciado notablemente en los integrantes de la Comisión. En modo general, todo el sistema del Anteproyecto y sus diferentes figuras a que refiere este delito. En líneas generales todo el sistema encuentra sus orígenes en la legislación española, tal como más adelante veremos.

Salvo los Proyectos de 1937 y 1951, siguieron una forma casuística, sin definir el delito y sin una clara distinción entre el concepto de estafa y defraudación, limitándose los proyectistas, como los legisladores de antaño, a señalar una serie de supuestos ejemplificativos de las diversas formas de estafa. Tampoco se ha hecho en esos códigos y proyectos, una clara definición entre el concepto de estafa y defraudación, empleándose indistintamente ambas expresiones, lo que ha dado lugar a arduas confusiones.



VIII. ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE ESTAFA EN LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES

Hasta el siglo XIX, antes de la sanción del Código Penal de 1822 regían en España la Novísima Recopilación y como derecho supletorio las Siete Partidas del Rey Alfonso X de Castilla León.³⁹

Empero para nuestro estudio solo habré de referirme al derecho penal posterior a la Revolución (1789), en que se da comienzo a los primeros intentos codificadores en el sentido que hoy día entendemos como tales.

Fue la ley penal francesa de julio 1791 la que inspiró al artículo 405 del Código Penal francés, que permite agrupar un concepto general que sirvió de base a legislaciones del siglo XIX.

La reacción en 1814 derribó el régimen constitucional liberal de la monarquía española de 1812. Restablecido el orden constitucional, las Cortes de 1821, se volvió al pensamiento de elaborar un Código Penal, que luego de una amplia discusión, fue sancionado el 9 de julio de 1822.⁴⁰ Así, los delitos contra la propiedad

39. Conforme lo dispuesto por la Ley de Prelación de Códigos del Ordenamiento de Alcalá, que es reproducido por la Ley 3a. Título II Libro III de la Novísima Recopilación, las Partidas del rey sabio se aplicaban con preferencia al Fuero Real, al Fuero Juzgo y a los Fueros municipales.

Las pragmáticas contenidas en las Recopilaciones y en las Partidas, según Silvela, eran lo único que se citaba y aplicaba en materia criminal, cuando el uso o la práctica de los tribunales no lo modificaban o corregían. Ello surge del estudio de los expedientes del derecho penal, a la sazón vigente.

En el Título XVI de la Partida VII, se da a la estafa el nombre de engaños, los que según este título se hacen de muchas maneras, pero las principales son dos: la primera cuando se hacen por palabras mentirosas o arteras, en tanto que la segunda es cuando se pregunta a algún hombre sobre alguna cosa y el callase arteramente, no queriendo responder y si respondiere palabras encubiertas.

40. El Código de 1822 fue sancionado por las Cortes el 9 de julio de ese año, publicándose en *La Gaceta* una Real Orden por la que se disponía una *vacatio legis* en la Península e Islas adyacentes a partir del 1 de enero de 1823. Pero desde principio de



particular que nos ocupan estaban contenidos en los delitos contra los particulares, que también abarcaban los delitos contra las personas y contra el honor.

En la formación de este código influyeron los principios científicos entonces dominantes y especialmente los consignados en el Código Francés. También hay algo en él de Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código Napoleón, según expresiones de Pacheco.

Quintiliano Saldaña refiere que en él se nota la influencia de tres corrientes: 1) la proveniente de la Enciclopedia y de Beccaria; 2) el movimiento codificador francés a que dio nombre napoleón; 3) una muy vaga proveniente de las ideas de Bentham; y 4) la mínima proveniente de la tradición legal española, especialmente del Fuero Juzgo y de las Partidas.⁴¹

Este Código tradujo *escroquerie* por “estafa”, pero completó la rúbrica del Capítulo V del Título III de la Parte segunda, con “engaños”, quedando la denominación como: De las estafas y engaños.

El Código de 1848, que nuestra legislación tomó como modelo, significó un notable retroceso en la materia, ya que instituyó un sistema exageradamente casuístico.

ese año había en España una guerra civil, al punto que en abril de ese año pasaron los Pirineos los cien mil hijos de San Luis, soldados de la Santa Alianza, restableciendo el Gobierno Absoluto del rey Fernando de Borbón, que luego de la capitulación del 1º de octubre decretó, entre otros, la anulación del Código Penal de 1822, por lo que sucumbió este Código. SÁEZ CAPEL, J.: “El Código penal de Bolivia. De Facundo Infante al actual Anteproyecto (2008/9)” En: MUÑOZ CONDE, F., y otros (directores): *Un derecho penal comprometido*. Libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz, ya citado, p. 976, nota 12.

41. SALDAÑA, Q.: “Historia del Derecho Español”, en: Von LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de la 18ª edición alemana. Tomo primero. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid, 1926, p. 441.



El Código de 1848 coloca dentro de estos delitos la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, que en el Código de 1822 estaban ordenados entre los abusos de confianza, la rúbrica pasa a ser De las estafas y otros engaños, para significar también en las primeras el común denominador engañoso, pero olvidando que en algunos de los nuevos conceptos incluidos –según Antón– escapaban necesariamente a tal designación.

Otra novedad fue introducir una falta de estafa o engaño cuando la defraudación no excediere los cinco duros.⁴² Escasas fueron las modificaciones del Código Penal de 1870 que reunió en el artículo 520 lo que en los anteriores era materia de varios artículos y suprimió la falta, absorbiéndola en el delito.

En estos Códigos, se mantuvo un sistema legal de casuismo exagerado –como el que nos rige en Argentina– sin que las figuras se encuentren debidamente determinadas, y con fórmulas de extraordinaria vaguedad. Entre nosotros ello se ha visto ejemplificado en los innumerables y siempre ampliados incisos del artículo 173 del CP y es una lástima que no se haya aprovechado esta reforma para lograr –como sí hicieron otros proyectos anteriores– una más radical, demandada por los avances de la dogmática y las necesidades del quehacer jurídico.

Es precisamente con el Código español de 1848 que comienzan las contradicciones y confusiones, que podemos asegurar, aún reinan en esta materia entre nosotros. Con este Código se comenzó a suprimir la definición de estafa, que también continúa en el CP argentino de 1921, hoy vigente.

42. El duro era una vieja moneda española de plata de cinco pesetas.



Se introdujo en 1848 la expresión “defraudare” como sinónimo de “estafa”, originando así unas imprecisiones terminológicas que hoy día subsisten.

Este Código constituye un precedente del Código Argentino de 1921, pues receptado por el Código de 1870 y en materia de estafa ambos sirvieron a nuestros codificadores, al igual que los comentaristas de aquellos códigos, Joaquín Francisco Pacheco⁴³ del primero y Alejandro Groizard y Gómez de la Serna del segundo.

Hubiera sido de desear que el Anteproyecto de 2013 formulara una tipificación totalmente modernizante del concepto y legislación de la estafa, y que la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma Actualización e Integración del Código Penal hubiere partido de una definición dogmática y no de los principios tradicionalmente enunciativos que recoge.

Debería haber partido de que estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error a una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición patrimonial perjudicial en su patrimonio o en el de un tercero.⁴⁴

En tal caso es el sujeto pasivo quien dispone de la cosa por su voluntad, aparece sí el consentimiento viciado por el error, mientras que en el hurto el sujeto activo toma la cosa, se apodera de ella, sin la voluntad del dueño.

43. Joaquín Francisco PACHECO integró la Comisión de Reformas del Código Penal de 1848. Además es el comentarista del mismo, en tres tomos y un apéndice, publicados en 1856.

44. ANTÓN ONECA, J.: “La estafa y otros engaños” En: *Obras*. Tomo III, 1ª edición. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires - Santa Fe, 2003, p. 71.



La conducta engañosa tiende no a recibir la cosa de mano ajena, sino a determinar la situación en que él pueda recogerla. En tanto que en la apropiación indebida las cosas muebles están en poder del sujeto activo que se las apropia teniendo obligación de entregarlas o devolverlas.

En ambas situaciones hay abuso de confianza, pero la diferencia está en que la confianza existía de antemano a la apropiación indebida, mientras que en la estafa se crea mediante engaño.

En tanto que en el robo, la extorsión o el chantaje se obtiene la cosa por fuerza o intimidación.

Los Códigos españoles de 1848 y 1870 y sus comentaristas, Joaquín Francisco Pacheco⁴⁵ y Alejandro Groizar y Gómez de la Serna,⁴⁶ tal como manifesté, influenciaron en materia de estafa en esta margen del Plata y se desarrolló un periodo que, como el actual, se caracterizó, siguiendo en ello a G. N. Romero,⁴⁷ por mantener un sistema casuista, limitándose a describir la especie sin dar un tipo básico de estafa, dejando al arbitrio del intérprete la tarea de inducir de ellas los caracteres de esta figura.

IX. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL TIPO DE ESTAFA

El bien jurídico tutelado es sin duda el patrimonio⁴⁸ ajeno, en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes, derechos, etc.

45. PACHECO, J. F.: *El Código penal. Concordado y Comentado*. Imprenta de la viuda de Perinat y Cía. Madrid, 1856.

46. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*. 2ª Edición, Tomo VI. Establecimiento tipográfico de los sucesores de J. García. Madrid, 1914.

47. ROMERO, G. N.: Obra citada, p. 40.

48. GÓMEZ, E.: *Tratado de Derecho penal*. T. IV. Trabajo citado, p. 7 y ss.



que pueden constituir el objeto material de este delito. Como suele ocurrir con los delitos, no se vulnera un solo bien jurídico, el más importante, sino que además también se viola la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico.⁴⁹ Ahora bien, la finalidad político criminal perseguida con la tipificación del delito de estafa se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual.

El contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado, para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

En la estafa lo que se castiga no es el engaño sino el daño patrimonial que ocasiona. La *truffa* en Italia, la *escroquerie* en Francia y la *bertrug* en Alemania, en todas ellas el bien jurídico tutelado es el patrimonio.⁵⁰

En el Código penal, este delito se encuentra en el Título VI denominado Delitos contra la propiedad, empero, tal como refiere Edgardo Donna,⁵¹ basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá que el mero derecho de propiedad. Cierto es que la función de los rótulos que encabezan los tipos penales no necesariamente determina el bien jurídico, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta diferenciar las distintas conduc-

49. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme el Código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia 1996, p. 328.

50. FINZI, C.: *La estafa y otros fraudes*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1961. Citado por Edgardo DONNA. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II-B. Segunda edición actualizada. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires-Santa Fe, 2007, p. 3342.

51. DONNA, E.: Obra citada.



tas previstas, de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa.⁵²

Técnicamente, según el profesor Donna, resulta más adecuado hablar de delitos contra el patrimonio, pues no solo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito e incluso las expectativas.

Es decir, no se persigue la protección de la propiedad, ni de la posesión, ni del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío, aunque necesariamente el ataque al patrimonio de la víctima siempre se concreta a través de la lesión a un concreto bien o valor.⁵³

A diferencia de tipos penales como el hurto o el robo, en el caso de la estafa esta distinción es más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio, sino que se toma en cuenta el patrimonio de la víctima como una unidad o conjunto.

Se persigue el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío, aunque necesariamente el ataque al patrimonio⁵⁴ de la víctima se instrumenta a través de la lesión a un determinado bien o valor, según José M. Valle Muñoz.⁵⁵

Para don José Antón Oneca⁵⁶ los bienes jurídicos afectados por la estafa son el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico. Y

52. VALLE MUÑIZ, J. M.: *El delito de estafa*. Editorial Bosch, Barcelona, 1987.

53. DONNA, E. / DE LA FUENTE, J.: Trabajo citado, pp. 58-59.

54. Ello más allá de las cuatro posiciones básicas del patrimonio: concepto jurídico de patrimonio, concepto económico del mismo, concepto mixto o económico-jurídico y concepto personal del patrimonio.

55. VALLE MUÑIZ, J. N.: Obra citada, p. 88.

56. ANTÓN ONECA, J.: Obra citada, p. 71.



que la estafa sea un delito contra el patrimonio es generalmente reconocido, en tanto que Halfter considera objeto de protección primario la lealtad y buena fe, y solo secundario el patrimonio.

Para Manzini,⁵⁷ con la incriminación de la estafa la ley tutela no tanto el interés de la mutua confianza en las relaciones patrimoniales individuales, cuando el interés público en impedir es impedir el uso del engaño para inducir a quien sea a prestaciones útiles no debidas.

No abrigo dudas de que tal es el bien jurídico tutelado, tema este que ya he analizado –desde el punto de vista de la doctrina nacional– más arriba, al tratar el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (2005/2006).

X. DEFINICIÓN GENERAL DE ESTAFA⁵⁸

Tanto Antonio Quintano Ripolles⁵⁹ como don José Antón Oneca⁶⁰ formularon un concepto unitario de la estafa. Para el primero de ellos, que haga las veces de un tipo rector, consi-

57. MANZINI, G.: *Trattato di Diritto Penale*. Tomo IX. Turín, 1952, p. 584.

58. La voz *staffa* es de procedencia longobarda, y *staffare* significa “estribo”, quedar con el pie en el estribo al caer. Según Antón Oneca, fue adoptada en España en el hablar de germanía, porque al estafado se lo deja económicamente en falso, como al jinete que queda en esta posición. Se encuentra en el vocabulario de germanía de Hidalgo (1609) y es empleada en un sentido semejante al actual en *El Buscón*, por Francisco de Quevedo, así como entonces estafones por estafadores.

Fue incorporada por Los Prácticos al lenguaje jurídico, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, como “dolo, engaño, estelionato”. Luego de la muy corta vigencia en España del Código de 1822, se la denominó engaños como en Las Partidas, cuya vigencia persistía.

59. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Tomo II. Editorial Revista de Derecho privado, 2ª edición, Madrid, 1977, p. 584.

60. ANTÓN ONECA, J.: Obra citada, Tomo III, p. 80.



derando como elemento básico al engaño, definiendo la estafa como el lucro ilegítimo conseguido en perjuicio ajeno mediante el empleo de engaños reales o personales.

También don Luis Jiménez de Asúa junto con Antón Oneca⁶¹ en uno de sus pocos trabajos sobre la parte especial, aborda el estudio de la estafa y siguiendo a Merkel, a su criterio el autor alemán que mejor ha señalado los límites y naturaleza de este delito como fraude patrimonial; refiere que la estafa es el perjuicio patrimonial causado con ánimo de lucro y originado en un engaño fraudulento, siendo sus elementos: 1) el perjuicio patrimonial, 2) ánimo de lucro, 3) engaño fraudulento.

Afirma que el engaño es característico de la estafa separándolo del tipo de infracciones violentas, “por estar en este carácter amadrugada y constreñida la íntima esencia de la estafa, debemos ocuparnos de él con mayor prolijidad”. Supone una ilusión, es decir, el empleo del error provocado o mantenido por el agente. Requiere que sea de índole fraudulenta como consecuencia de la presentación de hechos erróneos, falsos o disfrazándolos con disimulo como hechos verdaderamente exactos.

Cuando no hay representación errónea, sino simplemente ignorancia completa del suceso, no podrá alegarse la existencia de un yerro. El engaño debe ser suficiente para mover la voluntad de la víctima “como para producir error en individuos sanos y adultos, cuando se trata de engañar a personas saludables de mente y de madurez mental”.

61. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conformado al Código de 1928. Parte especial*. Tomo II Capítulo LXXIX, Editorial Bosch.



El maestro Jiménez de Asúa destaca que el acto de disposición patrimonial por parte de la víctima debe ser consecuencia del error. Y en tal sentido piensa que el elemento más típico reside en que el engaño sea el medio de obtener la entrega de la suma o de la cosa que se logra. Vale decir que el propio poseedor debe tomar la medida que disminuya su patrimonio, el mismo que entrega la cantidad, impulsado por la esperanza errónea que el victimario le despierta. No descarta la posibilidad de que el autor se valga en sus maniobras de terceras personas.

Advierte que la jurisprudencia española ha considerado estafa algunos casos de dudosa índole, como el consumir bebidas y alimentos sin pagarlos.

Al considerar las modalidades de esta infracción en el Código español de 1928, critica los cuerpos legales anteriores por su casuismo, pues los nueve incisos del artículo 548 del de 1870, se convierten en los veintiuno del artículo 725 del Código español de 1928. Enemigo del sistema analítico propugna que, cuando se realice una seria reforma al Código, se sustituya el método de casos en la estafa por una definición elástica y clara para concordar con el arbitrio judicial, aspiración esta que en su país demoró más de medio siglo y entre nosotros aún no lo ha hecho.

En tanto que Antón trata de lograr un concepto de estafa, definiéndola como la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando el error en una o varias personas las hiciere realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.

El engañado dispone de la cosa, lo que para el profesor salmantino se diferencia de la apropiación indebida, donde las



cosas muebles están por título legítimo en poder del sujeto activo, que se las apropia teniendo la obligación de entregarlas o devolverlas. En ella y en la estafa hay abuso de confianza; la diferencia está en que, como ya señalamos, la confianza existía de antemano en la apropiación indebida, mientras que en la estafa se crea mediante engaño con el fin de explotarla. En la estafa la intención criminal es anterior o contemporánea a la recepción de la cosa, mientras que en la apropiación indebida es posterior a ella.

Refiere el citado autor que con las falsedades tiene el elemento común de la *inmutatio veritatis*, que en esta se ordena a la producción de los medios de prueba falaces con fines de varia índole, y en la estafa se ordena el objeto concreto de engañar a una o varias personas para obtener un enriquecimiento ilícito.

En tanto que para FINZI⁶² la estafa consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño. Para él los elementos de la estafa resultan ser el engaño y el daño.

El parágrafo 263 del Código Penal Alemán⁶³ define la estafa como: “Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos títulos, suscite o mantenga en un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”.

62. FINZI, C.: Obra citada, p. 34.

63. STRAFGESETZBUCH. Del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. 32a edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, des Verlages C. H. Beck, München, 1998.



Mucho más dogmático, el artículo 248.1 del Código Español de 1995 dice que: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizando engaño bastante para procurar error en otro, induciéndolo a un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Esta definición corresponde al concepto tradicional de estafa que, ya antes de su inclusión en el anterior Código de la reforma de 1983, había adoptado la doctrina y la jurisprudencia española a partir de la excelente definición de don José Antón Oneca, definición de la que se deducen los distintos elementos del tipo objetivo de la misma: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho. Entre perjuicio y engaño debe mediar una relación de causalidad de tal manera que el engaño sea el motivo o la causa del perjuicio. Si falta esta relación no existe estafa.

XI. EL TIPO OBJETIVO

La conducta engañosa es el primer elemento, que consiste en una simulación capaz de inducir a error a una o varias personas. Puede consistir en la afirmación de hechos falsos como en una simulación o desfiguración de los verdaderos. El objeto sobre el que recae el engaño ha de ser un hecho.

Tal conducta engañosa ha de ser bastante para producir un error en la otra persona, de forma que la consecuencia de la conducta engañosa produzca una suposición falsa. O sea que la acción engañosa sea causa adecuada para producir el error. Y es suficiente cuando en abstracto pueda racionalmente ejercer influencia en el ánimo del sujeto pasivo, de forma que le mueva a hacer la disposición patrimonial.



El error resulta de una idea falsa que deriva directamente de las falsas apariencias presentadas por el sujeto activo, resultando así una idea falsa acerca de un hecho. Una idea puede convertirse en falsa por la circunstancia de ser incompleta en un punto decisivo. Pero una falta total de representación, una ignorancia total, no constituye error causado por el engaño y por ende no constituye estafa.

Para que exista error, debe existir relación de causalidad entre el engaño y la disposición patrimonial perjudicial. Aquel juega un doble papel en la estafa, como efecto de la conducta engañosa y como causa de la disposición patrimonial, ello significa que la estafa requiere una doble relación de causalidad.

Pero cuando el sujeto pasivo lleva a cabo una disposición patrimonial sin error, a sabiendas del engaño y por puro pasatiempo o liberalidad, no existe estafa, tal como acontece en caso de tirada de cartas, buena ventura por parte de gitanas, tirada de buzios, casos de adivinos, que no engañan a nadie pero que de esa forma subsisten económicamente, ganándose la vida.

Ello así, acierta Gómez Benítez J. M.⁶⁴ cuando niega autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, ya que lo que importa es la idoneidad del comportamiento engañoso en sí.

El engañado como consecuencia del error debe realizar una disposición patrimonial, mediante la entrega de alguna cosa o prestación de un servicio. De tal forma que la diferencia entre la

64. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Notas para una discusión sobre los delitos contra el Orden socioeconómico y el Patrimonio en el Proyecto de 1980 del Código Penal". En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Madrid, 1980, Editorial IDEMSA.



estafa y los delitos de apoderamiento radica en que el perjuicio se causa por el propio sujeto pasivo, con una voluntad viciada.

De forma tal que el perjuicio en el engañado o en un tercero, debe haberse producido por esa disposición patrimonial.

El acto de disposición ha de ser voluntario, aunque con una voluntad viciada del sujeto pasivo, lo que caracteriza a la estafa como un delito de autolesión, siendo la propia víctima la que decide su perjuicio. Entre este acto de disposición y el perjuicio resultante, según G. Romero, ha de mediar una relación de inmediatez.⁶⁵

Cuando el que dispone lo hace sobre un patrimonio ajeno, estamos frente a lo que se conoce como estafa en triángulo, en la que el engañado-disponente no es el titular del patrimonio lesionado. Pero para ello es menester que el engañado, que dispone del patrimonio de otro, ocupe una función de hecho sobre el patrimonio del que dispone. Por último, el perjuicio resulta ser el cuarto elemento de este tipo objetivo de estafa.

XII. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Con el perjuicio debe producirse un provecho para el autor o un tercero, por ello es que este tipo penal está dentro de los delitos patrimoniales de enriquecimiento, que es la finalidad del autor al cometer la estafa, por lo que como otros delitos patrimoniales, resulta de extraordinaria importancia para su tipificación que exista un elemento subjetivo específico, cual es el ánimo de

65. ROMERO, G.: *El delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño*. Prólogo de E. AGUIRRE OBARRIO. 2ª edición actualizada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 297.



lucro, además del dolo. Ello así, no resulta posible la comisión de la estafa por imprudencia, y el dolo debe ser directo.

Si el autor obra con dolo eventual, no actúa “queriendo” causar el resultado, sino que más bien se representa su posible producción y se resigna a conformarse con esa eventualidad. Ello parece incompatible con la idea misma de la estafa que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial. Y si bien el Código argentino no lo exige expresamente, el verbo “defraudar” sugiere la existencia de una motivación especial en el autor.

Para Edgardo Donna y Javier de la Fuente (ya citados), el elemento subjetivo no debe ser interpretado restrictivamente, sino que corresponde comprender cualquier clase de ventaja patrimonial, tenga o no fines económicos. Así se debe considerar la estafa en los casos en que el sujeto activo desea obtener la cosa para destruirla y perjudicar de esta manera a su titular, tal como señala Manuel Conde-Pumpido Ferreiro, criterio que personalmente no comparto porque configuraría una forma del delito de daño intencional.

El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del injusto, exigido expresamente por el Código Penal Español de 1995, ánimo de lucro sobre el que nuestro Código Penal de 1921 y el Anteproyecto nada dicen.

Pero lo más trascendental es que el ánimo de lucro no debe ser únicamente considerado como sinónimo de enriquecimiento directo, sino que debe incluir también bajo su término supuestos de no empobrecimiento, y en el caso, con la previsión



normativa que se efectúa del resultado objetivo, de obtención de una transferencia patrimonial.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del TSE al advertir que el ánimo de lucro ha de concurrir exclusivamente como una tendencia subjetiva del agente, y por lo tanto no es necesario que el provecho o beneficio se logre.

Por todo ello es que la presencia de este elemento, por un lado, ratifica la incompatibilidad del obrar en este tipo como mera acción culposa, y por otro lado otorga a esta figura la caracterización de delito de intención.

Sin lugar a dudas, el tipo penal de la estafa es doloso; partiendo así del concepto de dolo como el “conocimiento y la voluntad” de engañar para ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial, que es el ánimo de lucro.⁶⁶

XIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA⁶⁷

La consumación se produce con el efectivo perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo. Ocasionado por el acto de disposición, tal es la opinión mayoritaria. No obstante resulta importante formular algunas precisiones.

1. Para que el delito se consume, no es necesario que el autor obtenga el beneficio económico pretendido.

66. DONNA, E. / DE LA FUENTE, J. E.: “Aspectos generales del tipo penal de estafa”. En: *Revista de Derecho Penal. Estafas y otras defraudaciones*. II. 2000 - 2. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe-Buenos Aires, 2000, p. 57.

67. En el tema he seguido a los autores a que refiero en la anterior cita.



Tampoco es suficiente la causación de un mero peligro para el patrimonio, como sería si únicamente se obtuvo de la víctima una promesa y obligación de llevar a cabo la prestación.

2. La tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño cumpla con todos los requisitos de idoneidad ya analizados.
3. Obviamente, la sola preparación de los instrumentos del engaño constituyen meros actos preparatorios impunes como estafa, sin perjuicio a su adecuación a otro tipo penal, como el caso de la falsedad instrumental para estafar.

Con lo expresado, y dado que el tiempo es tirano, creo haber expuesto sintéticamente mis ideas sobre la reforma y en particular sobre el tipo de estafa.

Sin más agradezco a Uds. vuestra presencia en este seminario organizado por el Consejo de la Magistratura de la CABA.



LA TEORÍA DEL DELITO Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Por Alfonso Zambrano Pasquel*

INTRODUCCIÓN

En nuestra última publicación, que es un *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, retomamos lo dicho desde hace treinta años con la publicación de nuestro *Manual de Derecho Penal* en referencia a la *Teoría del Delito*, y a conceptos como los de la *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*.¹

El Código Orgánico Integral Penal² expresa en el art. 18 que la infracción penal “es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. No vamos a caer en la discusión bizantina de que debió decir *delito* y no *infracción penal*, aunque el delito y la contravención son infracciones penales.³ Lo que nos interesa destacar es que por primera vez aparece una aproximación normativa de contenido doctrinario referido a este tema en Ecuador. El Código Penal de Colombia de 2000 dice en el art. 9:

* Doctor en Jurisprudencia. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Profesor de Criminología y de Política Criminal en Institutos y Universidades ecuatorianas y en el extranjero. Estudios de posgrado en Derecho Constitucional.

1. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 133 y ss.

2. Publicado en el RO S-108 del 10 de febrero de 2014.

3. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, “Anteproyecto de Código Penal para Ecuador”, publicado en *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, pp. 152-248.



“Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constata la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

El “Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina” cuya Comisión para la Elaboración estuvo presidida por el Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, fue presentado el 10 de diciembre de 2013. De una revisión de la Parte General del mismo apreciamos que no hay una aproximación conceptual de lo que es el delito o de su contenido. El art. 1 se refiere a los **Principios** y en el numeral 2 consigna: “a) Legalidad estricta y responsabilidad. Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa”.⁴

Por nuestra parte, consideramos el delito como **acto típico y antijurídico**, ninguna referencia hacemos al concepto de la culpabilidad porque esta no pertenece a la estructura del delito. El delito como acto se integra por la tipicidad y por la antijuridicidad, nada tiene que ver en su conformación la culpabilidad: el juicio de desvalor del acto que es objetivamente estimado nos permite concluir si ese acto es delito, es decir, si se ensambla o adecua en una de las hipótesis consideradas por el legislador

4. Se puede ver el “Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina” en nuestra página web www.alfonsozambrano.com, en el link Doctrina Penal.



previamente. La culpabilidad es juicio de reproche que se formula no al acto sino al autor, al dueño del acto delictivo. Welzel sostiene que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito.⁵

Cuando hay ausencia de conducta (aspectos negativos del acto) no puede válidamente afirmarse que hay delito, pues si se elimina la voluntariedad del acto se llegarían a confundir las manifestaciones de la naturaleza que carecen de racionalidad, la fuerza física irresistible y otras expresiones de involuntariedad (crisis epilépticas, sueño fisiológico, hipnotismo) en las que no hay acto porque hay ausencia de conducta, con aquellos actos que son relevantes para el derecho penal. Por lo dicho precedentemente, consideramos válido y acertado lo que dice el art. 24 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere a las **causas de exclusión de la conducta**, expresando: “no son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia debidamente comprobados”.

En el campo del procedimiento penal, debe probarse la existencia del delito, esto es del acto típicamente antijurídico, y posteriormente probarse la culpabilidad. Decimos por eso que hay un *juicio de reproche al acto* para determinar la tipicidad y la antijuridicidad en tanto que en la etapa del juicio a la que se accede una vez que se ha comprobado o se tiene la certeza de que se ha cometido un delito, se va a sustanciar el juicio de culpabilidad o de reproche que se dirige al *dueño de ese acto*.

5. WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 43.



Como no es suficiente al ordenamiento jurídico y para salvaguardar los intereses sociales, formular prevenciones genéricas, se encuentra en la necesidad de concretar en disposiciones penales cuáles son las conductas violatorias de normas jurídicas que merecen una sanción penal, como dice Welzel destacando la importancia del tipo penal a partir de Beling, “el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida”.⁶

Pero no toda conducta típica debe ser reputada como anti-jurídica, por regla general lo es entendiendo la antijuridicidad como “la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto”,⁷ mas puede acontecer que esa conducta que realiza el tipo de una norma prohibida (como “no matar”), estará permitida como causa de justificación cuando concurren los requisitos de la legítima defensa. Decimos que la antijuridicidad es juicio de desvalor de la conducta típica, o del acto, porque el ordenamiento jurídico pretende crear con las normas y preceptos permisivos un orden valioso de la vida social que es menoscabado por la realización antijurídica del tipo.

Es frecuente asimilar los conceptos de antijurídico e injusto. La contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico será tal para toda la esfera del derecho, no únicamente para el derecho penal; esto lo desarrollamos con más amplitud al estudiar la antijuridicidad en forma particularizada, pero si se concibe la antijuridicidad como una pura relación, lo injusto es lo sustancial, la conducta antijurídica

6. Ídem, p. 44.

7. Ídem, p. 47.



misma,⁸ pudiendo encontrarse un injusto civil y un injusto penal, esto es, que la antijuridicidad y lo injusto se encuentran en relación de género a especie.

LA EVOLUCIÓN DEL TIPO

Inicialmente Beling sostuvo que el tipo estaba desprovisto de juicio valorativo, porque se encuentra libre de cualquier elemento subjetivo anímico. Hoy, esta posición es insostenible al ser innegable la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Como afirma Welzel,⁹ lo que Beling quiso expresar es que con la constatación de la tipicidad no se ha probado la antijuridicidad de una conducta, pero “la afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferenciación valorativa de una acción para el derecho penal. Dado que el tipo es la descripción de la materia de la prohibición, la realización del mismo es un indicio de la antijuridicidad de la acción”. Queda a salvo la posibilidad de que en el caso concreto la conducta típica no fuere antijurídica por ajustarse a lo que dispone un precepto permisivo, esto nos lleva a afirmar (*infra*) que la tipicidad hace presumir la antijuridicidad *iuris tantum*.

El Prof. Welzel expresa: “dado que la realización del tipo es contraria a la norma y que la infracción de una norma prohibitiva es antijurídica en caso de que no interfiera un precepto permisivo, se deduce que con la realización del tipo de una norma prohibitiva la acción es antijurídica mientras no sea aplicable ningún precepto permisivo”.¹⁰ Aun tratándose de los tipos

8. Ídem, p. 49.

9. Ídem, p. 50.

10. Ídem, p. 59.



abiertos es válida esta constatación por un procedimiento negativo, debiendo aquí el juez completar el tipo analizando “la posición de garante” o “custodio de determinados bienes jurídicos”, así como el “cuidado necesario en el tráfico”.

LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO

A menudo se confunden antijuridicidad e injusto, creemos oportuno, con el objeto de que el estudio del derecho penal sea bien entendido, que insistamos en que lo que es antijurídico para todo el ordenamiento jurídico no será necesariamente un injusto penal, se dice que la relación es de género a especie, pero ampliando esta expresión tautológica, adelantémonos en decir con respecto a la **antijuridicidad** que es el disvalor jurídico que corresponde a la acción, a consecuencia de la divergencia o el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho.¹¹

La antijuridicidad es un juicio de valor o valoración objetiva, pero solo en tanto en cuanto se realiza sobre la acción; no debemos confundir la valoración con el objeto que es valorado (objeto sobre el que recae el juicio de valor), porque el objeto de la valoración –la acción– tiene elementos objetivos que pertenecen al mundo exterior y elementos subjetivos o psíquicos. Es a consecuencia de esa confusión que también se da entre la antijuridicidad como valoración objetiva y el objeto sobre el que recae tal actividad, que se pretende negar la presencia de los elementos subjetivos de la acción y por ende, negar que la acción está cargada de finalidad, la cual en la mayoría de los casos es dolosa.

11. Ídem, p. 57.



Recalcamos que la antijuridicidad es un predicado de valor objetivo, porque expresa la desarmonía objetiva entre la acción y el orden jurídico que es preestablecido.

La antijuridicidad se reporta como una característica de la acción, en tanto que lo **injusto** es la acción antijurídica como totalidad, es decir, “la acción misma valorada y declarada antijurídica”,¹² por esto es que se puede válidamente afirmar que la antijuridicidad es la contradicción con todo el ordenamiento jurídico, y que no existe una antijuridicidad específicamente penal, debiendo admitir con propiedad que en el campo penal la referencia es al injusto.

¿Cómo afirmar que nos encontramos frente a un injusto penal, al estudiar una acción que se reputa como antijurídica? respondemos que será un injusto penal si esa acción a más de antijurídica se adecua a una hipótesis típica, esto es, si se cumple la adecuación típica, que a decir verdad por razones metodológicas la estudiamos previamente a la antijuridicidad. Como se concibe en el moderno derecho penal alemán el injusto penal como sinónimo de delito, es frecuente leer que se hace referencia a los elementos subjetivos del injusto cuando, por ejemplo, se refiere al dolo. Por nuestra parte, sin perjuicio de aceptar tal denominación, como sistematizamos el estudio del dolo en la estructura del tipo, lo ubicamos como elemento subjetivo del tipo penal. *Pero hay que admitir que si el tipo penal es presupuesto para llegar a la acción valorada y declarada antijurídica –esto es, el injusto– en su gran conjunto, el dolo que lo hemos estudiado como elemento subjetivo del tipo –como este es parte del injusto–, el dolo lo será igualmente.*

12. Ídem, p. 58.



Por lo anterior, encontramos locuciones como “adecuación típica de lo injusto”, “el tipo de injusto en los delitos dolosos”, “el tipo objetivo”, “el tipo subjetivo”, “el tipo de injusto en los delitos culposos”. Al estudiar la adecuación típica de lo injusto debemos referirnos a la naturaleza del tipo penal, como veremos, el concepto del tipo es múltiple por lo que se llega a decir que el tipo penal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Más oportuno resulta que se exprese que el tipo contiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. Como elementos o aspectos objetivos o dentro del tipo objetivo de injusto, ubicamos a la acción –a la que, en forma indistinta, se denomina también como “acto” o “conducta”–, el resultado y las condiciones objetivas y características del autor; en el tipo subjetivo de injusto, que vale decir igualmente aspecto subjetivo del tipo, yace el dolo y otros elementos subjetivos, particulares tendencias o fines. En su momento, explicamos la presencia de otros elementos de valoración normativa (“elementos normativos”), de valoración social y hasta jurídica que forman parte de la estructura de determinados tipos penales.

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Recordamos que la conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en marcha de la causalidad. La *conducta* es sinónimo de *acción* y de *acto*, y sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer.



Para nosotros es de más fácil entendimiento, y para diferenciar el acto del tipo, reconocer que en la tipicidad legal dolosa en el aspecto objetivo (*tipo objetivo*) podemos encontrar *elementos descriptivos*, que son los que predominan y no requieren de valoración alguna, y que contienen referencias de tiempo, de lugar, de modo, de ocasión, de medios. *Elementos normativos*, que pueden tener una connotación jurídica o ético-social. *Resultado* o mutación física. *Nexo de causalidad*. *Sujeto activo*. *Sujeto pasivo*. Que en el aspecto subjetivo (*tipo subjetivo*) estudiamos el dolo que se produce cuando se quiere la realización del tipo objetivo orientado por el conocimiento. El dolo en el *aspecto cognoscitivo* requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos descriptivos, de los normativos, de la previsión de la causalidad y de la previsión del resultado. En el *aspecto conativo* el dolo puede ser directo (de primer o segundo grado, o de consecuencias necesarias) o eventual, en el que el sujeto se representa la *posibilidad* del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta que ha elegido libremente.¹³

Junto al dolo ubicamos los elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo y que hacen referencia a las particulares finalidades que puede perseguir el agente y que permiten diferenciar figuras que tienen los mismos elementos en el tipo objetivo, como en el caso de la privación de la libertad, el rapto y el plagio. Si fuese cierto que por un acto de *magia jurídica* se pudiese estudiar al delito como acto típico y antijurídico (injusto penal) y al dolo y a la culpa como estadios de la culpabilidad, la falta de

13. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, Offset Graba, Guayaquil, 1984, pp. 67-85, pp. 119-141. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. ed., Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 371-426.



claridad y la propia contradicción nos llevarían a sostener que habría delito sin dolo o sin culpa.

SOBRE LA CULPABILIDAD

Para evitar equívocos, recordemos que la culpabilidad es igual a juicio de reproche, que la *reprochabilidad* es conmensurable y que el menor o mayor reproche determina la mayor o menor culpabilidad y consecuentemente la mayor o menor penalidad. No es cierto que se pueda actuar con más o menos dolo y con más o menos culpa. Debemos tener claros los límites entre el juicio de disvalor del acto y el juicio de disvalor del autor que es propio de la culpabilidad. Bien vale decir que se actúa con o sin dolo y con o sin culpa, pero no con menos o más dolo y con menos o más culpa, para graduar el reproche de culpabilidad. Para los finalistas, la ausencia del dolo y de la culpa de los predios de la culpabilidad no ha significado un vaciamiento de la *teoría normativa* de la culpabilidad, pues en esta tenemos como criterios legales de reproche del injusto a su autor, la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y un cierto ámbito de determinación del sujeto.¹⁴

Para una adecuada comprensión de lo que es el aspecto negativo de la exigibilidad de la conducta, coincidimos en afirmar que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Como dice el Prof.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., p. 516, “para reprocharle una conducta a su autor (es decir para que haya culpabilidad) se requiere que este haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio, es decir, que no haya estado en una pura opción... la culpabilidad es un concepto graduable, es decir que admite grados de reprochabilidad”.



Zaffaroni, “Siempre que no hay culpabilidad ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya”.¹⁵

DEFINICIÓN DE DELITO Y CULPABILIDAD

El delito lo definimos como la *conducta típica y antijurídica*, y reservamos la afirmación de la *culpabilidad* para el autor o dueño de ese acto típico y antijurídico. Para nosotros existen dos *juicios de disvalor* o *de reproche*: el de *disvalor del acto* por el cual y una vez que constatamos que la conducta es típica y antijurídica, la reprochamos como disvaliosa, vale decir, como constitutiva de delito. Lo que debemos determinar es que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal (el injusto penal típico), que son la manifestación de conducta, la relación o nexo causal y el resultado, pues el elemento subjetivo (dolo o culpa) lo podemos inferir vía presunción. Una conducta típica la podemos presumir como ilícita (antijurídica) porque lesiona sin que medie una causa de justificación o un estado de necesidad, un bien jurídico merecedor de protección penal. Con esto podemos afirmar que estamos en condiciones de sostener que la *conducta típica y antijurídica* merece ser reprochada como disvaliosa, y que salvo prueba en contrario, una conducta *típica* debe ser presumida como *antijurídica*. El predicado de la ilicitud o de la antijuridicidad debe inferirse de una conducta que es objetivamente típica, a menos que se pruebe lo contrario, así lo hemos venido sosteniendo en nuestras diferentes publicaciones sobre el tema desde 1984.

15. Ídem, p. 517.



El otro *juicio de disvalor o de reproche* es el que se dirige al dueño del acto típico y antijurídico, de quien presumimos que tiene capacidad para comprender la criminalidad del acto (antijuridicidad) y para determinarse de acuerdo con esa comprensión en el caso concreto, que no se encuentra en situación de error de prohibición o de trastorno mental (inimputabilidad), y que no media una causa de inexigibilidad de la conducta. Si se cumplen estos presupuestos procede el juicio de reproche o de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena.¹⁶

Nosotros hemos pretendido acercarnos a una definición del delito pareciéndonos conveniente afirmar la existencia del delito como conducta *típica y antijurídica*, y dejar reservada la *culpabilidad* para el dueño de ese acto. Qué grato es recordar la claridad expositiva de un penalista de excepción como era el apreciado amigo D. Juan Bustos Ramírez, quien nos decía que se podía comprender fácilmente si admitíamos “la tipicidad [como] adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese típico con todo el ordenamiento jurídico, y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico”.¹⁷

Como reconoce el mismo Prof. Juan Bustos Ramírez, este modelo en apariencia tan sencillo es fruto de una larga discusión en la que han terciado los penalistas más importantes, desde

16. Cf. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 15 y ss.; *Derecho Penal. Parte General*, Editorial ARA, Lima, 2006, p. 49 y ss.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, p. 33 y ss.

17. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, 1ra edición, Editorial Ariel S.A., España, 1984, pp. 148-149.



Feuerbach, Beling, Von Liszt, Mezger y Merkel, quien sostuvo la inseparabilidad de la antijuridicidad de la culpabilidad. El mismo Welzel sostuvo tal inseparabilidad en los delitos culposos, para otros resulta inseparable la tipicidad de la antijuridicidad como lo propugnaban Mezger y Sauer. El profesor Claus Roxin realizó un aporte fundamental con su teoría de los elementos negativos del tipo. De esto podríamos extraer que resultarían elementos negativos del tipo las causas de justificación, lo cual quiere decir que afirmado el tipo en su conjunto aparece ya dada la antijuridicidad, la tipicidad así entendida es *ratio essendi* de la antijuridicidad, las causas de justificación servirían para delimitar el tipo positivo.

Como nos recuerda el Prof. Bustos Ramírez, luego de ese recuento de las teorías causalista-naturalista, causalista-valorativa y la finalista, a la que agrega la llamada teoría de la acción social, y coincidimos en la afirmación, la teoría finalista logra culminar todo un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito que permite superar las contradicciones existentes, con lo cual se logra una mejor precisión conceptual y garantista. En palabras de este recordado jurista, “a partir del año 1965, época en que la teoría finalista alcanza su total consagración, surge una nueva etapa en la evolución de la teoría del delito que sobre la base de la renovación producida en la criminología y en la política criminal, analiza el delito no solo desde una perspectiva conceptual o *estrictamente* dogmática, sino preferentemente desde las funciones y legitimación de un Estado social y democrático de derecho y por eso mismo desde el sentido y justificación de la pena”.¹⁸

18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 167.



El Prof. Bustos Ramírez se mostraba partidario de esta posición y expresaba en su *planteamiento personal respecto del delito*: “frente a la situación típica antijurídica, la culpabilidad ya no dice relación con la situación que ataca al orden jurídico, sino con una consideración en relación al sujeto de esa situación. No es la situación la que se enjuicia en la culpabilidad, sino el sujeto. Es por eso que delito e injusto son la misma cosa, el delito es la situación injusta, que contraviene al ordenamiento jurídico, el delito es una valoración de esa situación, pero no del sujeto. Por eso en la diferenciación dentro del sistema penal hay que ir más lejos y distinguir entre el ámbito del delito y el del sujeto responsable. Este ámbito se rige por principios completamente diferentes a los del injusto, no se puede hacer un traslado mecánico, como se ha hecho hasta ahora de unas categorías propias del injusto hacia el sujeto y con ello en cierto modo facticizar al sujeto, transformándolo en un hecho o situación”.¹⁹

El Prof. Helmut Frister deja una puerta abierta para que se pueda discutir sobre la teoría del delito y su estructura, luego de afirmar que “el Derecho penal vigente se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho individual. Los hombres no son penados por la conducción de su vida en conjunto sino por determinadas formas de conducta, conminadas con pena por la ley. De este modo, el presupuesto básico de todo hecho punible es una conducta a calificar en concreto de una persona natural que satisfaga los presupuestos de una ley penal determinada”.²⁰ El Prof. Frister se refiere a continuación a las que denomina *cuestiones*

19. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 175.

20. FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, José Luis Depalma editor, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 150 y ss.



de subsunción, que pueden ser apreciadas –en nuestra opinión– como los elementos del delito que se configuraría a partir del injusto típico (tipicidad y antijuridicidad), y la culpabilidad como juicio de reproche.

Explica el Prof. Frister: “La resolución de una cuestión de subsunción se da en lo esencial, en tres grandes pasos. En el primer paso, se trata de la pregunta de si la conducta a enjuiciar cae en general bajo el tipo delictivo respectivo, es decir, si satisface todos aquellos elementos legales que fundamentan el ilícito del delito en consideración. Estos elementos constituyen el **tipo** del delito respectivo. En el segundo paso se debe investigar si el disvalor general de la realización del tipo antes comprobada está compensado por una especial causa de justificación, de modo tal que la realización del tipo delictivo no sea un ilícito en el caso concreto. Así, el objeto del segundo grado de análisis es la **antijuridicidad** de la conducta a enjuiciar. Junto con el primer grado, configura una unidad valorativa, en la medida en que ambos constituyen en común el ilícito jurídico-penal. En el tercero y último paso, de lo que se trata es de la cuestión de si al autor se le puede hacer un reproche personal por el ilícito antes comprobado. La reprochabilidad personal del ilícito fundamenta la **culpabilidad** del autor”.

Por lo anterior es que, por nuestra parte, nos referimos a un doble juicio, el de *disvalor* o *de reproche del acto* una vez que hemos constado que el **acto típico es antijurídico** (o ilícito, que es el equivalente del *injusto penal*), y el juicio de *disvalor* o *de reproche del autor*, por el cual concluimos en su culpabilidad. Podemos afirmar que la **culpabilidad** es del autor y no del acto, en razón de ello sostenemos que los inimputables sí cometen delito, pero



como no hay reproche de culpabilidad se les impone una medida de seguridad y no una pena.

BREVE REFERENCIA AL ERROR DE TIPO Y AL ERROR DE PROHIBICIÓN

Desde hace treinta años venimos escribiendo sobre el *error de tipo* y el *error de prohibición* en las publicaciones que hemos citado precedentemente. Por desconocimiento de algunos asesores y de muchos asambleístas se suprimió el *error de tipo*, y con el veto presidencial del 16 de enero de 2014, en esta parte mal asesorado, se afirma que se ha suprimido el *error de prohibición* porque en el art. 35 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, versión del 14 de diciembre de 2013) se ha suprimido la expresión *error de prohibición*.

Se ha suprimido, es verdad, dicha expresión en la redacción del art. 35, pero no se han vetado los artículos 34 y 36 del COIP, *por lo que sostenemos que el error de prohibición se mantiene vigente en el COIP*.

En la doctrina se llama *error de prohibición* al que *recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta*. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo solo el efecto de *disminuir la reprochabilidad*, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza. Esta solución correcta se mantiene vigente en el COIP



que, en el art. 34 del COIP *no vetado*, destaca el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta como presupuesto del juicio de reproche de culpabilidad, y en caso de disminución de la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, responde por culpabilidad disminuida por *error de comprensión superable o vencible*, que merece un menor reproche y por eso se le impone pena atenuada o disminuida en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal, conforme lo señala el art. 36 del COIP *no vetado*.

En lo que dice relación al *error de tipo*, recordemos que al estudiar el dolo, se sabe que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el *error de tipo*, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta. Asimismo, cuando el *error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad*, en tanto que, *cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa*, en caso de que esté prevista esa conducta como culposa, de lo contrario la conducta es atípica.

El *error de tipo* (cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo) determina según la corriente finalista, la ausencia de tipo. La expresión “falta o es falso” es equivalente a ignorancia o error, pero ambos se concilian en el error de tipo.

Tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición* que se pretenden desconocer en Ecuador en el COIP, no obstante la vigencia e importancia que debe tener en el respeto a los derechos humanos en un Estado que se proclama como *constitucional de derechos y justicia*, han sido desarrollados en Alemania por Welzel, Maurach, Jescheck, Roxin, etc.; en España, en esa línea bastaría mencionar



a Cerezo Mir, Díez Ripollés, Mir Puig, Muñoz Conde, Gracia Martín y Polaino Navarrete, entre otros. En Argentina citemos a Zaffaroni y a Donna. En Chile, a Bustos Ramírez y Etcheberry Orthusteguy. En Colombia, a Fernández Carrasquilla y Agudelo Betancur. En Perú, a Urquizo Olarticoechea y Villavicencio Terreros. En México, a De la Barreda Solórzano y Moreno Hernández, y en Ecuador a Zavala Baquerizo y Albán Gómez. No sabemos de dónde surgió la idea de que estas instituciones fundamentales de lo mejor del pensamiento penal de la modernidad y de la posmodernidad, que son pilares esenciales en la mejor dogmática penal de la hora presente –con más de setenta años de permanente vigencia– pueden ser causa de impunidad. Es un gravísimo error que en algún momento debe ser superado.²¹

Si no constan tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición* en el COIP, ya hemos expresado en otros momentos y nos ratificamos en que el juez penal ecuatoriano debe acudir al art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), que le señala que para resolver de una manera adecuada debe remitirse o acudir y respetar lo que señala la ley, el derecho, la doctrina y la jurisprudencia. Vale decir, que en los casos que corresponda debe aplicar tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición*, motivando debidamente su resolución.

TEORÍA DEL DELITO Y PROCESO PENAL

Es valedera la ocasión para expresar que el Código Orgánico Integral Penal, si bien es verdad que en el libro primero que vendría a corresponder a la Parte General (Teoría del Delito)

21. Cf. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo I, op. cit., p. 170 y ss.



utiliza la *categoría genérica de infracción penal*, en la Parte Especial (Delitos en Particular) se refiere a las *categorías específicas* de la infracción y consigna *delitos y contravenciones*. Así, por ejemplo, en el Capítulo V el epígrafe dice *Delitos contra la responsabilidad ciudadana* (a partir del art. 268 del COIP), y en la Sección 2ª dice *Contravenciones contra la tutela judicial efectiva* (art. 277 del COIP).

Nuestra propuesta precedente, y consignada desde 1984 con la publicación de la 1ª edición de nuestro *Manual de Derecho Penal*, que seguimos defendiendo, es considerar que hay un *juicio de desvalor con respecto al acto* por el cual concluimos que, si se determina que estamos en presencia de una manifestación de conducta final que es *típica y antijurídica*, podemos afirmar la existencia de un delito (hay un injusto típico), y que hay un *juicio de desvalor con respecto al autor de ese acto típico* si podía actuar de acuerdo con lo que el derecho le exige (si tiene capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, y no media una causa de inexigibilidad), lo cual permite formularle un *reproche de culpabilidad*.

Es verdad que el art. 18 del COIP dice que *infracción penal* es la conducta típica, antijurídica y culpable, pero en el art. 19 se reconoce que las infracciones se clasifican en *delitos y contravenciones*. Probablemente por este contenido específico se alude a la infracción penal, pues la *contravención* debe ser igualmente un comportamiento típico y antijurídico imputable a un autor con capacidad de culpabilidad.

Escuchamos decir con frecuencia que la conducta o el acto es culpable; nosotros nos apartamos de esta vertiente y expresamos que el acto es típico y antijurídico, y que el dueño de ese



acto (su autor) es el culpable. Vale decir que para nosotros el acto no es culpable sino que el culpable es la persona que ejecutó ese acto que es típico y antijurídico. El art. 34 del COIP se refiere a la culpabilidad y dice: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Esto ratifica lo expresado en líneas precedentes, en el sentido de que el acto o la conducta es típica y antijurídica, esto es, que hay un juicio de reprochabilidad del acto para concluir que estamos en presencia de un delito (injusto típico), y que hay un juicio de culpabilidad o de reproche de culpabilidad (responsabilidad penal) que se dirige a la persona que podía actuar de otra manera.

EJEMPLO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL

Pongamos el caso siguiente:

Una persona está afectada por un cuadro de *esquizofrenia paranoide*, tiene falsas percepciones de la realidad, escucha voces, cree que es enviada de Dios, está convencida de que es la reencarnación de una persona muerta, etc., y a esto le sumamos que tiene delirios de persecución, de celos, etc. ¿Qué ocurre si esta persona que tiene esos problemas mentales es agredida sexualmente y mata a su agresor, concurriendo las circunstancias de actuar en legítima defensa? La conducta objetivamente típica no es antijurídica, y por faltarle el predicado de la antijuridicidad o ilicitud concluimos que no hay delito. No hemos tenido que formular ningún juicio de valor sobre su capacidad de culpabilidad pues como la misma no es parte de la estructura del delito, nos basta con probar que media una causa de justificación. Sería sin



duda injusto que a esa persona con insuperables e irreversibles problemas mentales, se la recluya en un manicomio por el solo hecho de ser una *esquizo-paranoide*. Esa persona tiene derecho a gozar de libertad porque no cometió delito y nada tiene que ver un eventual cuadro de inimputabilidad.

Veamos el ejemplo en otra perspectiva. La misma persona con cuadro de *esquizofrenia paranoide*, provista de una navaja y sin causa alguna produce lesiones a distintas personas, en diferentes momentos, causándoles heridas en los glúteos, en los brazos, en las piernas. Un día esa persona tiene falsas percepciones auditivas y cree escuchar que el dueño de la farmacia *dice que la va a secuestrar y a matar*. La persona con problemas mentales toma la decisión de matar al boticario, lo va a buscar, espera un momento de descuido y lo ataca con un puñal y le inflige veinte heridas en espalda, estómago y corazón, causándole la muerte. La *conducta* de esa persona con severos problemas mentales es *típica* y es *antijurídica*, y por ende es constitutiva de delito pues no media una causa de justificación. En el juicio de desvalor del acto, vamos a concluir que esa persona sí cometió delito, y es en el juicio de culpabilidad dirigido no al acto sino al autor o dueño del acto, en que vamos a concluir o determinar que esa persona *esquizo-paranoide* que sí cometió delito, no es susceptible de un reproche de culpabilidad, porque le falta la capacidad de culpabilidad en razón de ser *inimputable*.

No se le puede imponer una pena porque el presupuesto para la pena es la culpabilidad del justiciable, y le falta uno de los componentes de la culpabilidad que es la imputabilidad. No se la debe dejar en libertad porque puede volver a matar por su estado de demencia o insania mental, siendo la única respuesta posible,



la imposición de una *medida de seguridad*. Aquí sí va a estar justificado el internamiento en un manicomio, que a diferencia de la pena es indeterminado, y dura tanto cuanto fuese necesario.

El art. 618 del Libro Segundo del Código Orgánico Integral Penal referido al procedimiento penal y a la sustanciación del juicio, nos da la razón cuando claramente señala en el n° 3: “Una vez presentados los alegatos, la o el presidente declarará la terminación del debate y el tribunal deliberará, para anunciar la decisión judicial sobre la existencia de la infracción, la responsabilidad penal, así como la individualización de la pena”. Es decir que el tribunal del juicio en mérito de la prueba práctica debe pronunciarse por: a) la existencia de la infracción (conducta típica y antijurídica), b) la responsabilidad penal (culpabilidad del dueño del acto típico y antijurídico), y c) la individualización de la pena (si precede el reproche de culpabilidad).

En el art. 619 del COIP encontramos una ratificación irrefutable de la diferencia entre el *juicio de tipicidad* y *antijuridicidad* para concluir que estamos en presencia de un injusto típico, vale decir delito, y el *juicio de culpabilidad* para concluir que si la conducta (el injusto típico o delito) le es reprochable, se le debe imponer una pena si tiene capacidad de culpabilidad o una medida de seguridad cuando se tratare de un inimputable que comete un delito. Dice el n° 6: “Si la razón de la decisión sea excluir la culpabilidad por las causas previstas en este Código, el juzgador dispondrá la medida de seguridad apropiada, siempre que se ha probado la existencia de la infracción”. Vale decir, que para imponer una medida de seguridad por las causas previstas en el Código (inimputabilidad), debe probarse previamente la existencia del delito o infracción como menciona el COIP, y si no se le puede



formular juicio de reproche o culpabilidad, procede la medida de seguridad por el delito cometido.

Nuestra propuesta que data de hace más de 30 años permite que se solucione de mejor manera la situación de los imputables que SÍ cometen delitos, pues se les impone una medida de seguridad por una conducta típica y antijurídica. Si se exige que la *culpabilidad* sea apreciada como un elemento del delito, nos vamos a encontrar con el problema insuperable de que los inimputables no cometen delito porque no tienen capacidad de culpabilidad, y esto no es cierto.



BIBLIOGRAFÍA

“Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina”, en nuestra página web <http://www.alfonsozambrano.com>.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, 1ra ed., Editorial Ariel S. A., España, 1984.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, José Luis Depalma editor, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. ed., Ediar, Buenos Aires, 1985.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, “Anteproyecto de Código Penal para Ecuador”, publicado en *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995.

_____, *Manual de Derecho Penal*, Offset Graba, Guayaquil, 1984.

_____, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial ARA, Lima, 2006.

_____, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

_____, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.



**CUESTIONES ACTUALES
DE DERECHO PENAL**

Colección Doctrina

Edición digital actualizada
en enero de 2016



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura