

DERECHO PENAL CENTRAL

REVISTA DEL ÁREA DE DERECHO
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
Y
DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE DERECHO PENAL E
INVESTIGACIONES CRIMINOLÓGICAS

2019

Revista Derecho Penal Central

ISSN 2697-3251

N.º 1 enero a diciembre 2019 (año uno) Quito - Ecuador - anual

URL <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec/>

Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas penales. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

Esta revista debe citarse así: *Revista Derecho Penal Central*, N.º 1, 2019, Quito.

Los artículos publicados en original en esta revista serán de propiedad exclusiva de ésta.

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

- La revista se sujeta a las normas emitidas por el COMMITTEE ON PUBLICATION ETHICS - CODE OF CONDUCT IN BEST PRACTICES GUIDELINES FOR JOURNALS EDITORS (COPE).
- La revista Derecho Penal Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio URKUND.
- Los artículos emitidos por los autores son enviados a pares revisores externos, bajo el sistema de BLIND PEER REVIEW.
- La instancia final responsable de la edición es la coordinación de la revista.

COMITÉ EDITORIAL

Ramiro García Falconí	(Universidad Central del Ecuador)
José Luis González Cussac	(Universidad de Valencia)
Javier Fernández Teruelo	(Universidad de Oviedo)
Miguel Abel Souto	(Universidad Santiago de Compostela)
Miguel Díaz y García Conlledo	(Universidad de León)
Miguel Ángel Nuñez Paz	(Universidad de Huelva)
Javier de la Fuente	(Universidad Nacional de Buenos Aires)
Káterin Gabriela Vallejo Vaca	(Universidad Central del Ecuador)

Director de la revista:

Ramiro J. García Falconí

Coordinadora académica de la revista:

Káterin Vallejo Vaca

Edición de textos y diagramación:

Cristina Pólit García - Carlos Ortega Mora

Colaboración:

Andrea Yessenia Morales Lloré - Iris del Belén Franco López
Universidad Central del Ecuador

Entidad editora:

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Av. Universitaria s/n, Quito - Ecuador, Código postal 170129
Correos electrónicos: fjcps.subdecanato@uce.edu.ec decanato.fjcps@uce.edu.ec
derpenalcentral@gmail.com

Para suscripciones y/o cualquier comunicación dirigirse a:

Revista de Derecho Penal Central
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador, Quito - Ecuador
Correos electrónicos: fjcps.subdecanato@uce.edu.ec decanato.fjcps@uce.edu.ec
derpenalcentral@gmail.com

Impresión:

Imprenta Voluntad

**AUTORIDADES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**

FERNANDO SEMPÉRTEGUI ONTANEDA
RECTOR

VICERRECTORES:

MARÍA AUGUSTA ESPÍN ESTÉVEZ
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSTGRADO

MARÍA MERCEDES GAVILÁNEZ ENDARA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

MARCO ARROYO POSSO ZUMÁRRAGA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

EDWIN PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA
DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ
SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CÉSAR ROSENDO MUÑOZ PAZMIÑO
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

ÍNDICE GENERAL

- Tratamiento procesal de la violencia de género en Ecuador:
reflexiones a la luz del modelo español
ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL 15
- El pago de sobornos en las transacciones comerciales
internacionales: análisis de la *Foreign Corrupt Practices Act*
DEMELSA BENITO SÁNCHEZ..... 71
- La extinción de dominio como herramienta para la recuperación
de activos en América Latina y el proyecto de ley orgánica en
Ecuador
ANA CARRILLO DEL TESO 119
- El tipo penal del aborto en el Código Orgánico Integral Penal
ELIANA ALBA ZURITA 159
- La concepción de lo penal en la sociedad descrita por Homero
en sus obras
RAMIRO GARCÍA FALCONÍ 195
- La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones
en las que la persona recoge las manifestaciones de su
interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos 235
ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

- Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad) EUGENIO RAÚL ZAFARONI	253
- El destino de los Derechos del ciudadano en un Derecho penal <i>eficaz</i> WINFRIED HASSEMER	269
- Normas para la publicación de artículos y libros	291

TRATAMIENTO PROCESAL
DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ECUADOR:
REFLEXIONES A LA LUZ DEL MODELO ESPAÑOL

**TRATAMIENTO PROCESAL
DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ECUADOR:
REFLEXIONES A LA LUZ DEL MODELO ESPAÑOL¹**

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL²
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

RESUMEN:

En el presente trabajo se abordan las principales novedades que, en relación con el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género se han incorporado a la legislación española y ecuatoriana. Entre estas novedades, destaca el marco legal que se otorga al concepto de violencia de género y las consecuencias que se derivan de éste, en relación con la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o la orden de protección, entre otras.

PALABRAS CLAVE:

Violencia de género. Víctima. Acceso a la justicia. Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

¹ Artículo presentado por el autor el 12 de marzo de 2019 y aprobado el 8 de mayo de 2019.

² Profesor Contratado. Doctor de Derecho Procesal Universidad de Salamanca. <https://orcid.org/0000-0002-6134-8874>

ABSTRACT:

This work addresses the main innovations that, in relation to access to justice for victims of gender violence, have been incorporated into Spanish and Ecuadorian legislation.

Among these new developments, we can highlight the following: the legal framework that is granted to the concept of gender violence, the jurisdiction of the Courts of Violence against Women or the protective order, among others.

KEYWORDS:

Gender violence. Victim. Access to justice.

INTRODUCCIÓN

La lucha contra la violencia de género, entendida como aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por el hecho de serlo, es algo que viene preocupando mucho a los diferentes Estados no solo por las escalofriantes cifras a las que, aún en el momento actual, nos enfrentamos en países altamente desarrollados, sino, sobre todo, porque tal y como se afirmó en la IV Conferencia sobre la Mujer, celebrada en Beijing, en el año 1995; este tipo de violencia constituye un grave atentado a los derechos humanos de las mujeres y un problema de salud pública de primera magnitud, el cual impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz; estableciéndose en dicha conferencia, por primera vez, un límite a las costumbres, a las tradiciones y a la religión, de modo que éstas no se puedan esgrimir como justificación para la discriminación contra las mujeres, o para atentar contra sus vidas y sus derechos fundamentales.

Parece increíble que aun tengamos que estar luchando contra esta situación, cuando están a punto de cumplirse 70 años, desde que el 10 de diciembre de 1948 fuera adoptada y proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo Preámbulo se reafirma la fe de los pueblos en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y cuyo artículo segundo recoge que toda persona tiene todos los derechos y libertades allí proclamados, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En este sentido, no puede sino avergonzarnos el hecho de que en España, tan solo en el 2017, y con un concepto muy restringido de violencia de género, como tendremos ocasión de analizar, hayan fallecido 56 mujeres víctimas de esta violencia machista, o que en Ecuador, según datos de la Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género, 6 de cada 10 mujeres, es decir, más de un 60 por ciento de la población total de mujeres del país, reconozcan haber vivido algún tipo de violencia de género en su vida, lo que implicaría que a más de 3 millones de mujeres ecuatorianas no se les respeta el derecho a una vida libre de violencia; este derecho, consagrado no solo en instrumentos internacionales, sino también en el propio artículo 66.3.b) de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, donde de forma específica se reconoce, dentro del derecho a la integridad personal, el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, debiendo adoptar el Estado las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, y otros colectivos en situación de desventaja o vulnerabilidad³.

De este modo, no debe extrañar que los esfuerzos para cumplir este mandato se hayan dirigido a la aprobación de diferentes instrumentos normativos, que intentan proteger a las mujeres frente a esta lacra y que, desde diferentes ámbitos, se estén llevando a cabo medidas para erradicar este tipo de violencia; ésta puede manifestarse de diferentes formas, siendo una de

³ CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INEC). *La Violencia de Género contra las Mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. Quito, 2014.

ellas, la que proviene de la situación de poder del hombre sobre la mujer por la mera consideración de ésta como un ser inferior, sometido a su voluntad, consideración que resulta aun más cruel y deleznable cuando este tipo de violencia se ejerce en el ámbito de la pareja.

Y me refiero a esta específica forma, ya que al intentar abordar un análisis de Derecho comparado entre las legislaciones española y ecuatoriana, lo primero en lo que nos fijaremos será en el diferente marco conceptual que la violencia de género tiene en uno y otro país, puesto que mientras en Ecuador es mucho más amplio, en España, el concepto de violencia de género, fijado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género es mucho más restrictivo, al limitarse tan solo a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia⁴.

⁴ En el momento de la aprobación de la Ley, algunos autores criticaron las limitaciones del artículo 1.1 de la Ley 1/2004 de Medidas de protección integral con la violencia de género, ya que en opinión de, resta méritos al Legislador al limitar el ámbito de aplicación de la Ley a la violencia intrafamiliar, sin tener en cuenta el resto de supuestos de violencia que se puedan ejercer sobre las mujeres en otros ámbitos. MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., en VV. AA. *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Comentarios Breves*. Madrid, Iustel, 2005, p. 34. Para una aproximación a esta divergencia, puede verse TARDON OLMOS, M. "Definiciones del Convenio de Estambul y ámbito de aplicación, en relación con la Ley 1/2004", en *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 1, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

No obstante, es intención del Legislador español ampliar dicho concepto, aproximándolo al contenido en la regulación ecuatoriana, concretamente, en la recientemente aprobada Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, -en adelante la LOI-, cuyo objeto es, conforme a lo señalado en el artículo 1 de ésta: prevenir y erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes, jóvenes, adultas y adultas mayores, en toda su diversidad; en especial cuando se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o de riesgo, mediante políticas y acciones integrales de prevención, atención, protección y reparación de las víctimas, así como a través de la reeducación de la persona agresora y el trabajo en masculinidades, definiéndose la violencia de género como cualquier acción o conducta basada en su género que cause o no muerte, daño y/o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado⁵.

En este sentido, podríamos decir que la LOI recientemente aprobada, comparte la misma filosofía que la ya citada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, por cuanto busca dar una solución eficaz a este problema, a través de una perspectiva transversal e integradora, mediante la transformación de los patrones socioculturales y los estereotipos que naturalizan, reproducen, perpetúan y sostienen la desigualdad entre hombres

⁵ Artículo 1 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, aprobada el 28 de noviembre de 2017 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 175, de 5 de febrero de 2018, tras conocer y pronunciarse la Asamblea Nacional sobre la objeción parcial del Presidente Constitucional de la República, los días 10 y 23 de enero de 2018.

y mujeres y la atención, protección y reparación de las víctimas de esta violencia.

Desde nuestro punto de vista, este loable fin, recogido en el artículo 2 de la LOI ecuatoriana, es algo que no se podrá conseguir, a menos que nos enfrentemos al fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar, término que, recurriendo a la definición de la Real Academia Española de la Lengua, significa que abarca o afecta a varias disciplinas, y que nosotros sustituiríamos por el término interdisciplinar; es decir, y también, recurriendo a su definición de la RAE, que se realiza con la cooperación de varias disciplinas, ya que desde nuestra opinión, el enfoque no debe simplemente abarcar a diferentes ámbitos: el social, el educativo, el sanitario, o el jurídico, entre otros; sino que lo que debe es realizarse con una estrecha cooperación entre todos ellos, ya que el fenómeno de la violencia ejercida contra las mujeres tiene múltiples frentes y requiere de una actuación conjunta de todos los agentes implicados en su erradicación⁶.

Realizada esta necesaria declaración de intenciones, y ante la imposibilidad de analizar todos los ámbitos sobre los que se debería intervenir, nos centraremos en este trabajo en el marco

⁶ En este sentido, pueden consultarse las apreciaciones que sobre esta necesaria actuación conjunta recogemos en nuestro trabajo. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "Atención sanitaria y tutela judicial: un binomio necesario en la lucha contra la violencia de género", en *Estudios interdisciplinares sobre igualdad y violencia de género*. Granada, Editorial Comares, 2008, pp. 3-32. Sobre la importancia de la implicación de estos diferentes actores, puede verse GENSANA RIERA, M. A. "El papel de las administraciones públicas en la lucha contra la violencia sobre las mujeres", en *La protección de la víctima de violencia de género: Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi, 2016, pp. 25-56.

jurídico de lo que en España recibe el nombre de violencia de género y que en Ecuador es llamado, con mayor precisión: violencia sobre la mujer o violencia de género contra la mujer, siendo nuestro objetivo principal llevar a cabo un análisis comparado de las regulaciones de ambos países, en el marco de la protección procesal penal que reciben las víctimas de este tipo de violencia.

Consideramos que las mujeres que padecen este tipo de violencia sufren un continuo atentado contra su dignidad como persona y, por ende, contra los derechos que le son reconocidos, no solo en la ya mencionada Constitución ecuatoriana o en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también en otros instrumentos internacionales sobre la materia, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belem de Pará que, aparte de prohibir este tipo de conductas basadas en el género, impone a los Estados la obligación de adoptar, por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de este tipo de violencia⁷.

⁷ En este sentido, se pronuncia también quien considera que la violencia contra la mujer no es un problema de Derecho penal, sino de Derechos Humanos. REIS BRAVO, J. "Violencia na familia. Perpectivas e Interveções", en *Revista de Direito MAIA JURIDICA*. Año VI, N.º 1, enero-junio de 2006, p. 95

Ámbito conceptual de la violencia de género

La primera cuestión que debemos abordar al iniciar el estudio de este fenómeno, y que supone, como se ha dicho, una de las principales diferencias entre nuestras legislaciones, es precisamente la de su denominación jurídica, ya que en Ecuador se habla de violencia contra las mujeres o de violencia de género contra las mujeres, mientras que en España se habla tan solo de violencia de género, limitándola, como ya también tuvimos ocasión de señalar, a aquélla que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia⁸.

En este sentido, nos parece mucho más acertada la denominación ecuatoriana, sin duda más amplia que la española y que parece ser la tendencia a la que irán encaminadas las reformas legislativas, que pensamos que deberán tener lugar en España, a raíz de la aprobación, el pasado 27 de septiembre de 2017, del llamado Pacto de Estado sobre la Violencia de Género y que entre el conjunto de medidas destinadas a lograr una mayor eficacia en la lucha contra la violencia de género, propone la modificación de algunas normas de carácter penal y procesal que, de una u otra forma, variarán el régimen actual de acceso a la justicia, por parte

⁸ En este sentido destaca la necesidad de distinguir estos dos conceptos y sustituir la expresión de violencia de género por la de malos tratos a mujeres, mucho más acorde con su contenido. MATOS, M. "Violencia conyugal", en *Violencia e Víctimas de Crimes*. Vol. I-Adultos, Coimbra, Editorial Quarteto, 2002, p. 84.

de las víctimas de violencia de género, entre ellas, el ámbito de aplicación del propio concepto⁹.

Así, tras escuchar a una serie de expertos y expertas en violencia contra las mujeres, los diferentes grupos parlamentarios recogieron un conjunto de propuestas de actuación, entre las que se incluye, específicamente, la de ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres, contenidos en el Convenio de Estambul, haciendo referencia expresa no solamente a la ejercida por el varón que sea o haya sido cónyuge o que esté o haya estado ligado a la víctima por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, sino a otras muchas más, tales como la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razones de género, el aborto forzado y la esterilización forzada, incluso en aquellos casos en que no exista con el agresor la relación requerida para la aplicación de la actual Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género¹⁰.

⁹ El origen de las medidas contenidas en dicho Pacto lo encontramos en el informe de la Subcomisión específica, organizada en el seno de la Comisión de Igualdad, creada por Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de España, de 21 de diciembre de 2016, con la intención de conocer e identificar la situación en la que se encuentra la lucha contra la violencia de género en la actualidad, así como de analizar los problemas que impiden avanzar en la erradicación de las diferentes formas de dicha violencia. El Informe completo puede consultarse en Congreso de los Diputados. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Serie D, N.º 199, de 3 de agosto de 2017.

¹⁰ Todas estas manifestaciones de la violencia las encontramos en el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, suscrito en

En la misma línea de ampliar el ámbito de aplicación de este concepto, van otras propuestas legislativas de especial relevancia en el orden penal, como la de recomendar la aplicación del artículo 22.4 del Código Penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en diferentes supuestos, tales como los casos de agresión sexual y abuso sexual, la mutilación genital, el acoso sexual o la de no considerar, en ningún caso, las injurias y calumnias, a través de las redes sociales, en el ámbito de la violencia de género, como un delito leve.

En relación con la regulación en Ecuador, consideramos básico el análisis del artículo 155 COIP, donde se recoge el delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, considerándose violencia toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar¹¹.

Estambul, el 11 de mayo de 2011, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE. N.º 137, de 6 de junio de 2014. Sobre este tema, puede consultarse a GALLEGO SÁNCHEZ, M. G. "El Convenio de Estambul: ¿por qué un convenio sobre la violencia contra la mujer?", en *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 1, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

¹¹ A estos efectos, se entienden como miembros del núcleo familiar a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación.

Del análisis de este precepto, nos gustaría destacar dos aspectos en los que consideramos que la regulación contenida en el COIP es mucho más acertada que la contenida en el Código Penal español. El primero sería la clara consideración de los tres tipos de violencia que se recogen en dicho artículo: la violencia física, la violencia psíquica y la violencia sexual, desarrolladas, respectivamente, en los artículos 156, 157 y 158 COIP, que evita las especulaciones sobre qué es lo que debe considerarse violencia al hablar de violencia sobre la mujer, a los que debería sumarse la violencia económica o patrimonial, la simbólica, la política y la gineco-obstétrica, que se encuentran definidas en el artículo 10 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, a la que ya antes hicimos referencia¹².

El segundo aspecto que podría deducirse es que el COIP otorga idéntico tratamiento a situaciones que, sin embargo, en el Código Penal español -en adelante CP- suponen tres tipos delictivos diferenciados: de una parte, la denominada violencia en el seno de la pareja, contenida en el artículo 153.1 CP español y, de otra, la violencia doméstica, cuya regulación la encontraríamos en el artículo 153.2 del mismo cuerpo legal y que pasamos a analizar a continuación.

¹² En este sentido, el artículo 11 de la misma Ley dice que estos tipos de violencia pueden concurrir de forma simultánea sobre una misma persona, en un mismo contexto y en uno o varios ámbitos, entre los que el artículo 12 LOI señala: el doméstico o intrafamiliar, el educativo, el laboral, el deportivo, el estatal, de los centros penitenciarios, el mediático o cibernético, el de lo público, el de los centros sanitarios y el de emergencias y situaciones humanitarias, definiendo con precisión cada uno de ellos.

El artículo 153.1 CP español castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad, de las previstas en el apartado 2.º del artículo 147 o golpear o maltratar de obra a otro, sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer, que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor¹³.

En este sentido, y a pesar de que, como hemos dicho, ambos artículos guardan una sistemática bastante pareja, lo cierto es que entre ellos existe una diferencia fundamental, a la que ya antes hemos hecho referencia, y ésta es que el artículo 153.1 del Código Penal español hace referencia tan solo a la violencia ejercida por parte del hombre sobre la mujer, hablando de que la víctima ha de ser o haber sido esposa, o mujer, que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; es decir, la pena prevista en este artículo es tan solo

¹³ El autor será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficios de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad, necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años, encontrándonos también en el artículo 153.3 CP español, con un agravamiento en la pena, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

para el agresor varón, mientras que, de la atenta lectura de los artículos 156, 157 y 158 COIP, referentes respectivamente a la violencia física, psicológica y sexual, como tuvimos ocasión de señalar, deducimos que, al utilizar la expresión *la persona que*, parece indicarnos que el sujeto activo de dicha violencia podría ser tanto un hombre como una mujer.

Sin embargo, para encontrar el tipo referente a la violencia que pudiera ejercer la mujer sobre el hombre en la legislación penal española, debemos irnos al apartado siguiente de dicho artículo, es decir, al artículo 153.2 CP, donde se prevé la misma conducta, pero pudiendo ser en este caso la víctima alguna de las personas del artículo 173.2 CP, el cual amplía el espectro subjetivo de las personas que pueden ser víctima de los hechos, incluyendo a quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan, o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, excluyéndose expresamente el supuesto contenido en el ya mencionado artículo 153.1 CP, es decir, exceptuando cuando la víctima sea o haya sido la esposa o mujer, unida por análoga relación de afectividad al agresor.

Nada objetaríamos a que esta regulación se contuviera en dos apartados diferentes del mismo precepto del Código Penal

español si no fuera porque la pena prevista en ambos artículos, que contienen la misma conducta, es diferente: siendo mucho mayor en el supuesto contenido en los artículo 153.1 CP que en el artículo 153.2 CP; basándose la desigualdad tan solo en el sexo del sujeto activo del delito, algo que desde nuestro punto de vista, nos parece absolutamente intolerable y claramente lesivo desde el principio de igualdad entre mujeres y hombres, siendo en este caso, los derechos fundamentales de los hombres los que se verían claramente vulnerados y motivo por el que debemos aplaudir la regulación contenida en el COIP del Ecuador.

Sin embargo, y pese a que gran parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de la inconstitucionalidad de este precepto, el Tribunal Constitucional español, en Sentencia de 14 de mayo de 2008, decidió desestimar la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 153.1 del Código Penal, que había sido sometida a su consideración, alegando que el artículo 14 de la Constitución Española, precepto que consideramos vulnerado, acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación, añadiendo que la doctrina constitucional ha configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual y que, para introducir diferencias entre ellos, tiene que existir una suficiente justificación, que ha de ser fundada y razonable y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas; el problema radica, en nuestra opinión, en que la consecuencia jurídica de un delito sea diferente, en virtud del sexo del autor de éste, resultando claramente desproporcionada.

En opinión del Tribunal Constitucional, por tanto, el artículo 153.1 CP no vulnera la Constitución española de 1978 porque la agravación que incluye resulta razonable y fundada para

incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres, en un ámbito en el que están insuficientemente protegidas, justificando un trato diferente y desigual, por el mero hecho de que, como añade el Legislador, ha constatado una mayor gravedad en las agresiones de los hombres hacia las mujeres, que son o han sido sus parejas.

Absolutamente inadmisibles nos parece que el Tribunal Constitucional español justifique en el hecho de que las agresiones de los hombres hacia las mujeres que son o han sido sus parejas, sean más graves que las de las mujeres hacia sus cónyuges varones este tratamiento diferenciado y pretenda otorgar a la vida y a la integridad de esas mujeres, absolutamente dignas de toda protección, un valor superior al del mismo bien jurídico de los hombres, algo que desde nuestro punto de vista no es aceptable ni moral ni legalmente, puesto que la libertad, la integridad o la vida de cualquier persona deben valer, por principio, por igual, debiendo estar castigado cualquier vulneración con la misma pena, con independencia de quién sea la víctima, ya que lo contrario, sin duda, supondría una vulneración del principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución española¹⁴.

¹⁴ No comparten nuestra opinión, al afirmar que dicho artículo es: *...coherente con el respeto a este principio de igualdad que en materia de género puede concretarse en el viejo axioma de que «nadie vale más que otro», es decir, la Ley integral no pretende, como desde algunos sectores se proclama, dar la vuelta a la tortilla e imponer ahora el dominio de las mujeres, sino de modo exclusivo proteger a quienes precisamente por estar minusvaloradas, por pertenecer a un género que se conceptúa como inferior, sufren el ejercicio de la violencia.* ALONSO DE ESCAMILLA, A., y LAMARCA PÉREZ, C. "Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal", en *Diario La Ley*. N.º 6998, de 28 de julio de 2008, edición digital.

No obstante, debemos decir que, afortunadamente, y coincidiendo con la regulación establecida en el COIP de Ecuador, ésta, desde nuestro punto de vista clamorosa vulneración del principio de igualdad ante la ley y del derecho de no discriminación por razón de sexo, no se produce en el caso del artículo 173 del Código Penal, precepto referente a la violencia en el ámbito familiar o violencia domésticas y no expresamente sobre la mujer, en el que se prevé la misma pena, con independencia de su sexo, para quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

También debemos señalar que, debido a la gravedad del tipo delictivo, nos parece muy acertada la regulación en el artículo 141 COIP, del delito de femicidio, donde se establece que: *La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años*; además, se establecen como circunstancias agravantes del tipo delictivo, entre otras: haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima o que exista o haya

existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, relaciones laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

Por último, y en cuanto a la regulación penal se refiere, nos gustaría dejar claro que, pese a haber sido acuñado en el ámbito internacional y aceptado en el ámbito interno, no termina de gustarnos la denominación de violencia de género, prefiriendo la de violencia contra la mujer, que se usa en la normativa ecuatoriana, por cuanto compartimos, al menos en parte, la opinión del Pleno Académico de la Real Academia Española que, en su Informe relativo al aspecto lingüístico de la denominación, de 13 de mayo de 2004, incluido en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, llega a la conclusión de que sería más correcto hablar de violencia por razón de sexo que hablar de violencia de género, como acertadamente se indica en el nombre del órgano jurisdiccional creado en España para la instrucción de estos asuntos, al que luego nos referiremos, y que recibe el nombre de Juzgado de Violencia sobre la Mujer y no de Violencia de Género¹⁵.

Esta denominación adquiere una dimensión que sobrepasa el aspecto meramente lingüístico para alcanzar un calado más profundo, ya que si hablamos tan solo de violencia de género,

¹⁵ Informe del Pleno Académico de la Real Academia Española, de 13 de mayo de 2004. Sobre este punto, puede consultarse CALERO FERNÁNDEZ, M. A. "Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico", en *La protección de la víctima de violencia de género: Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi, 2016, pp. 73-105.

hasta el momento actual se acota el término a aquellas situaciones en las que la situación de violencia es ejercida por el hombre sobre la mujer, quedando fuera del ámbito de aplicación de ésta los casos en los que la violencia se ejerce por una mujer sobre otra mujer, en el marco de una relación homosexual, que si bien son casos mucho menos frecuentes, también deberían quedar, desde nuestro punto de vista, reconocidos y sobre los que el Pacto de Estado de lucha contra la violencia de género no termina de pronunciarse expresamente¹⁶.

Derechos de las víctimas de violencia de género

En cuanto al reconocimiento de los derechos de los que gozan las víctimas de la violencia de género, que encontramos recogidos en la legislación ecuatoriana en el artículo 9 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, debemos señalar que en España los encontramos, hasta la fecha, en dos cuerpos legales: por un lado en la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y, de forma más genérica, para cualquier tipo de víctima en la Ley Orgánica 4/2015 por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito¹⁷.

¹⁶ Sobre este aspecto puede consultarse GARCÍA, C. G., quien afirma que independientemente de los roles de género, en las parejas homosexuales existe una asimetría que se cobra vidas y que se podría evitar, interponiendo y desplegando los medios legales, educativos y sociales necesarios para ello. GARCÍA, C. G. *La huella de la violencia en parejas del mismo sexo*. Gomylex, 2017

¹⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. BOE, de 28 de abril de 2015. Sobre el contenido de esta ley, pueden verse los comentarios hechos antes de su aprobación por GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. "Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español", en *Revista General de Derecho Procesal*. N.º

No obstante, y pese a la regulación de derechos ya existente en ambas leyes, lo cierto es que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género firmado en España, y al que antes ya hicimos referencia, señala que la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos, de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, que no esté previsto en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, deberá desarrollarse a través de leyes específicas e integrales que aborden como debe llevarse a cabo la intervención con este tipo de víctimas y las necesidades especiales de protección que se deriven de cada tipo de violencia.

En nuestra opinión, este mandato expreso al legislador supone que deberá abordarse la protección integral de las mujeres víctimas de violencia, bien elaborando nuevas leyes, que determinen el tratamiento procesal que debe darse a las víctimas de los otros tipos de violencia que ahora también pasan a ser considerados como violencia de género, o bien reformando leyes ya existentes, como la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual incluyendo la perspectiva de género para mujeres que hayan sufrido violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación o el acoso sexual¹⁸.

35, 2015. VV.AA. *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), Aranzadi, Thomson Reuters, 2017.

¹⁸ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, publicada en el BOE, N.º 296, de 12 de diciembre de 1995. Para un análisis de la figura del acoso sexual, puede consultarse CUENCA PIQUERAS, C. *El acoso sexual: un aspecto olvidado de la violencia de género*. Centro de

No obstante, y mientras se produce el oportuno (y necesario) desarrollo legislativo, estas otras formas de violencia de género, recibirán un tratamiento preventivo y estadístico en el marco de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Tratamiento preventivo que no sabemos si seguirá siendo aplicable a uno de los aspectos más controvertidos de esta Ley, donde se establece una prohibición que limita el ejercicio de los derechos de las víctimas de violencia de género a acceder a los llamados mecanismos de resolución alternativa de conflictos y que también encontramos regulada, aunque no con tanta rigidez, en la Ley Orgánica Integral de Prevención y Erradicación de la violencia contra la mujer.

En este sentido, dice el artículo 9 de la LOI, en su apartado número 12, tras señalar el derecho que asiste a las víctimas de no confrontarse con sus agresores, que queda terminantemente prohibida la imposición de métodos alternativos de resolución de conflictos. Esta regulación, que podríamos conectar con el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, donde se prohíbe el recurso a la mediación en casos de violencia de género, sin embargo no es del todo idéntica, por cuanto la normativa ecuatoriana lo que hace es prohibir la imposición de estos métodos alternativos, mientras que lo que hace la española es prohibirla en todo caso, algo sobre lo que, a continuación, nos pronunciaremos, por ser la única prohibición expresa de mediación existente en el ordenamiento jurídico español¹⁹.

Investigaciones Sociológicas, 2017.

¹⁹ Para una aproximación a este concepto, puede consultarse ESQUINAS

En este sentido, debemos señalar que el artículo 15 del Estatuto de la víctima del delito establece que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos y que serían: a) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) que el infractor haya prestado su consentimiento; d) que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) que no esté prohibida por la ley para el delito cometido, aspecto este último que chocaría con la prohibición expresa a la que antes aludíamos.

VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *La mediación en procesos de violencia de género*. Aranzadi, Thomson Reuters, 2015; SALVADOR CONCEPCIÓN, R. "Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género", en *La Ley penal digital: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 112, enero-febrero de 2015; CASTILLEJO MANZANARES, R. "Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género", en *Diario La Ley*. N.º 8882, de 15 de diciembre de 2016; MARTÍNEZ GARCÍA, E. "Mediación penal en los procesos por violencia de género", en *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 41, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

En relación con este tema, sigue insistiendo el Pacto de Estado en que debe reforzarse, en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género, opción legislativa que no compartimos por cuanto nuestra opinión personal, y a pesar de que algunas de las regulaciones de nuestro entorno son claramente favorables a lo contrario, sería la de no excluir de forma rígida o sistemática ningún tipo penal, ni siquiera el de violencia de género²⁰.

Así, tan solo nos opondríamos a la aplicación de la mediación en aquellos delitos en los que el órgano jurisdiccional constatará la existencia de una desigualdad entre las partes atendiendo a las circunstancias del caso concreto motivo por el cual, en nuestra opinión, resulta criticable que el Pacto de Estado español insista en reforzar la absoluta prohibición de la mediación en casos

²⁰ Parece reforzar nuestra opinión la propia Directiva europea, que nada restringe en cuanto a la posibilidad de utilización de este mecanismo, si bien señala en su Exposición de Motivos, que a la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia restaurativa, se deben tomar en consideración factores, tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Sobre la regulación de la mediación penal de adultos en ordenamientos de nuestro entorno, puede verse *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* BARONA VILAR, S. (dir.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. Del mismo modo, nos aproxima a estas regulaciones en GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. "La mediación: una visión desde el Derecho comparado", en *La mediación penal*. Barcelona, 1999, p. 87 y ss.

de violencia de género prevista en la Ley Orgánica 1/2004, prohibición que consideramos que supone una gran falta de confianza en la capacidad de decisión de la mujer ya que, si bien es cierto que, como hemos dicho, la mediación precisa de una situación de igualdad para poder llevarse a término, también es cierto que puede, como proponemos, encomendarse al Juez que efectúe ese control que en determinados casos permita recurrir a una mediación en supuestos de violencia de género cuando se considere que la misma se podría llevar a cabo en condiciones de igualdad²¹.

Por todo ello, nos mostramos más partidarios de la regulación prevista en Ecuador, por la que se prohíbe la imposición de estos mecanismo de resolución alternativa de conflictos, pero no el recurso a los mismos, por lo que podrían llevarse a cabo mediaciones en materia de violencia de género, dependiendo de la voluntad o no de la víctima de participar en la misma, siendo conscientes de que, en estos casos, quizás la predisposición de la víctima a participar en la mediación sea menor²².

²¹ Comparte nuestra opinión, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español", en *La Ley*. N.º 7232, septiembre de 2009; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. "Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ: ¿Por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?", en *Revista de Derecho penal y Criminología*. N.º 15, enero de 2016, pp. 233-264. Por el contrario, no está de acuerdo con nuestro criterio, al considerar que la desigualdad entre víctima y agresor en estos casos es evidente y, en su opinión, insalvable. MARTÍN DIZ, F. *La mediación sistema complementario de Administración de Justicia*. CGPJ, 2010, p. 397.

²² De este parecer se muestra ESTIRADO DE CABO, C., al afirmar que las potencialidades que la mediación tiene en los procesos penales,

Procedimiento judicial

También guardan cierta similitud ambas regulaciones en cuanto al establecimiento de algunos procedimientos específicos a través de los cuales deben tramitarse algunos de estos ilícitos penales, como el procedimiento expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar, regulado en el artículo 643 COIP o las medidas especiales para el juzgamiento de delitos contra la mujer o miembros del núcleo familiar, contenidas en el artículo 570 COIP, también objeto de modificación por la recientemente aprobada LOI de prevención y erradicación de la violencia de género, y que guarda ciertas semejanzas con el procedimiento regulado en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que determina que este procedimiento se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, cometidos en flagrancia o que se encuentre dentro de los recogidos en una lista, en la que se encuentra el de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, referido a la violencia en el ámbito familiar o doméstico y que incluye al cónyuge o

tanto para el autor del hecho punible como para la víctima, y proponiendo que se atienda más bien a las circunstancias y a las características concretas de cada caso. ESTIRADO DE CABO, C. "Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento", en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho judicial. N.º 136,-2007; *Ibíd.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 209.

persona a la que se esté o se haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, siempre que el proceso se inicie en virtud de atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial, algo que no nos parece del todo correcto, por cuanto se otorga a la Policía exclusividad a la hora de iniciar este procedimiento, al no poder iniciarlo ni el Juez de Instrucción ni el Fiscal ya que solamente la denuncia formulada ante la Policía puede dar lugar a atestado²³.

Como vemos, por tanto, la pieza clave del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos regulado en la legislación española consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia, ya que toda la fase de instrucción y de preparación del juicio oral ha de ser realizada en brevísimos plazos ante el órgano judicial. Para conseguir este propósito es absolutamente necesario reforzar las funciones de la Policía Judicial, a la que se le van a encomendar importantes tareas para el buen funcionamiento de este modelo de enjuiciamiento, algunas de las cuales quizás puedan resultar excesivas con respecto al necesario respeto de los principios y garantías procesales²⁴.

²³ En este sentido compartimos la opinión de MARCO COS, J. M., la cual se expresa en similares términos a los nuestros hablando del monopolio de la Policía a la hora de decidir sobre la iniciación o no de este procedimiento. MARCO COS, J. M. "Juicios rápidos y policía judicial...", en *Diario. Aranzadi*, 14 de enero de 2003, p. 4.

²⁴ Reguladas en el artículo 796 LECrim. y que son añadidas a las que ya tiene, con carácter general, en el procedimiento abreviado y que

Órgano judicial competente

Sobre el órgano judicial competente, ambas legislaciones comparten el hecho, por otro lado, no tan común en otros ordenamientos jurídicos, de disponer de un Juzgado específico ante el que se desarrollarán estos procedimientos y al que se le atribuye competencia en materia de violencia de género.

Serían los denominados Jueces o Juezas de violencia sobre la mujer o miembro del núcleo familiar, que deberán existir en cada cantón de Ecuador, conforme a lo dispuesto en el artículo 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, regulado en el artículo 87 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que pese a señalar en su apartado 1 que en cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial, prevé que de manera excepcional puedan establecerse Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia, aunque solo podrá mantenerse esta situación, si repercute en una mejora

se contienen en el artículo 770 de la LECrim. Sobre este tema, ver CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "Proceso penal en España ¿mutaciones incontrolables?" en *II Congreso de Proceso Penal. Memorias*. GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO (coord.). Coimbra, Editorial Almedina, 2006; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "Los enjuiciamientos rápidos y el respeto de los principios y garantías procesales ¿posible matrimonio o necesario divorcio?", en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha de la libertad a través del proceso*. Lima, Editorial San Marcos, EIRL, 2008; así como el de ALONSO PÉREZ, F. "Actuaciones de la Policía Judicial en los denominados Juicios Rápidos", en *Revista La Ley*. N.º 5953, febrero de 2004, pp. 1-6.

cualitativa de la atención y de los medios con los que se cuenta²⁵.

En cuanto a los Jueces o Juezas de violencia sobre la mujer o miembro del núcleo familiar, establecidos en la regulación ecuatoriana, debemos decir que serán competentes para conocer de los hechos y actos de violencia y de las contravenciones contra la mujer o miembro del núcleo familiar así como para fijar la pensión de alimentos, que deberá ser satisfecha por el agresor, cuando se apliquen medidas de protección previstas en la ley; así como para la ejecución de dichas disposiciones en caso de incumplimiento de las mismas²⁶.

²⁵ Sobre los Juzgados de Violencia sobre la mujer, puede verse a DELGADO MARTÍN, J. "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", en *La Ley*, núm. 6279, de 22 de junio de 2005, GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. "Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección integral contra la violencia de género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer", en *Poder Judicial*. N.º 79, 2005, pp. 57-104; MAGRO SERVET, V. "El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º XII, 2005, pp. 181-260; *Ibid.* "Los Juzgados de violencia contra la mujer: una propuesta de mejora", en *Poder Judicial*. especial N.º XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, pp. 497-530; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de guardia*. Editorial Bosch, Barcelona, 2006; tras las últimas reformas legislativas en esta materia, ver a AGUILERA MORALES, M. E. "Las nuevas competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer", en *Diario La Ley*. N.º 8800, 11 de julio de 2016.

²⁶ El artículo 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, redactado conforme a lo dispuesto en la Disposición Reformatoria Octava de la Ley Orgánica Integral para la Prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, de enero de 2018, y en el que se varía el nombre otorgado a este Juzgado que pasa de ser Juez o Jueza de

En este último inciso del artículo, que acabamos de analizar, es donde nos atrevemos a ver un tibio reflejo de lo que, desde nuestro punto de vista, supone la principal diferencia existente entre ambas regulaciones y que no es otra que la competencia mixta que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer poseen en España, lo que les hace conocer de materias, tanto en el orden civil, como en el orden penal²⁷.

En este sentido, y en el orden penal, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, conocerán, conforme al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido

violencia contra la mujer y la familia a ser denominado como Juez o Jueza de violencia contra la mujer y miembro del núcleo familiar.

²⁷ La atribución de competencias en el ámbito civil a un órgano jurisdiccional incardinado en el orden penal obligaría, en opinión de GONZÁLEZ GRANDA, P., a una modificación del artículo 9.3 de la COPJ, que establece que: *Los (Juzgados y Tribunales) del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la Jurisdicción militar, para adaptarlo a esta nueva realidad en la que un órgano del orden jurisdiccional penal podrá tener competencias en el ámbito civil, siendo ésta, en algunos casos, exclusiva y excluyente.* GONZÁLEZ GRANDA, P. "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Revista La Ley*. N.º 6214, 21 de marzo de 2005.

su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia²⁸.

En cuanto a la competencia en el orden civil de este órgano jurisdiccional, el apartado 3 del artículo 87 ter de la LOPJ señala que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto, alguna de las materias indicadas en el número 2 del citado artículo, y que serían:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio;
- c) Los que versen sobre relaciones paterno-filiales;
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar;
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por

²⁸ En nuestra opinión este artículo debería ser modificado para adaptar su ámbito de competencia hacia esas otras nuevas formas de violencia de género, contenidas en el Convenio de Estambul y que no encajarían dentro de esta definición, ya que no resultaría demasiado coherente que el conocimiento de la instrucción por esas causas estuviera atribuido al Juzgado de Instrucción y no al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En esta línea se pronuncia CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, J. “¿Hacia una mutación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? De la violencia de género a un género de violencia”, en *Diario La Ley*. N.º 9003, 19 de junio 2017.

un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores;

- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción;
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores²⁹.

Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo, aspecto que consideramos que debe ser modificado para adaptarse al nuevo ámbito subjetivo del concepto de violencia de género, que abarcaría a otras muchas más víctimas y no solo a aquella que sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

²⁹ Conviene señalar que este listado no ha estado exento de críticas, la principal quizás la referida al olvido en que parecen haber quedado los procedimientos civiles, que afecten a las uniones estables de pareja, pese a que varias enmiendas postulaban su inclusión entre las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De este parecer, se muestra CASTILLEJO MANZANARES, R. "Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Revista La Ley*. N.º 6290, 7 de julio de 2005. También critican el listado de asuntos, entre otros: ARMENTEROS LEÓN, M. "Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer", en *Revista La Ley*. N.º 6399, 13 de enero de 2006; ARMENGOT VILAPLANA, A. "Procesos de familia y violencia de género", en *Revista Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*. N.º 100, enero-febrero, 2013; CABALLERO GEA, J. A. *Violencia de género, juzgados de violencia sobre la mujer penal y civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado*. Dykinson, 2013.

Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, En relación con este requisito, debemos destacar la problemática interpretación derivada de la utilización del término imputado, desterrado de nuestro ordenamiento procesal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica pero que aún se mantiene en este artículo³⁰.

³⁰ Dicha Ley hace suyo el Informe de la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, que en sus conclusiones señalaba la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal, sirviendo el primero de esos términos para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. No obstante, y dado que el artículo 87 ter LOPJ no fue objeto de modificación, debemos considerar como doctrina pacíficamente aceptada que la Ley utilizaba este término en sentido amplio, haciéndolo equivaler al de denunciado, sin que sea necesaria una imputación judicial en sentido estricto. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. *BOE*. N.º 239, 6 de octubre de 2015. De este parecer se muestran: ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. "Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Problemática y propuestas de reforma)", en *Revista La Ley*. N.º 6695, 18 de abril de 2007; SENES MONTILLA, C. "La competencia penal y en materia civil

Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género³¹.

Este último requisito de actividad, que viene a sumarse a los ya establecidos en razón de la materia y de la persona, es quizás el que más problemas nos plantea ya que, si bien el segundo supuesto de este requisito: que se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género, está clara y no ofrece ningún género de duda, sin embargo, debemos preguntarnos sobre qué es lo que entiende el legislador por “que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales”, ya que este hecho es el que marcaría en algunos supuestos, la inhibición del Juzgado de Primera Instancia, órgano titular de la competencia genérica en el sistema procesal civil español, a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En este sentido no parece razonable pensar que la mera presentación de una denuncia contra el demandado pueda

de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *Revista La Ley*. N.º 6371, 1 de diciembre de 2005 SENES MONTILLA, C. sostiene que: *La interpretación conjunta de varios preceptos legales permite sostener que la Ley utiliza el termino imputación en sentido amplio, esto es, como expresión de la condición procesal del sujeto frente al que se dirige el procedimiento, y por tanto, sin que la competencia en materia civil se haga depender de la imputación judicial (procesamiento o resolución equivalente).*

³¹ También debería ser objeto de reforma el presente artículo que aun hoy sigue haciendo referencia a las faltas que fueron suprimidas del ordenamiento jurídico, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*. N.º 77, 31 de marzo de 2015.

determinar la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer ya que, según el artículo 87 ter 4 LOPJ, cuando el Juez de Violencia sobre la Mujer apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente, lo que nos puede llevar a la conclusión de que será al menos necesaria una calificación jurídica de los hechos objeto de la denuncia como constitutivos de un delito de violencia de género que conlleve la incoación de las diligencias oportunas para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer adquiera competencia exclusiva y excluyente, produciéndose la pérdida de la competencia por parte del Juzgado de Primera Instancia a la que se refiere el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil española³².

Medidas de protección

La protección de las víctimas de violencia de género es, sin duda, uno de los aspectos que más preocupan en relación con el acceso a la justicia de este tipo de víctimas. No en vano, las noticias que, día tras día, vemos y escuchamos en los medios de comunicación, nos alertan de que debe abordarse esta cuestión en ambos países con la máxima urgencia y con la mayor eficacia³³.

³² Artículo introducido por el artículo 57 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género. Sobre este tema, se puede consultar nuestro trabajo CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "Procesos matrimoniales y violencia de género", en *Revista Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*. N.º 101, marzo-abril, 2013.

³³ Sobre este aspecto, puede verse a REDONDO FUENTES, I. M. "Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en violencia de género", en *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 45, Consejo

En este sentido, debemos señalar que el Pacto de Estado para la violencia de Género, al que hemos hecho referencia en más de una ocasión, aparte de preocuparse, como no podía ser de otra manera, por la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, incide de forma singular en la protección específica de los menores, reconociéndolos como víctimas directas, ampliando y mejorando las medidas dirigidas a asistirlos y protegerlos, apostando por la formación de los profesionales que deben tratar con ellos. En similares términos se expresa el artículo 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su nueva redacción, al señalar que, en el marco de la competencia de los Jueces y Juezas de violencia sobre la mujer y sobre miembro del núcleo familiar, el Consejo de la Judicatura creará oficinas técnicas con profesionales en medicina, psicología y trabajo social que garanticen una intervención integral³⁴.

En cuanto la regulación de medidas de protección específicas sobre esta materia en Ecuador, el artículo 558 COIP dispone que cuando se trate de infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de las medidas

General del Poder Judicial, 2016; MARTÍNEZ GARCÍA, E. “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género?”, en *Diario La Ley*. N.º 9055, 5 de octubre de 2017.

³⁴ Reflejan la preocupación por la formación de estos profesionales, entre otros: VALLS-LLOBET, C. “¿Cómo trabajar la violencia de género desde la asistencia sanitaria?”, en *La protección de la víctima de violencia de género: Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. ROMERO BURILLO, A. M. (dir.). Aranzadi, 2016, p. 137-164; MOLLÁ LALIGA, M. “Formación especializada en violencia de género: tutela judicial efectiva”, en *Revista La Ley*. N.º 8924, 17 de febrero de 2017; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

cautelares y de protección previstas con carácter general, se fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión, debiendo el Fiscal, de existir méritos, solicitar urgentemente la adopción de una o varias medidas de protección a favor de las víctimas señalándose que los miembros de la Policía Nacional deberán dispensar auxilio, proteger y transportar a las víctimas de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y elaborar el parte del caso que será remitido dentro de las veinticuatro horas siguientes a la autoridad competente. Medidas que se ven complementadas con las que la LOI de prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha introducido a través de la incorporación de un nuevo artículo 558.1 COIP, en el que se detallan nuevas medidas de protección a las víctimas de este tipo de violencia, entre las que se incluye la posibilidad de ser incluidas en el Sistema Nacional Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres³⁵.

Todas estas medidas recuerdan a la protección integral que, en la normativa española, se pretende otorgar a través de la concesión de la denominada orden de protección, regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que se erige en la medida fundamental en relación con la protección de la víctima, por cuanto le atribuye un estatuto integral de protección que pretende dar respuesta inmediata y conjunta, de carácter

³⁵ El objeto de este sistema, conforme a lo previsto en el artículo 14 LOI, es prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, mediante el diseño, formulación, ejecución, supervisión y monitoreo de normas, políticas, programas, mecanismos y acciones en todos los niveles de forma articulada y coordinada.

protector, cautelar y provisional, a las víctimas de este tipo de violencia en los ámbitos penal, civil y asistencial³⁶.

Sobre el contenido de esta orden de protección debemos decir que, en primer lugar, y para garantizar la seguridad de la víctima, y dotarla de una protección integral e inmediata, podrán adoptarse cualquiera de las medidas cautelares penales previstas en las Leyes de Enjuiciamiento, que podrían consistir desde la prisión provisional o la libertad provisional hasta la prohibición de residir o acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, lo que conocemos como orden de alejamiento. En esta línea merece especial atención la propuesta contenida en el Pacto de Estado por la que se solicita que se establezca como medida cautelar y como pena privativa de derechos la prohibición de comunicarse a través de las redes sociales cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías³⁷.

³⁶ Para una aproximación a la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica, ver CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P. "La orden de protección a las víctimas de violencia doméstica", en *Revista La Ley*. N.º 5871, 15 de octubre de 2003; de LAMO RUBIO, J. "La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio", en *Actualidad Penal*. N.º 42, semana del 10 al 16 de noviembre de 2003, pp. 1045-1070; MAGRO SERVET, V. "La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica" en *Revista La Ley*. N.º 5821, 10 de julio de 2003; en el ámbito de la Unión Europea, donde existe la misma preocupación por proteger a este tipo de víctimas: VV.AA. *La orden de protección europea: la protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. MARTÍNEZ GARCÍA, E. (dir.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³⁷ Sobre las medidas penales, que pueden adoptarse en el marco de una orden de protección, ver GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A. *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*. SEPIN, 2014.

La orden de protección también puede adoptar medidas en el orden civil, en relación con las que el Pacto de Estado señala que, en ningún caso, debe permitirse la custodia compartida en casos de violencia de género, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un proceso por violencia de género y existe orden de protección. Del mismo modo propone que se establezca el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, así como prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género, promoviéndose instalaciones amigables y la puesta en marcha de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para la atención de los casos de violencia de género, elaborándose protocolos específicos de actuación, siempre con el objetivo de buscar el bienestar del menor sin poner en peligro la integridad de la madre víctima³⁸.

Por último, en tercer lugar, aparte de las medidas cautelares penales y provisionales civiles que hemos visto, también pueden derivarse de la adopción de esta orden de protección, en el derecho español, una serie de medidas asistenciales para hacer efectivos los derechos contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, tanto los económicos como los laborales o de prestaciones de la Seguridad Social, así como los de información, asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita. En relación con la asistencia jurídica que se ofrece a las víctimas, el Pacto de

³⁸ Sobre la tramitación de estas medidas, ver a GARCÍA RUBIO, M. P. "Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección", en *Revista La Ley*. N.º 6041, 16 de junio de 2004; SAURA ALBERDI, B. "Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica", en *Revista La Ley*. N.º 5925, 2 de enero de 2004.

Estado propone reforzarla antes y durante todo el procedimiento judicial, incluso durante la fase de ejecución de la condena, incorporando un mayor número de letrados y letradas a los turnos de oficio especializados y mejorando la formación especializada de los mismos.

El Pacto de Estado propone, en relación con la orden de protección, introducir en el artículo donde se regula, un listado no cerrado de criterios de referencia de la situación objetiva de riesgo para impedir que disminuyan las órdenes de protección incluyendo a los hijos e hijas en las valoraciones policiales del riesgo de las víctimas³⁹.

Nada se indica, sin embargo, sobre que deba modificarse el procedimiento de adopción de esta orden de protección por lo que debemos entender que se valora positivamente el procedimiento existente, un procedimiento desde nuestro punto de vista, especialmente sencillo, accesible a todas las víctimas de la violencia doméstica, de modo que tanto éstas como sus representantes legales o las personas de su entorno familiar más inmediato puedan solicitarla sin formalismos técnicos o costes añadidos directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, debiendo ser dicha solicitud remitida de forma inmediata al juez competente.

³⁹ Sobre este tema, puede consultarse LOINAZ, I. *Manual de evaluación del riesgo de violencia: metodología y ámbitos de aplicación*. Pirámide, 2017.

La orden de protección, una vez adoptada, será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, siendo inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica e implicando el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, en particular, de la situación penitenciaria del agresor, por lo que deberá darse cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria⁴⁰.

Este Registro al que acabamos de hacer referencia también tendrá su reflejo en la normativa ecuatoriana una vez que se dé cumplimiento al mandato contenido en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Integral de prevención y erradicación de la violencia de género, en el que se insta a la conformación de la Mesa para la constitución en el plazo de seis meses del Registro Único de Violencia contra las Mujeres que deberá encabezar el Ministerio Rector en Seguridad Ciudadana y Orden Público y que

⁴⁰ A los datos del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica accederán de forma inmediata todas las órdenes de protección dictadas por cualquier juzgado o tribunal y en él se anotarán, además, los hechos relevantes, a efectos de protección a las víctimas de estos delitos. Sobre la regulación de este Registro, ver MARCOS AYJON, M. "El nuevo Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica", en *Revista La Ley Penal*. N.º 7, julio-agosto de 2004, pp. 52-62; AGUADO RAMO, M. S. "El Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica: aspectos prácticos", en *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 33, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

está llamado a convertirse en la base para la correcta aplicación de las políticas contenidas en dicha ley.

Conclusiones

Tras este necesariamente breve, pero esperemos que productivo, análisis comparado de las normativas española y ecuatoriana, relativas a la lucha contra la violencia sobre la mujer, llega el momento de realizar algunas consideraciones a modo de reflexión final sobre dichas regulaciones.

La primera, referente al ámbito conceptual de lo que debe entenderse como violencia de género, consideramos que el enfrentamiento en el marco del Derecho comparado se ha saldado a favor de la legislación ecuatoriana, cuyo concepto de violencia de género es considerablemente más amplio que el actualmente vigente en España y mucho mejor formulado, al ser denominada violencia sobre la mujer o violencia de género sobre la mujer y no solo violencia de género, terminología que, como ya anticipamos no compartimos en su totalidad.

A pesar de ello debemos señalar que quizás la consecuencia más importante que traiga consigo la implementación del Pacto de Estado sobre violencia de género de 2017 en España, sea la ampliación del ámbito de aplicación subjetiva del concepto de violencia de género, para adaptarlo a otro tipo de realidades muy diferentes a las que hasta ahora se identificaban con el mismo. De esta forma, nos aproximaríamos al modelo contenido en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, superando la definición legal vigente en la actualidad, contenida en el artículo 1.1 de la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y adaptando nuestra legislación a los

compromisos internacionales sobre la materia, especialmente al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, más conocido como Convenio de Estambul de 2011, y que incluye, dentro del concepto de violencia de género, no solamente la ejercida por el varón, que sea o haya sido cónyuge o que esté o haya estado ligado a la víctima por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, sino otras muchas más, tales como la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razón de género, el aborto y la esterilización forzada, sin exigir que exista entre víctima y agresor ningún tipo de relación de carácter afectivo o sentimental.

En este sentido, las principales modificaciones que deberán realizarse para adaptar estas propuestas a la legislación vigente serán en relación con la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, órganos especializados que también encontramos en el artículo 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, y que deberán ir en la línea de incorporar estas nuevas formas de violencia sobre la mujer al ámbito de competencia objetiva de los mismos, ampliación que también se verá reflejada en la capacidad para adoptar medidas de protección específicas que respondan de manera concreta a esas otras formas de violencia sobre la mujer.

En relación con otras cuestiones a las que también nos hemos referido en nuestro trabajo, debemos valorar positivamente que la Ley Orgánica Integral de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, no lleve a cabo una prohibición del recurso a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia de violencia sobre la mujer, permitiendo su utilización

y prohibiendo tan solo que les sea impuesto a las víctimas de este tipo de violencia.

También hemos podido comprobar las similitudes existentes entre el reconocimiento de derechos a las víctimas en una y otra regulación, así como constatar la preocupación que ambos estados tienen acerca de la eficacia de las medidas de protección, valorando muy positivamente las reformas procesales contenidas en materia de competencia de los órganos judiciales en ambos países o la creación del Registro Único de Violencia sobre las mujeres, sobre el que se sustentará el Sistema Nacional de Protección a las víctimas y que se correspondería con el Registro Central de víctimas de violencia de género español.

En definitiva, debemos concluir que ambas regulaciones, en mayor o menor medida, con mayor o menor acierto, en atención a las críticas que hemos vertido, tratan de reafirmar mediante la aprobación de numerosas leyes, algunas muy recientes como la Ley Orgánica Integral de prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer, aprobada hace apenas un par de semanas en Ecuador, su compromiso en la lucha contra la violencia de género, tomando conciencia de que esta constituye, como también ha quedado demostrado en nuestro trabajo a través de las múltiples referencias a los instrumentos internacionales, una verdadera violación de los Derechos Humanos de las mujeres, contra la que hay que luchar desde todos los ámbitos y con todas las fuerzas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RAMO, M. S. “El Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica: aspectos prácticos”, *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 33, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

AGUILERA MORALES, M. E. “Las nuevas competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista La Ley*. N.º 8800, 11 de julio de 2016.

ALONSO PÉREZ, F. “Actuaciones de la Policía Judicial en los denominados Juicios Rápidos”, *Revista La Ley*. N.º 5953, febrero de 2004.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., y LAMARCA PÉREZ, C., “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal”, *Revista La Ley*. N.º 6998, 28 de julio de 2008.

ARMENGOT VILAPLANA, A. “Procesos de familia y violencia de género”, *Revista Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*. N.º 100, enero-febrero, 2013.

ARMENTEROS LEÓN, M. “Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista La Ley*. N.º 6399, 13 de enero de 2006.

CABALLERO GEA, J. A. *Violencia de género, juzgados de violencia sobre la mujer penal y civil: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado*. Dykinson, 2013

CALERO FERNÁNDEZ, M. A. “Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico”, *La protección de la víctima de violencia de género: Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, 2016.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. “Atención sanitaria y tutela judicial: un binomio necesario en la lucha contra la violencia de género”, *Estudios interdisciplinares sobre igualdad y violencia de género*. Granada, Editorial Comares, 2008.

_____. “Proceso penal en España ¿mutaciones incontrolables?”, II Congreso de Proceso Penal

Memorias. MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL (coord.), Coimbra, Editorial Almedina, 2006.

_____. “Procesos matrimoniales y violencia de género”, *Revista Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*. N.º 101, marzo-abril, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R. “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*. N.º 8882, 15 de diciembre de 2016.

_____. “Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista La Ley*. N.º 6290, 7 de julio de 2005.

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P. “La orden de protección a las víctimas de violencia doméstica”, *Revista La Ley*. N.º 5871, 15 de octubre de 2003.

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, J. “¿Hacia una mutación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? De la violencia de género a un género de violencia”, *Revista La Ley*. N.º 9003, 19 de junio de 2017.

CUENCA PIQUERAS, C. *El acoso sexual: un aspecto olvidado de la violencia de género*. Centro de Investigaciones Sociológicas, 2017.

DE LAMO RUBIO, J. “La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio”, *Actualidad Penal*. N.º 42, semana del 10 al 16 de noviembre de 2003.

DELGADO MARTÍN, J. “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista La Ley*. N.º 6279, 22 de junio de 2005.

ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

ESTIRADO DE CABO, C. “Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento”, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho Judicial, N.º 136, 2007; Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *La mediación en procesos de violencia de género*. Aranzadi, Thomson Reuters, 2015.

GALLEGO SÁNCHEZ, M. G. “El Convenio de Estambul: ¿por qué un convenio sobre la violencia contra la mujer?”, *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 1, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

GARCÍA, C. G. *La huella de la violencia en parejas del mismo sexo*. Gomylex, 2017.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español, *Revista General de Derecho Procesal*. N.º 35, 2015.

GARCÍA RUBIO, M. P. “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección”, *Revista La Ley*. N.º 6041, 16 de junio de 2004.

GENSANA RIERA, M. A. “El papel de las administraciones públicas en la lucha contra la violencia sobre las mujeres”, *La protección de la víctima de violencia de género: un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Aranzadi, 2016.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. “La mediación: una visión desde el Derecho comparado”, *La mediación penal*. Barcelona, 1999.

GONZÁLEZ GRANDA, P. “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista La Ley*. N.º 6214, 21 de marzo de 2005.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A. *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*. SEPIN, 2014.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. “Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Poder Judicial*. N.º 79, 2005.

LOINAZ, I. *Manual de evaluación del riesgo de violencia: metodología y ámbitos de aplicación*. Pirámide, 2017.

MAGRO SERVET, V. “La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Revista La Ley*. N.º 5821, 10 de julio de 2003.

_____. “El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º XII, 2005.

_____. “Los Juzgados de Violencia contra la Mujer: una propuesta de mejora”, *Poder Judicial*. especial N.º XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, *Revista La Ley*. N.º 7232, septiembre de 2009.

MARCO COS, J. M. “Juicios rápidos y policía judicial...”, *Diario La Ley*. Aranzadi, 14 de enero de 2003.

MARCOS AYJÓN, M. “El nuevo Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica”, *La Ley Penal*. N.º 7, julio-agosto de 2004.

MARTÍN DIZ, F. *La mediación en el sistema complementario de Administración de Justicia*. CGPJ, 2010.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. VV. AA. *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Comentarios Breves*. Madrid, Iustel, 2005.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género?”, *Revista La Ley*. N.º 9055, 5 de octubre de 2017.

_____. “Mediación penal en los procesos por violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 41, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

MATOS, M. “Violencia conyugal”, *Violencia e Víctimas de Crimes*. Vol. I-Adultos, Coimbra. Editorial Quarteto, 2002.

MOLLÁ LALIGA, M. “Formación especializada en violencia de género: tutela judicial efectiva”, *Revista La Ley*. N.º 8924, 17 de febrero de 2017.

ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. “Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Problemática y propuestas de reforma)”, *Revista La Ley*. N.º 6695, 18 de abril de 2007

REDONDO FUENTES, I. M. “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 45, Consejo General del Poder Judicial, 2016

REIS BRAVO, J. “Violencia na familia. Perspectivas e Intervenções”, *Revista de Direito MAIA JURIDICA*. Año VI, N.º 1, enero-junio de 2006, p. 95.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de guardia*. Barcelona, Editorial Bosch, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R. “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley penal digital. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 112, enero-febrero de 2015.

SAURA ALBERDI, B. “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Revista La Ley*. N.º 5925, 2 de enero de 2004.

SENES MONTILLA, C. “La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista La Ley*. N.º 6371, 1 de diciembre de 2005

TARDON OLMOS, M., “Definiciones del Convenio de Estambul y ámbito de aplicación, en relación con la Ley 1/2004”, *Cuadernos Digitales de Formación*. N.º 1, Consejo General del Poder Judicial, 2016.

VALLS-LLOBET, C. “¿Cómo trabajar la violencia de género desde la asistencia sanitaria?”, *La protección de la víctima de violencia de género: un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. ROMERO BURILLO, A. M. (dir.). Aranzadi, 2016.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ: ¿Por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?”, *Revista de Derecho penal y Criminología*. N.º 15, enero, 2016.

VV.AA. *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. DE HOYOS SANCHO. M. (dir.). Aranzadi, Thomson Reuters, 2017.

_____. *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. BARONA VILAR, S. (dir.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

_____. *La orden de protección europea: la protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. MARTÍNEZ GARCÍA, E. (dir.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

EL PAGO DE SOBORNOS EN LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES:
ANÁLISIS DE LA *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

**EL PAGO DE SOBORNOS EN LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES:
ANÁLISIS DE LA *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*¹**

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ²

UNIVERSIDAD DE DEUSTO - ESPAÑA

RESUMEN:

Desde mediados de los años noventa, han sido múltiples las organizaciones internacionales que han adoptado documentos legales vinculantes en materia de corrupción. Todos ellos tienen un origen común, la Ley estadounidense de Prácticas corruptas en el extranjero, aprobada en 1977. La importancia de esta norma es tal que se puede afirmar, sin dudar, que buena parte de la actual política criminal, en materia de corrupción, asienta sus bases en ella. Este artículo se dedica al análisis de su contenido.

PALABRAS CLAVE:

Corrupción, FCPA, Ley de Prácticas corruptas en el extranjero, Soborno, transacciones comerciales internacionales.

¹ Artículo presentado por el autor el 12 de marzo de 2019 y aprobado el 17 de mayo de 2019.

² Profesora Doctora de Derecho penal de la Universidad de Deusto - España. <https://orcid.org/0000-0002-8836-5930>

ABSTRACT:

Since the middle of the nineties, several international organizations have adopted a number of hard law legal documents on corruption. All of them have a common root: the US Foreign Corrupt Practices Act of 1977. This act is so relevant that it can be stated that much of the current anti-corruption criminal policy is based on it. This paper analyses its content.

KEYWORDS:

Corruption, FCPA, Foreign Corrupt Practices Act, Bribery, International Business Transactions.

Introducción

Sin ser un fenómeno nuevo en la historia de la Humanidad, la corrupción ha adquirido en las últimas décadas unas magnitudes desorbitadas³. La corrupción en el momento actual no conoce fronteras y que afecta a todos los Estados con independencia de su forma de gobierno y de su grado de desarrollo económico. A este respecto, señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁴ que esta lacra “ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

En efecto, la comunidad internacional, consciente de la necesidad de una lucha coordinada contra la corrupción, comenzó a adoptar instrumentos legales vinculantes en esta materia a mediados de los años noventa⁵. Todos ellos tienen su origen en una ley puramente

³ Este trabajo se ha realizado en el marco del grupo de investigación *Las mutaciones del poder público y el Derecho transnacional*, reconocido por el gobierno vasco para el período 2016-2018 (referencia: IT997-16), y dentro de los siguientes proyectos: *La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito* (MINECO, 2016-2019, referencia DER2016-79895-P) y *Módulo Jean Monnet SAPIA - Students' Awareness of Public Integrity and Accountability*, reconocido por la Comisión Europea para el período 2017-2010 (referencia: 586939-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-MODULE).

⁴ Resolución 4/58 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

⁵ A saber, citando sólo los vinculantes: Convención interamericana contra la corrupción, de 29 de marzo de 1996, entró en vigor el 6 de marzo de 1997; Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la

nacional, adoptada por el congreso de Estados Unidos en 1977, la *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley de prácticas corruptas en el extranjero. En adelante, por sus siglas en inglés, FCPA); primera norma que amenazó con el castigo penal el pago de sobornos a funcionarios públicos de otros Estados para obtener negocios en el comercio internacional. Al estudio de esta ley se dedica este trabajo.

Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996 (DOCE, N.º C 313, de 23 de octubre), entró en vigor el 17 de octubre de 2002; Convenio relativo a la Lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la Lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (DOCE N.º C 195, de 25 de junio), entró en vigor el 28 de septiembre de 2005; Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1997 (DOCE N.º C 221, de 19 de julio), entró en vigor el 19 de mayo de 2009; Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE, de 21 de noviembre de 1997, entró en vigor el 15 de febrero de 1999; Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, entró en vigor el 1 de julio de 2002; Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, entró en vigor el 1 de noviembre de 2003; Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 15 de mayo de 2003, entró en vigor el 1 de febrero de 2005; Convención para la Prevención y lucha contra la corrupción de la Unión Africana, de 11 de julio de 2003, entró en vigor el 4 de agosto de 2006.

Contexto para la aprobación de la FCPA

En pleno regeneracionismo de la vida política y económica de los Estados Unidos, estalla en el año 1972 el escándalo Watergate, evidenciando toda una serie de prácticas ilícitas realizadas por la clase política y empresarial del país. No tan conocido como el caso que obligó a dimitir al presidente Nixon, es el que tuvo como protagonista a la empresa aeronáutica del país *Lockheed Corporation*. Aparte de su contribución a la campaña del presidente Nixon, *Lockheed* pagó millones de dólares en concepto de sobornos a funcionarios públicos de diversos países para obtener contratos con sus Administraciones Públicas. Sin duda, uno de los casos más significativos fue el que implicó al primer ministro japonés, Kakuei Tanaka, que fue condenado años más tarde en su país. El entonces presidente de la compañía estadounidense, A. Carl Kotchian, a través de un intermediario japonés, entregó 12,6 millones de dólares a altos cargos del gobierno de ese país para asegurarse la venta de sus aviones a la compañía aérea estatal *All Nippon Airways*. El acuerdo corrupto incluía la celebración de un millonario contrato por la venta de los aviones *TrisStar L-1011* y una promesa de compra de los aviones *P-3C Orion*. Poco tiempo después, el 6 de febrero de 1976, Kotchian reconocería ante una subcomisión de investigación en el Senado la realización de estas prácticas y haber pagado decenas de millones de dólares en concepto de sobornos desde los años sesenta hasta mediados de los setenta a funcionarios públicos de Japón, Holanda, Italia, Alemania, Arabia Saudí, Israel, entre otros países (CLEVELAND, 2009, pp. 202-203; DARROUGH, 2010, pp. 257-258⁶).

⁶ Véase un profundo análisis de los orígenes de la FCPA a KOEHLER, 2012, p. 932 y ss.

El escándalo de la *Lockheed Corporation* no fue un suceso aislado en las relaciones comerciales internacionales de la época. Como revelaría en 1974 una investigación llevada a cabo por la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos (en adelante, SEC), alrededor de 400 empresas norteamericanas (más de cien incluidas en la lista Fortune 500) habían realizado *questionable or illegal foreign payments* a funcionarios extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales, susceptibles de ser calificados como corrupción en el exterior (ASHCROFT, RATCLIFFE, 2012, p. 25; ELDRIGE, 2013, p. 736; RATCLIFFE, 2014, pp. 92-93; WILLBORN, 2013, p. 424).

Ni la *Lockheed Corporation* ni el resto de empresas fueron condenadas por el pago de esos sobornos en el extranjero pues en ese momento, como en el resto de ordenamientos jurídicos, la única corrupción que se castigaba en Estados Unidos era la que iba destinada a sobornar a los propios funcionarios públicos, pero no la que implicaba a funcionarios públicos de terceros Estados. Se entendía entonces que estas prácticas eran un problema de los países cuyos funcionarios públicos solicitaban o admitían los sobornos, y no un problema de los países cuyas empresas los pagaban.

Tras el conocimiento de estas prácticas realizadas por la clase empresarial y política del país, la opinión pública estadounidense se estremeció, volcada en aquellos años en la lucha por los derechos civiles, y condenó tales prácticas. La vergüenza impregnó la clase dirigente del país, que se vio obligada a tomar medidas al respecto para poner fin al pago de sobornos en el comercio internacional, pretendiendo así restaurar la confianza pública en la integridad de la economía norteamericana (TURK, 2013, pp. 332-333). Durante el mandato del presidente Ford se

creó un grupo de trabajo sobre pagos corporativos cuestionables realizados en el extranjero, cuyas recomendaciones se acabaron convirtiendo, años más tarde, y ya con el gobierno demócrata, en la *Foreign Corrupt Practices Act*⁷, ley que castiga penalmente a las personas, físicas o jurídicas, estadounidenses que paguen sobornos a servidores públicos de otros Estados para conseguir o mantener un negocio en tal país.

Reformas posteriores

La recién aprobada Act, precisamente por su carácter innovador, no estuvo exenta de polémica. Desde su adopción fue criticada por las multinacionales estadounidenses pues argumentaban que la nueva ley les colocaba en una situación de desventaja respecto de sus competidores europeos o japonesas en el comercio internacional, dado que las empresas de estos países no tenían prohibidas las prácticas de soborno en el extranjero (HUBER, 2003, p. 42; KOCHI, 2002, p. 101; NIETO Martín, 2003, p. 12). De ahí que el gobierno estadounidense solicitara en organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE la adopción de un texto internacional vinculante que obligara al resto de países a prohibir la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros en operaciones comerciales internacionales (PIETH, 2000, p. 21). El objetivo era instaurar un terreno de juego nivelado sobre el que realizar las transacciones comerciales internacionales en igualdad de condiciones. Pero tales pretensiones no fueron satisfechas. El gobierno de Estados Unidos no consiguió obtener más que textos de *soft law* en los organismos internacionales⁸.

⁷ *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1949, 15 U.S.C. §§ 78, p. 1 y ss.

⁸ Así, las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales,

De hecho, habrían de transcurrir dos décadas hasta que Estados Unidos viera cumplido su anhelado deseo de establecer unas reglas comunes del juego en el comercio internacional, momento en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) adoptaría su Convenio contra la corrupción en 1997.

Dado el escaso éxito que el gobierno norteamericano tuvo en los foros internacionales, se vio obligado a reformar la FCPA para satisfacer las demandas de sus corporaciones multinacionales (CRITES, 2012, p. 1052; TURK, 2013, p. 334). Así, el mandato del presidente Reagan se cerró con la modificación de la referida ley a través de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988⁹, que restringía el ámbito de aplicación de la FCPA al limitar el castigo a las conductas dolosas y al ampliar los supuestos en

y las Reglas de conducta de la Cámara Internacional de Comercio para combatir la extorsión y el soborno. Ya en los noventa, en el seno de las Naciones Unidas, la Resolución de la Asamblea General 50/106, Negocios y desarrollo, de 20 de diciembre de 1995 (A/RES/50/106); la Resolución de la Asamblea General 51/59, Acción contra la corrupción y Código internacional de conductas para funcionarios públicos, de 12 de diciembre de 1996 (A/RES/51/59); y 1a Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en transacciones comerciales internacionales, de 21 de febrero de 1997 (A/RES/51/191). En el marco de la OCDE, la Recomendación para Combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de 27 de mayo de 1994 (C (94) 75); la Recomendación sobre la Deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, de 11 de abril de 1996 (C (96) 27); y Recomendación revisada sobre el Combate del cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de 23 de mayo de 1997 (C (97) 123).

⁹ *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1107, 15 U.S.C. §§ 78, pp. 1-2.

los que la entrega de un soborno estaría permitida. En el fondo, subyacía en la reforma la idea de que la legalidad del pago debía confirmarse atendiendo no a la legislación norteamericana, sino a la legislación o a los usos sociales del país en el que se practicaba la corrupción (NIETO Martín, 2003, p. 13). En consecuencia, se olvidaba la reivindicación original de la FCPA: comportarse en el exterior con los mismos parámetros que en el interior. Estas modificaciones retornaban a la vieja idea expresada en la conocida frase pronunciada Erwin Wilson en 1953: *Lo que es bueno para la General Motors es bueno para los Estados Unidos*.

La segunda de las reformas de la FCPA tuvo lugar tras la adopción del Convenio de la OCDE de 1997. Como se ha señalado, hasta ese año, el gobierno de EE.UU. no consiguió más que textos de soft law en los organismos internacionales, recomendando el castigo de la corrupción transnacional¹⁰. Sin embargo, el Convenio de la OCDE marca un antes y un después en la lucha contra estas prácticas, exigiendo a los Estados parte castigar como delito:

el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de

¹⁰ Un año antes se había adoptado, en el seno de la Organización de Estados Americanos, la Convención interamericana contra la Corrupción, un documento vinculante, pero limitado a un ámbito geográfico muy concreto, el cual no obligaba a los países europeos o asiáticos su cumplimiento, cuyas empresas eran las principales competidoras de las estadounidenses en el mercado mundial.

*conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*¹¹.

La ratificación del Convenio de la OCDE por el gobierno de los EE.UU., efectuada el 8 de diciembre de 1998, exigía modificaciones en la FCPA para adaptarla al texto del convenio. Es cierto que el país cumplía, en líneas generales, con las disposiciones del mismo. De hecho, fue la propia FCPA la que influyó en la redacción del mismo. No obstante, el Convenio contenía mayores exigencias que requerían una reforma de la *Act*. Así, en 1998, a través de la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act*¹² se amplió, por un lado, la definición de funcionario público para dar cabida a funcionarios de organizaciones internacionales, y por otro, la conducta punible, incluyendo el pago de sobornos para obtener *ventajas indebidas*. A la vez, se incorporaron nuevos principios jurisdiccionales que permitían aplicar la FCPA a supuestos cometidos en el extranjero y a extranjeros que violaran las disposiciones de la misma en el territorio de los EE.UU. (RATCLIFFE, 2014, pp. 94-95; TURK, 2013, pp. 334-335).

¹¹ Art. 1.1 del Convenio, según la versión en Castellano, del instrumento de ratificación de España, publicado en el *Boletín Oficial del Estado español*. N.º 46, de 22 de febrero de 2002.

¹² *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* de 1998, Pub. L. No. 105-366, 112 Stat. 3302, 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 al -3, 78ff).

Contenido de la ley

1. Estructura

La FCPA adopta dos enfoques para cumplir su objetivo de luchar contra el pago de sobornos en el comercio internacional: el preventivo y el represivo, que se plasman en los dos grandes apartados en los que se divide la ley: las disposiciones sobre contabilidad y las disposiciones anti-soborno¹³. Este trabajo se centra en el estudio de las disposiciones anti-soborno, por lo que las exigencias contables sólo se expondrán brevemente.

Las disposiciones sobre contabilidad, que sólo se aplican a los emisores de valores en mercados estadounidenses, a diferencia de las disposiciones anti-soborno, que se aplican a cualquier persona física o jurídica, contienen dos obligaciones fundamentales. Por un lado, la obligación de *preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos del emisor* [§ 78m (b) (2) (A)]¹⁴, como por ejemplo, no mantener cuentas fuera de libros, no anotar transacciones falsas o con identificaciones incorrectas, etc. Por otro lado, se recoge la obligación de mantener un sistema de controles internos de la contabilidad que proporcione *seguridades razonables* [§ 78m (b) (2) (B)], como, por ejemplo, que las transacciones se ejecuten con

¹³ Las disposiciones sobre contabilidad (*accounting provisions*) se ubican en los §§ 78m (b) (2)-(7) y 78ff y las disposiciones anti-soborno (*anti-bribery provisions*), en los §§ 78dd-1, 78dd-2 y 78dd-3.

¹⁴ La redacción en Castellano está tomada de la versión de la FCPA, publicada en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos

la correspondiente autorización o que el acceso a los activos se permita sólo con dicha autorización. Los requisitos del *reasonable detalle* y *seguridades razonables* se entienden cumplidos cuando el nivel de detalle y el grado de seguridad es tal que satisfaría a *las autoridades prudentes en la realización de sus propios asuntos* [§ 78m (b) (7)].

La existencia de estas normas parece tener por objetivo evitar la existencia de una contabilidad paralela en las empresas, una *caja B* que se destine al pago de sobornos (DARROUGH, 2010, p. 256; DEMING, 2006, pp. 468-471). No obstante, estas previsiones sirven también para solventar un problema que se puede plantear con frecuencia en la práctica.

Téngase en cuenta que en ocasiones resultará difícil demostrar que un consejo de administración de una empresa instalada en los Estados Unidos sabía que el dinero entregado a un intermediario en un lejano país iba a ser empleado para sobornar a un miembro del gobierno de tal país con el fin de que le adjudique a la empresa un determinado contrato. Si esto no se consigue probar, no será posible aplicar las disposiciones anti-soborno de la FCPA pues éstas requieren que se actúe *a sabiendas* de que el intermediario va a usar el dinero para sobornar al funcionario extranjero. Sin embargo, nada impedirá castigarles penalmente por violación de las disposiciones sobre contabilidad de la FCPA¹⁵. Simplemente, habría de demostrarse que, conscientemente, no se han cumplido las obligaciones contables. Se superan así, con el pragmatismo característico del Derecho anglosajón, toda una serie de

¹⁵ Las sanciones no son menores: multa de hasta 5 millones de dólares y prisión de hasta 20 años para las personas físicas y multa de hasta 25 millones de dólares para las personas jurídicas.

problemas dogmáticos que se le plantearían al Derecho penal europeo (NIETO Martín, 2003, pp. 11-12).

2. Disposiciones anti-soborno

El segundo enfoque que adopta la FCPA en la lucha contra el soborno transnacional es de carácter represivo. En este sentido, la ley castiga penalmente la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros e internacionales en el contexto de operaciones comerciales internacionales.

2. 1. Los sujetos sometidos a la FCPA y el nexo jurisdiccional con los EE.UU.

Existen tres grupos de sujetos a los que se les aplican las disposiciones anti-soborno de la FCPA: los emisores de valores en mercados estadounidenses, las empresas nacionales y otros sujetos a los que la propia ley se refiere como aquéllos que no son ni emisores de valores ni empresas nacionales, pero respecto de los cuales se exige un requisito especial que será explicado infra.

Los emisores son todas aquellas empresas que tengan valores registrados de acuerdo con la sección 12 de la *Securities Exchange Act*¹⁶ o que estén obligados a remitir periódicamente informes a la SEC según la sección 15(d) de la referida ley. En la práctica, esto significa que toda empresa que tenga valores listados en una bolsa nacional o en mercados extrabursátiles nacionales y que tenga que reportar ante la SEC, es un emisor en el sentido de la FCPA

¹⁶ *Securities Exchange Act* de 1934, reformada por la Pub. L. 112-158, de 10 de agosto de 2012.

(*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 11). La ley se aplica a los emisores de valores tengan nacionalidad estadounidense o no, siempre que participen en mercados de los EE.UU. Por ejemplo, los emisores extranjeros estarán sometidos a la ley cuando operen en los mercados del país a través del programa *American Depositary Receipt* (ADR). La FCPA también se aplica a los directores, empleados, agentes o accionistas de cualquier emisor cuando actúen en su nombre.

El término *empresas nacionales* que emplea la FCPA hace referencia, como señala el propio texto de ley, tanto a personas físicas, nacionales o residentes en los EE.UU., como a corporaciones, siempre que tengan su principal plaza de negocios en los EE.UU., o estén constituidas en virtud de las leyes de ese país o de un territorio, posesión o Estado asociado de los Estados Unidos [§78dd-2 (h) (5)].

En estos dos casos, es decir, cuando el sujeto activo es un emisor o una empresa nacional, se podrán aplicar las disposiciones de la FCPA con independencia del lugar en el que se realice el acto corrupto: dentro o fuera de las fronteras nacionales. Originariamente, la FCPA exigía un vínculo de territorialidad con Estados Unidos, al requerir que se utilizara *el correo o cualquier otro medio o instrumento de comercio interestatal*¹⁷. Dentro de esta expresión se incluyen multitud de actos, como por ejemplo, una llamada de teléfono o el envío de un e-mail o fax desde,

¹⁷ La propia norma define *comercio interestatal* como *comercio exterior o interior, transporte o comunicaciones entre varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o navío fuera de ese Estado, y el término comprende el uso intraestatal de: A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o B) cualquier otro instrumento interestatal, §78dd-2 (h) (5).*

hacia o a través de los Estados Unidos, o una transferencia desde o hacia un banco del país (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 11)¹⁸. Pese a que esta expresión se había interpretado tradicionalmente de manera amplia (TARUN, 2006, p. 13)¹⁹, la reforma de la FCPA en 1998 incluyó un principio jurisdiccional alternativo para dar cambia a más supuestos aún, tal y como exige el Convenio de la OCDE de 1997. Se trata del principio de personalidad activa, al que se refiere el Convenio en

¹⁸ Demostrar este vínculo de territorialidad nunca ha supuesto gran problema para las autoridades estadounidenses. Por citar algunos ejemplos, en el caso de SIEMENS en 2008, el nexo de territorialidad se determinó por la utilización de cuentas bancarias estadounidenses para realizar los pagos ilícitos y por la participación de directivos de la empresa en reuniones en Nueva York y Miami (véase *U.S. vs. Siemens Aktiengesellschaft*; *U.S. vs. Siemens S.A. (Argentina)*; *U.S. vs. Siemens Bangladesh Ltd.*; y, *U.S. vs. Siemens S.A. (Venezuela)*). En el caso de FIAT, en el 2008, bastó con constatar el envío de documentos, a través de faxes a los Estados Unidos (véase *U.S. vs. Iveco S.p.A.*; *U.S. vs. CNH Italia S.p.A.*; *U.S. vs. CNH France S.A.*). En el caso de ALCATEL, en 2008, el nexo territorial fue la transferencia de fondos, desde bancos estadounidenses (*U.S. vs. Sapsizian*).

¹⁹ Tan amplia es la interpretación que en el caso *SEC vs. Straub, et al.*, Caso N.º 11 CIV 45, (S.D.N.Y., de 8 de febrero de 2013), se aplicó la FCPA por violación de las normas anti-soborno a los directivos de una empresa húngara, que cotizaba en la NYSE, por enviar correos electrónicos desde Hungría, ofreciendo sobornos a funcionarios del gobierno de Macedonia. La SEC, como una de las entidades encargadas de aplicar la FCPA, entendió que había razones para aplicar la ley porque los correos, pese a enviarse desde un país extranjero y a un país extranjero, habían sido almacenados en servidores localizados en los Estados Unidos. También lo entendió así el juez del caso, quien ante los alegatos de la defensa, señaló que Internet es tan inmenso que los acusados no podían prever eso, contestó que precisamente esa era *una razón más por la que debería ser predecible para un acusado que el tráfico en Internet no es necesariamente local por naturaleza*.

su artículo 4.2. En este sentido, la ya referida *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* de 1998 posibilitó la aplicación de la ley a aquellos supuestos de soborno a funcionarios públicos extranjeros independientemente de si el emisor o la empresa nacional hace uso del correo o de otros medios o instrumentos de comercio interestatal [§78dd-1 (g) (1) y §78dd-2 (i) (1)]. El vínculo de la nacionalidad sería suficiente.

Por último, y desde la reforma operada en 1998, el tercer grupo al que se aplica la FCPA está constituido por personas que no son ni emisores ni empresas nacionales, si bien, es necesario en este caso un nexo jurisdiccional con Estados Unidos que se traduce en un vínculo de territorialidad, exigiendo la ley en este punto que estas otras personas realicen el acto corrupto *mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos* [§78dd-3 (a)]²⁰. La propia ley define qué debe entenderse por estas otras personas, incluyendo a cualquier persona física que no sea nacional de los Estados Unidos, así como a cualquier corporación constituida conforme a las leyes de otro país [§78dd-3 (f) (1)].

Esta expansión de la jurisdicción trae su causa en el Convenio de la OCDE de 1997, el cual exige castigar como delito el hecho de que *cualquier persona* soborne a un funcionario público extranjero (artículo 1.1.). Es decir, no se limita a exigir el castigo de los nacionales. No obstante, esta exigencia tiene, obviamente, unos límites (principio de territorialidad), señalando el convenio que un Estado parte deberá extender su jurisdicción a estas personas siempre que *el delito se cometa en todo o en parte en su territorio* (artículo 4.1).

En este punto de la ley es donde en la práctica se han planteado

²⁰ Énfasis añadido.

algunos de los principales problemas, en concreto, en lo que se refiere a la interpretación del término *territorio* que aparece en la ley. Ante la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este punto²¹, el Departamento de Justicia (en adelante, por sus siglas en inglés, DOJ), como uno de los organismos encargados de aplicar la FCPA, ha realizado una interpretación amplia del mismo, llegando incluso a abogar por el castigo de una persona que nunca haya pisado territorio estadounidense si con su actuar en el extranjero provocó que se cometiera el delito dentro del país (TARUN, 2006, p. 13).

Como se ha visto hasta aquí, la FCPA tiene un amplio ámbito de aplicación subjetivo, en especial, desde la expansión de la jurisdicción a los emisores y empresas nacionales que cometen el delito en el extranjero, y a los extranjeros que cometen el delito dentro de territorio estadounidense. De hecho, los casos más destacados de aplicación de la FCPA implican, precisamente, a empresas extranjeras. Basta recordar la multa impuesta a Siemens AG, compañía alemana, en 2008. Como destaca HENNING (2012,

²¹ Téngase en cuenta que la mayoría de los implicados en casos de corrupción transnacional acepta declararse culpable por violación de la FCPA, ante los organismos encargados de aplicarla (el Departamento de Justicia y la SEC), a cambio de un acuerdo de no procesamiento (*non prosecution agreement*, en adelante, NPA) o de procesamiento aplazado (*deferred prosecution agreement*, en adelante, DPA), por lo que son pocos los casos que llegan a ser enjuiciados. De ahí, la escasez de jurisprudencia sobre algunos puntos conflictivos. Los implicados evitan así sentarse en el banquillo, a la vez que se reducen los costes del proceso. Las consecuencias de estos acuerdos han sido, sin embargo, objeto de muchas críticas, por parte de la doctrina, pues dotan a esos organismos de un enorme poder, reduciéndose así las garantías de los acusados. CRITES, 2012, pp. 1063-1064; GEORGIS, 2012, p. 268 y ss.; SHEAHEN, 2010, p. 31.

p. 884), el top ten de sanciones por violación de las disposiciones anti-soborno de la FCPA está integrado básicamente por empresas extranjeras.

2. 2. El receptor del soborno

La FCPA menciona tres grupos de personas que pueden ser receptoras del pago ilícito, a saber, cualquier funcionario extranjero, cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o candidato a un cargo público extranjero, y cualquier persona (intermediaria) siempre que actúe a sabiendas de que todo el dinero o parte del mismo, o el artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a las personas anteriormente referidas [§78dd-1 (a), §78dd-2 (a) y §78dd-3 (a)].

2. 2. 1. El concepto de funcionario extranjero

El concepto de funcionario extranjero que recoge la ley incluye a los funcionarios de otros Estados, así como también a los de organizaciones internacionales públicas. La propia ley ofrece una interpretación auténtica del término, debiéndose entender por funcionario público *cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma* [§78dd-1 (f) (1), §78dd-2 (h) (2) y §78dd-3 (f) (2)].

Esta definición es uno de los puntos más problemáticos de la FCPA. Así ha quedado patente en las diversas evaluaciones que el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE ha realizado a Estados Unidos²². En dichas evaluaciones, las autoridades estadounidenses han tratado de aclarar diversas cuestiones. En primer lugar, han señalado que la definición de funcionario extranjero que contiene la FCPA es independiente de la definición de funcionario que prevea el otro Estado, lo que quiere decir que una persona podrá ser considerada funcionario pese a que no lo sea según las leyes de su propio país. En todo caso, se incluyen dentro de la definición los jueces, parlamentarios y miembros de una casa real²³.

En segundo lugar, se han planteado numerosos problemas en la práctica con las empresas cuya propiedad es, total o parcialmente, estatal²⁴. Dada la definición de *funcionario público* que aparece en la ley, el DOJ señala que esas empresas pueden incluirse dentro del término *instrumento de un gobierno extranjero*²⁵. La

²² Disponibles en la siguiente página web: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/unitedstates-oecdanti-briberyconvention.htm> (última consulta el 22.2.2018).

²³ OECD. Working Group on Bribery. 1999, p. 5; *Ibid.* Working Group on Bribery. 2002, p. 32; *Ibid.* Working Group on Bribery. 2010, pp. 27-28.

²⁴ El problema no es baladí, pues, en la práctica, la mayoría de los casos de aplicación de la FCPA están relacionados con este tipo de empresas. Véase el estudio de KOEHLER en relación con el año 2009: el 66% de los casos de aplicación de la FCPA implicaba a empresas, cuya propiedad, al menos, parcialmente, pertenecía al Estado KOEHLER, 2010, p. 412.

²⁵ La FCPA emplea el término *instrumentality*, que ha sido desafortunadamente traducido por *instrumento*, en la redacción en Castellano de la ley publicada en la página web del DOJ.

duda al respecto surge a la hora de considerar a sus empleados como funcionarios públicos o no. Una pista para resolver esta cuestión puede encontrarse en otras normas estadounidenses. Así, la *Foreign Sovereign Immunities Act*²⁶ entiende que esas empresas serán públicas, y por tanto, sus empleados serán funcionarios públicos, siempre que el Estado ostente la mayoría de la propiedad de la misma²⁷.

La guía para la aplicación de la FCPA acepta este criterio, y de hecho, señala que será muy poco probable que en la práctica se aplique la FCPA si la empresa no es controlada en más del 50% por el Estado (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 21). Sin embargo, al señalar que “es muy poco probable”, las autoridades estadounidenses están reconociendo que podrían darse casos de aplicación de la FCPA aun cuando el Estado no ostente la mayoría de la propiedad de la misma. De hecho, en la práctica, existen casos en los sí ha aplicado la FCPA²⁸. Y es que la guía de aplicación de la FCPA recoge un listado de criterios a tener en cuenta para considerar a tales entes como estatales, y por tanto, a sus empleados como funcionarios públicos. Esos criterios incluyen, además del

²⁶ *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891.

²⁷ Las autoridades estadounidenses señalaron que tal definición podría trasladarse a la aplicación de la FCPA. OECD. Working Group on Bribery. 2002, p. 32).

²⁸ El Estado ostentaba sólo el 43% de la propiedad de la empresa. Sin embargo, las autoridades estadounidenses tuvieron en cuenta otros criterios: el Estado era un accionista especial, tenía derecho de veto y controlaba las decisiones más importantes de la empresa. Véase *U.S. vs. Alcatel-Lucent France, S.A, et al.*, Caso N.º 10-CR-20906, State Department of Florida, 27 de diciembre de 2010.

porcentaje de propiedad que ostente el Estado, el grado de control por el mismo, la finalidad del ente, el grado de financiación pública o la percepción de que la empresa está llevando a cabo funciones públicas (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 20).

Finalmente, dentro del concepto de funcionario extranjero tienen cabida los funcionarios de organizaciones internacionales públicas, así como cualquier otra persona que actúe para tal organización o en nombre de ella. Inicialmente, la FCPA sólo hacía referencia a los funcionarios extranjeros, pero la necesidad de adaptar la ley al Convenio de la OCDE de 1997 motivó la reforma de la ley en este sentido. A la vez que se hizo extensible la aplicación de la ley a estos funcionarios, se incorporó un concepto de *organización internacional pública*²⁹, que básicamente se remite al listado de organizaciones que aparecen señaladas en la *International Organizations and Immunities Act*³⁰. Sin embargo, ha sido el propio grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE el que ha criticado en sus evaluaciones esta definición señalando que es más restrictivo que su convenio, pues el convenio se refiere a cualquier organización internacional pública, mientras que en tal ley aparece sólo un listado, aunque amplio (OECD (*Working Group on Bribery*), 1999, p. 6).

²⁹ 78dd-1 (f) (1) (B): *Para fines del subpárrafo A), el término organización internacional pública significa: i) una organización designada por Orden del Ejecutivo conforme a la sección 1 de la Ley de Inmunidades de Organizaciones Internacionales (Sección 288, Título 22, Código de los EE. UU.); o ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por Orden del Ejecutivo para los fines de esta sección, con vigencia a la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.*

³⁰ *International Organizations and Immunities Act* de 1945, Pub. L. 79-291, 59 Stat. 669.

2. 2. 2. El pago de sobornos a partidos políticos

Tras el funcionario extranjero como posible receptor del soborno, la FCPA menciona a *cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato a un cargo político extranjero*. Son pocos los casos de aplicación de la ley a supuestos que impliquen a estas personas³¹. Sin embargo, debe valorarse positivamente esta disposición pues lo que hace aquí la ley es unir dos sectores que tradicionalmente han estado separados en los ordenamientos de nuestro entorno, pese a los vínculos evidentes: la corrupción y la financiación ilegal de partidos políticos (NIETO, MARTÍN, 2003, p. 11, OLAIZOLA NOGALES, passim).

2. 2. 3. Los intermediarios y el requisito del conocimiento

La FCPA incluye, en último término, dentro de las personas receptoras del pago ilícito, a *cualquier persona* siempre que se realice el pago *a sabiendas* de que se dedicará en todo o en parte a pagar sobornos a cualquiera de las personas mencionadas en los epígrafes anteriores.

³¹ Sin embargo, uno de los primeros casos de aplicación de la FCPA implicó, precisamente, a un partido político extranjero y al primer ministro del país, miembro de dicho partido. La empresa americana fletó un avión desde Nueva Zelanda a las Islas Cook con votantes para la re-elección del primer ministro, Sir Albert Henry, a cambio de la renovación de un contrato con el gobierno de las islas. Véase U.S. vs. Kenny International Corp. Caso N.º 79-CR-372, 2 de agosto de 1979.

En el comercio internacional es común el uso de intermediarios, personas conocedoras del medio que pueden poner en contacto al ejecutivo de la empresa con el servidor público que tiene facultad para entregarle un contrato o para influir en quien así puede hacerlo. Este apartado de la FCPA pretende, precisamente, evitar la impunidad de quien se vale de uno de estos intermediarios para su propósito ilícito. Para que se le pueda exigir responsabilidad, es necesario que actúe con conocimiento (*knowing*). Es la propia ley la que define que habrá de entenderse por tal. Así, se entenderá que una persona actúa a sabiendas con respecto a una circunstancia o un resultado si:

- i) *Esa persona es consciente de que se dedica a dicha conducta, que dicha conducta existe, o que es substancialmente cierto que dicho resultado vaya a ocurrir; o,*
- ii) *Esa persona cree firmemente que dicha circunstancia existe o que es substancialmente cierto que dicho resultado vaya a ocurrir [§78dd-1 (f) (2) (A), §78dd-2 (h) (3) (A) y §78dd-3 (f) (3) (A)].*

El requisito del conocimiento se entenderá cumplido *si una persona es consciente de que existe una gran probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a no ser que la persona crea realmente que dicha circunstancia no existe* [§78dd-1 (f) (2) (B), §78dd-2 (h) (3) (B) y §78dd-3 (f) (3) (B)].

Precisamente, el requisito del conocimiento es otro de los principales problemas que se plantea en la práctica al aplicar la FCPA; un problema que ha ido en aumento en los últimos años, pues cada vez son más los casos investigados por el DOJ y por

la SEC en los que estuvo presente un intermediario (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 3).

Para entender el significado del requisito del conocimiento es preciso remontarse a la aprobación de la FCPA en 1977. En su origen, la norma hablaba en este punto de *conocer o tener razones para conocer (knowing or having reason to know)* que el pago entregado al intermediario iba a utilizarse para sobornar. Es decir, se podría aplicar la ley a conductas tanto dolosas como imprudentes, pues se permitía el castigo aun cuando el sujeto no era consciente de que el pago iba a tener ese destino, siempre que tuviera razones para creerlo así³². Dada la incertidumbre que este segundo inciso (*reason to know*) planteaba a las empresas estadounidenses³³, la ley fue reformada en 1988, limitando los casos de infracción de la FCPA exclusivamente a aquellos supuestos en los que el sujeto tenía un conocimiento real de que el pago entregado al intermediario iba a ser empleado en todo o en parte como soborno para obtener o mantener un negocio. Sin embargo, la interpretación que el DOJ y la SEC han venido realizando en los últimos años del término *knowing* es muy amplia, por lo que se ha vuelto a algo similar a lo que existía antes de la reforma de 1988, ignorando así la razón de ser de tal reforma (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 3).

Los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son escasos.

³² Con todo, y a pesar de la redacción de la ley, en la práctica nunca se aplicó a una conducta imprudente. DEMING. 2005, pp.31-32.

³³ Se ha señalado incluso que esta incertidumbre llevó a las empresas del país a perder multitud de contratos que sí eran lícitos al no querer arriesgarse a una posible sanción por violación de la FCPA. Véase a WINER y HUSISIAN. 2009, p. 4.

Sin embargo, existe alguno y muy significativo, en el que se realiza una interpretación más restrictiva que la seguida por el DOJ y la SEC. Así, en el caso U.S. v. Kozeny *et al*³⁴, un jurado encontró culpable a Frederic Bourke pese a que no tenía un conocimiento real de que el pago entregado al intermediario, Viktor Kozeny, iba a ser empleado como soborno. No obstante, quedó probado que sí tenía conocimiento de la alta probabilidad de que eso ocurriera y, además, sabiendo esto, evitó conscientemente comprobar tal hecho (BIERBAUER, 2009, p. 13). Este pronunciamiento confirma que en ausencia de consentimiento real, no basta la mera negligencia o imprudencia en la omisión del conocimiento, sino que por un lado, se requiere ser consciente de la alta probabilidad de que el soborno se pague (no simplemente ser consciente de que puede ser pagado), y por otro, se requiere que la persona se haya abstenido conscientemente de investigar esas sospechas, no bastando el dato de que la persona pudiera haber hecho más por conocer (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 9).

Para prevenir situaciones en las que interviene un intermediario y que podrían derivar en responsabilidad de la persona que lo contrató por violación de las disposiciones anti-soborno de la FCPA, la guía de aplicación de la ley incluye un listado de *banderas rojas*, situaciones que deben hacer sospechar a una persona que el intermedio usará el dinero que se le ha entregado, en todo o en parte, para sobornar a un funcionario extranjero³⁵. Si

³⁴ U.S. vs. Kozeny y Bourke. Caso N.º 05-CR-518, SDNY. de 10 de julio de 2009..

³⁵ Por ejemplo, la solicitud de comisiones excesivas, contratos de consultoría en términos vagos, el intermediario está muy vinculado con el funcionario extranjero, el intermediario solicita que el dinero se le entregue en una cuenta en un paraíso fiscal, etc. Véase DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE

aun así, la persona sigue adelante, será responsable por violación de la FCPA.

2.3. Las conductas prohibidas

La FCPA prohíbe la oferta, el pago, la promesa de pago o la autorización de pago, ya sea de dinero ya de cualquier otra cosa de valor. Como puede observarse, se castiga tanto la conducta consumada como el mero intento. Así, la *oferta* no tiene porqué se aceptada por el funcionario extranjero para que se entienda cometido el delito (SALBU, 1997, p. 230).

Las conductas señaladas en el párrafo anterior deben estar orientadas a lograr, por un lado, un fin inmediato, y por otro, un fin mediato. Como finalidad inmediata, lo que la ley prohíbe es pretender una determinada actuación por parte del funcionario extranjero (fin inmediato). Son conductas que dentro de nuestra tradición jurídica podrían constituir delitos bien de cohecho (propio o impropio) bien de tráfico de influencias. En palabras literales, se castigan esos pagos cuando tengan por objeto:

“A) i) influir cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omite algún acto en infracción de su deber legítimo, o iii) obtener ventaja indebida³⁶, o;

COMMISSION. 2012, p. 23.

³⁶ El último inciso *obtener una ventaja indebida* fue añadido en la reforma de 1998, a fin de dar cumplimiento a las exigencias del Convenio OCDE.

B) inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar a un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él” [§78dd-1 (a), §78dd-2 (a) y §78dd-3 (a)].

Esas conductas deben orientarse a una finalidad mediata. Así, en último término, lo que se exige es que el soborno pretenda ayudar a la persona que lo ofrece, entrega, promete o autoriza a *obtener o retener algún negocio o encaminar algún negocio hacia alguna persona*. Esto es lo que se conoce como el *business nexus requirement*. Debe probarse, por tanto, para entender infringida la FCPA, el vínculo entre el soborno y la obtención o mantenimiento del negocio.

Este requisito se ha interpretado de manera amplia por la jurisprudencia estadounidense, dando como resultado que prácticamente cualquier situación pueda tener cabida dentro de la FCPA (CRITES, 2012, p. 1055). El principal problema se ha planteado en relación con la consideración o no como delictiva de la entrega de un pago ilícito para obtener una reducción o supresión de los impuestos aduaneros. Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito en el caso U.S. vs. Kay³⁷, señalando que este tipo de conductas sí podrían (aunque no siempre) caer bajo el ámbito de aplicación de la FCPA si tal reducción de impuestos efectivamente sirvió para conseguir o

³⁷ Caso U.S. vs. Kay, 359 F.3d 738, 5th Cr., 2004. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en el Caso U.S. vs. Kay, 513 F.3d 432, 2007, U.S. App. En dicho caso, los acusados, David Kay y Douglas Murphy, directivos de American Rice, Inc. (ARI), empresa estadounidense con sede en Texas, orquestaron la entrega de pagos ilícitos a funcionarios de Haití para reducir impuestos aduaneros.

mantener un negocio³⁸. Con todo, reconoció el tribunal que la expresión *obtener o mantener un negocio* no era muy precisa. Por ello, para interpretarla hizo uso de los antecedentes legislativos de la FCPA. Y así, a su entender, cuando el Congreso aprobó la ley, dado el acuciante problema del pago de sobornos en el comercio internacional, se quería prohibir una variedad de pagos tal que no se limitara a aquéllos que directamente ocasionan la obtención o mantenimiento de un negocio, sino también incluyera a aquéllos que lo hacen indirectamente³⁹. Esta interpretación extensiva en el caso Kay ha servido a los organismos encargados de aplicar la FCPA para aumentar notablemente el número de investigaciones y denuncias⁴⁰.

Finalmente, señala la FCPA que la conducta debe realizarse *corruptly*. La ley no define lo que ha de entenderse por tal, ni si siquiera tras las dos modificaciones sufridas. Sin embargo, se pronunció al respecto el Congreso durante los trámites de adopción de la misma. Así, deberá entenderse que se actúa

³⁸ Contradecía así lo dicho por el Tribunal de Distrito, el cual había considerado que este tipo de pagos no son aquéllos que quiere prohibir la FCPA. El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito manifestó, no obstante, que las reducciones de impuestos aduaneros que no den como resultado la obtención o mantenimiento de un contrato, sino, simplemente, un aumento de un beneficio ya existente, no dan lugar a la violación de la FCPA.

³⁹ Críticamente con este razonamiento, entendiendo que si esa hubiera sido la intención del Legislador, podía haberlo dejado claro en las reformas de 1988 y 1998 y, sin embargo, no lo hizo. GEORGIS. 2012, p. 264

⁴⁰ Por ello, hace una crítica. KOEHLER. 2010, p. 394. Satisfecho, sin embargo, con tal interpretación, se muestra el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. OECD. Working Group on Bribery. 2010, p. 7.

corruptamente cuando se pretende que el funcionario extranjero abuse de su cargo oficial, por ejemplo, facilitando un negocio al pagador del soborno, modificando una ley para que le sea más favorable o absteniéndose de realizar sus funciones oficiales (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 14). Así lo ha entendido también la jurisprudencia. En el caso U.S. v. Liebo, el tribunal señaló que un acto se realiza corruptamente si se hace *voluntaria e intencionadamente*, y con *el mal propósito de inducir al receptor a abusar de su posición oficial o a influir sobre alguien para que así lo haga*, y también cuando se hace *voluntaria e intencionadamente*, y con *el mal propósito de lograr un fin o resultado ilegal, o un fin o resultado legal utilizando métodos o medios ilegales*⁴¹. El último inciso deja pues la puerta abierta al castigo de esos pagos ilícitos que están destinados a lograr un tratamiento justo al que el pagador realmente tenía derecho (KLaw, 2012, p. 328).

2. 4. Objeto material

El soborno puede consistir en una cantidad en dinero o en cualquier otra cosa de valor. Esta última expresión parece sugerir que únicamente aquello que es susceptible de valoración económica puede ser objeto material del delito. Sin embargo, las autoridades estadounidenses han señalado ante el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE que también tienen cabida otros beneficios intangibles, como lo tienen cuando de cohecho de funcionarios nacionales se trata. OECD. *Working Group on Bribery*. 1999, p. 21⁴².

⁴¹ Caso U.S. vs. Liebo 923 F.2d 1308, 8th Cir., 1991.

⁴² Téngase en cuenta que el art. 1.1 del Convenio OCDE de 1997 habla de beneficio indebido *pecuniario o de otra clase*.

Pese a que en la mayoría de los casos existentes, el soborno consiste en dinero, se pueden citar algunos ejemplos de *otras cosas de valor*, como alquilar un avión⁴³, regalar dos billetes de avión para una luna de miel en París⁴⁴, pagar la cuota de socio de un club social, alquilar una limusina, o pagar facturas de teléfono⁴⁵.

La cuantía del soborno es irrelevante a efectos de aplicar la FCPA, pues no existe una cifra por debajo de la cual la conducta no se considere delictiva, siempre que se tenga la intención de corromper (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 15).

2. 5. La atipicidad de los pagos de facilitación

La FCPA no considera delictivos los pagos de facilitación o de engrase; denominados en la ley *actos gubernamentales de rutina* [§78dd-1 (b), §78dd-2 (b) y §78dd-3 (b)]. Concepto flexible donde los haya, estamos, en general, ante pequeños sobornos que se entregan a funcionarios públicos para alentarles a llevar a cabo un acto rutinario que no implique discrecionalidad (CLEVELAND, 2009, p. 221). Consciente de las dudas que siempre han girado en torno a la definición o los límites de estos pagos, el Congreso norteamericano intentó poner remedio a la situación reformando la ley en 1988 para aclarar qué debía entenderse por tales. Así, la expresión *acto gubernamental de rutina* significa:

⁴³ Caso U.S. vs. KENNY INTERNATIONAL CORP.

⁴⁴ Caso U.S. vs. LIEBO

⁴⁵ Caso U.S. vs. ABB VETCO GRAY

solamente una acción que de ordinario y por lo común la desempeña el funcionario extranjero para:

- i) obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para que una persona pueda realizar actividades comerciales en un país extranjero;*
- ii) tramitar documentos gubernamentales, como visas y órdenes de trabajo;*
- iii) proporcionar protección policial, recolección y entrega de correspondencia o programación de inspecciones relacionadas con el desempeño contractual o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país;*
- iv) proporcionar servicios de teléfono, energía y agua; servicios de carga y descarga; protección de productos o artículos perecederos contra el deterioro; o,*
- v) realizar acciones de índole similar [§78dd-1 (f) (3), §78dd-2 (h) (4) y §78dd-3 (f) (4)].*

En ningún caso entrarán dentro de este concepto las decisiones de un funcionario extranjero que impliquen adjudicar o mantener negocios.

Pese a estas aclaraciones realizadas por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* en 1988, el concepto sigue generando numerosas dudas a las multinacionales estadounidenses, quienes han demandado más explicaciones respecto del concepto de acto gubernamental de rutina. OECD. *Working Group on Bribery*. 2010, p. 25.

A esta falta de claridad hay que unir las críticas realizadas por el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE en sus sucesivas evaluaciones a la legislación estadounidense. El Convenio de la

OCDE de 1997 excluía del ámbito de lo punible los pequeños pagos de facilitación, por entender que no constituían pagos realizados *para obtener o conservar un negocio u otra ventaja indebida*, como demanda el artículo 1 del texto⁴⁶. Sin embargo, los pagos de facilitación siempre han sido objeto de polémica, y son varios los trabajos que recogen sus corrosivos efectos y que abogan, por tanto, por su prohibición⁴⁷. Uniéndose a estos postulados, la OCDE cambió su postura en 2009 con la adopción de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales⁴⁸. A partir de ese momento, comenzó a solicitar a los Estados parte en el Convenio de 1997, entre ellos, Estados Unidos, la prohibición de estos pagos, con independencia de la cuantía.

En las primeras evaluaciones que la OCDE realizó a la FCPA se limitó a recomendar que la excepción prevista para los pagos de facilitación se refiriera de algún modo a la cuantía, pues según la ley, cualquier pago de facilitación es atípico con independencia del importe, contraviniendo así el mandato inicial del Convenio OCDE (OECD, *Working Group on Bribery*, 1999, p. 22; OECD, *Working Group on Bribery*, 2002, p. 34). Las evaluaciones

⁴⁶ *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adoptados por la Conferencia Negociadora, el 21 de noviembre de 1997. Véanse Comentarios N.º 9, disponibles en la siguiente página web: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (última consulta el 22.2.2018).

⁴⁷ Véase, entre otros, el clásico trabajo de ROSE ACKERMAN. 2001, pp. 21-22. Véase también, ARGANDOÑA. 2005, pp. 251-264. Entre los estudios más recientes, véase a WRAGE. 2015 y CHÈNE. 2013.

⁴⁸ C (2009) 64, de 26 de noviembre de 2009.

realizadas al país, tras la adopción de la recomendación de 2009 reclaman, sin embargo, que se revise toda su política respecto de los pagos de facilitación para hacerlos caer dentro del ámbito de aplicación de la FCPA (OECD, *Working Group on Bribery*, 2010, p. 25)⁴⁹. Es decir, ya no solo deberían castigarse los pagos de facilitación que no fueran pequeños, sino todos. Además, Estados Unidos debería prohibir la deducción fiscal de los mismos, que sí se permite en el momento actual al ser considerados pagos lícitos (OECD, *Working Group on Bribery*, 2012, pp. 17-18). Téngase en cuenta que el Convenio OCDE exige la supresión de cualquier tipo de beneficio fiscal para cualquier pago que constituya soborno⁵⁰.

En último término, y aunque estos pagos estén excluidos de la aplicación de la FCPA, las empresas estadounidenses deben ser conscientes de que son delictivos en muchos países como cohecho de funcionarios nacionales. Además, existen otras normas anti-corrupción que los consideran delictivos en el comercio internacional como cohecho de funcionarios extranjeros. Tal es el caso de la *Bribery Act* adoptada por Reino Unido el 8 de abril de 2010, a la cual pueden verse sometidas las empresas estadounidenses pues también se aplica a empresas extranjeras que operan en el país, como hace la propia FCPA.

⁴⁹ Sin embargo, y tras diversas discusiones, la posición de EE.UU. sigue siendo la misma. Véase OECD. *Working Group on Bribery*. 2012, p. 7.

⁵⁰ El Convenio incorporó la Recomendación sobre la Deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, de 11 de abril de 1996, C (96) 27.

2. 6. Sobornos justificados

De acuerdo con el texto de la FCPA, existen dos supuestos en los que la entrega de un soborno está permitida y, por lo tanto, no dará lugar a responsabilidad. En primer lugar, no habrá delito si el pago es legal bajo las leyes escritas del país del funcionario [§78dd-1 (c) (1), §78dd-2 (c) (1) y §78dd-3 (c) (1)]⁵¹. Añadida en la reforma de 1988, esta *defensa afirmativa* pretendía hacer frente a las críticas que la FCPA había recibido porque parecía preferir exportar la cultura norteamericana antes que sus productos (SHEAHEN, 2010, p. 7). Con todo, no es frecuente que un país reconozca en una ley escrita que la recepción de un soborno está permitida. Todo lo más, será así en la costumbre, pero una norma consuetudinaria no entra dentro de la causa de defensa mencionada. Además, no es suficiente la ausencia de prohibición del soborno, sino que se necesita que expresamente se permita (TRAUTMAN y ALTENBAUMER-PRICE, 2011, p. 157). En consecuencia, son muy pocos los supuestos en los que realmente podría aplicarse esta disposición de la FCPA (TAYLOR, 2001, p. 876)⁵².

⁵¹ Esta circunstancia también se prevé como supuesto justificado en los Comentarios al Convenio OCDE. Véase Comentario N.º 8.

⁵² Esta causa de defensa trató de hacerse valer en el citado caso U.S. vs. Kozeny. En el mismo, la defensa de Bourke alegó que bajo la ley Azerí, una persona que ha entregado un soborno está exenta de responsabilidad penal, si se lo comunica al gobierno. Así lo hizo Bourke, como quedó acreditado a través de diversos testigos. Sin embargo, el tribunal entendió que para aplicar la causa de justificación, el pago debe ser legal en sí mismo, y en este supuesto, el pago era ilegal, aunque la persona que lo entregó estuviera exenta de responsabilidad penal por otros motivos.

En segundo lugar, no habrá delito si el pago constituye un *gasto razonable y de buena fe, como gastos de viaje y alojamiento* siempre que estén directamente relacionados con la *promoción, demostración o explicación de productos o servicios; o la ejecución o realización de un contrato con un gobierno extranjero u organismos del mismo* [§78dd-1 (c) (2), §78dd-2 (c) (2) y §78dd-3 (c) (2)]. Esta circunstancia fue añadida también en 1988 para permitir a las empresas promocionar legalmente sus productos en mercados internacionales (SHEAHEN. 2010, p. 18), pero estamos, sin duda, ante un aspecto controvertido de la FCPA pues, recuérdese, la ley exige que el pago se realice corruptly, y, sin embargo, ha entendido el DOJ que en estos pagos razonables y de buena de fe no hay intención corrupta (OECD. *Working Group on Bribery*. 2002, p. 35). Luego no estaríamos ante una causa de defensa porque ni siquiera se cumplirían todos los elementos que requiere la conducta típica (faltaría el actuar corruptamente).

La problemática en torno a esta defensa afirmativa se agrava por el hecho de que este tipo de gastos (viajes, alojamientos, manutención durante la estancia, etc.) son muy comunes en el comercio internacional (WESTBROOK. 2011, p. 544). Siendo consciente de la frecuencia con que las empresas pueden realizar gastos de este tipo, y para que no quede lugar a dudas, el DOJ se ha pronunciado en diversas ocasiones, señalando que no constituyen una violación de la FCPA los gastos destinados a pagar viajes para visitar las instalaciones de la empresa, para recibir formación o para realizar actividades de demostración o promoción de productos, incluyendo viajes para acudir a reuniones (DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2012, p. 24). Asimismo, la guía de aplicación práctica proporciona una lista de ejemplos para que las empresas puedan evaluar si están ante un *gasto razonable y de*

buena fe, por ejemplo, que la empresa no selecciona al funcionario extranjero que participará en el viaje, que pague directamente a la agencia de viajes y no al funcionario, que no adelante fondos al funcionario o le reembolse gastos en metálico, que tales gastos estén reflejados fielmente en la contabilidad de la empresa, que obtengan confirmación por escrito de que el pago no es contrario a las leyes del país del funcionario, etc. (Ibíd, p. 24).

2.7. Sanciones

La seriedad con la que Estados Unidos se ha tomado la lucha contra la corrupción transnacional desde finales de los setenta requiere también seriedad en las sanciones. Las penas que se pueden imponer por violación de las normas anti-soborno de la FCPA ascienden hasta dos millones de dólares de multa para las personas jurídicas, y hasta 100.000 dólares y prisión de hasta cinco años para las personas físicas [§78dd-2 (g) y §78dd-3 (e)]⁵³. Además, de acuerdo con la *Alternative Fines Act*, las penas de multa pueden ser mayores, llegándose hasta el doble de la ganancia o pérdida⁵⁴, entendiéndose por tal bien el montante del soborno, bien los beneficios obtenidos si pueden calcularse (OECD. *Working Group on Bribery*. 2010, p. 39).

⁵³ La ley prohíbe que las multas a personas físicas sean pagadas por la empresa.

⁵⁴ 18 U.S.C. § 3571 (d).

Comentarios

La *Foreign Corrupt Practices Act* ha convertido a Estados Unidos en un referente mundial en la lucha contra la corrupción transnacional. Durante sus casi cuarenta años de vigencia ha influido en los convenios internacionales en materia de corrupción, así como en las legislaciones de multitud de Estados. No hay que olvidar que, en 1977, Estados Unidos era el único país que sancionaba las conductas de soborno transnacional. Hoy, en 2018, más de cuarenta países son parte en el Convenio OCDE de 1997, criminalizando en sus ordenamientos jurídicos la corrupción transnacional. A ese listado hay que añadir países de todo el globo, en especial, un amplio número de países latinoamericanos, que también han incluido la corrupción transnacional en sus códigos penales por exigencia, primero, de la Convención interamericana contra la corrupción de 1996, y después, de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003; también otros países europeos que aún no forman parte de la OCDE pero que se encuentran vinculados en esta materia por varios instrumentos legales internacionales.

La importancia de la *Foreign Corrupt Practices Act* es tal que no es exagerado afirmar que toda la política criminal actual contra la corrupción hunde sus raíces en ella, pues fue ella la que hizo tomar conciencia de que la lesividad de la corrupción va mucho más allá del mero ataque a la Administración Pública, desplegando sus efectos en el ámbito político, económico y de los derechos fundamentales; la que hizo reflexionar a los Estados sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que poco a poco va incorporándose a cada vez más ordenamientos jurídicos y es imprescindible para luchar contra la delincuencia económica, y la que abogó por una aplicación extraterritorial de la ley penal

en esta materia, habida cuenta de que las iniciativas unilaterales tienen poco que hacer ante una corrupción globalizada (NIETO Martín. 2013, pp. 194-196).

Es cierto que en sus primeros años de vigencia, apenas tuvo aplicación práctica⁵⁵, menos aún con la reinstauración de la *realpolitik* durante los gobiernos republicanos, pero tras la llegada de los demócratas al poder en 1993, se dio un impulso a la aplicación de la ley que llega hasta el día de hoy. Basta ver las cifras de Transparencia Internacional para comprobar la magnitud de su aplicación (HEIMANN et al, 2014, especialmente en p. 7). La aprobación de la *Sarbanes Oxley Act* en 2002⁵⁶, el uso de los *Non Prosecution Agreements* (NPD) y de los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), el aumento de recursos y la mayor cooperación internacional han contribuido a este aumento de su aplicación (ASHCROFT y RATCLIFFE. 2012, pp. 25-38).

Pese a lo señalado, no es oro todo lo que reluce. En efecto, las cifras señalan que la aplicación de la FCPA ha aumentado, pero los expertos demandan datos más fiables pues, en ocasiones, un mismo caso de soborno transnacional puede aparecer registrado

⁵⁵ Por razones de espacio, no se ha abordado en este trabajo la aplicación de la ley. Son numerosos los trabajos que existen a este respecto. Véase, entre otros, WESTBROOK. 2011, pp. 489-577; WILLBORN. 2013, pp. 422-452.

⁵⁶ Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745. La ley obliga a las empresas a mantener controles internos para detectar comportamientos irregulares en su interior y a denunciar esas posibles irregularidades, de ahí que muchos casos de violación de la FCPA salgan a la luz no por una investigación de las autoridades, sino por investigaciones internas de las propias empresas.

por duplicado, triplicado o más, en las estadísticas⁵⁷. A la vez, el uso extendido de los mencionados NPD y DPA, como se ha señalado, ha recibido muchas críticas por reducir las garantías de los implicados, quienes se avienen a pagar millonarias multas con el fin de evitar un procedimiento judicial⁵⁸.

El abuso de estos acuerdos lleva a que haya pocos pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunos puntos conflictivos de la ley. Es por ello que urge, por un lado, hacer un uso razonable de estos acuerdos, y por otro, aclarar conceptos ambiguos de la ley como el de territorio o el de empresa estatal, a la vez que es indispensable aclarar el requisito el conocimiento y las causas de atipicidad y de defensa.

En último término, podemos preguntarnos si la FCPA es eficaz, es decir, si ha cumplido con el objetivo de eliminar o, al menos, reducir las conductas de soborno a funcionarios públicos extranjeros. La respuesta, pese a lo señalado al comienzo de estas conclusiones, no es sencilla. Así, por un lado, podría pensarse que sí, dado el elevado número de sanciones por violación de sus disposiciones. Sin embargo, precisamente este dato denota que son aún muchas las empresas estadounidenses que se valen del soborno para conquistar cuotas de mercado en otros países. En este sentido, podría afirmarse que la FCPA no ha logrado su objetivo original. Con todo, el Índice de Fuentes de Soborno de

⁵⁷ Así sucede si en un mismo caso, se aplican sanciones a personas físicas y a personas jurídicas, sanciones por violación de las normas sobre contabilidad, sanciones por violación de las normas anti-soborno, y sanciones penales y civiles.

⁵⁸ Véase ampliamente sobre el problema de las estadísticas y de los NPA y DPA en KOEHLER. 2014, pp. 961-1094.

2011 (último publicado)⁵⁹, que clasifica a los principales países exportadores en función de la propensión de sus empresas a pagar sobornos en el extranjero, ubica a Estados Unidos en el puesto 10 de 28, con una nota de 8'1. En 1999, primer año en el que se elaboró este índice, Estados Unidos obtuvo una nota de 6'2 y se colocó en el 9 de 19. En 2002, su nota fue aún peor, un 5'3, y el puesto 13 de 21. La ubicación de Estados Unidos en el índice de 2011 denota que, al menos, la percepción que tienen en otros países sobre la propensión de las empresas estadounidenses a corromper es menor. Por tanto, teniendo en consideración estos datos, sí podría afirmarse la eficacia de la FCPA, al menos parcialmente.

En conclusión, la FCPA debe ser un ejemplo para el resto de Estados en lo relativo a la persecución de la corrupción transnacional. Se necesitan leyes similares en otros países, pero, sobre todo, se necesita toma de conciencia sobre el tema, voluntad política de aplicarlas, pese a que un gobierno pueda ser tachado de antipatriota, y aplicación real de las mismas, para lo cual es indispensable dotar de recursos materiales y humanos a las autoridades encargadas de perseguir la corrupción. Finalmente, dado que la corrupción transnacional es un problema global, es imprescindible la cooperación policial y judicial de todos los Estados. Lo contrario significará ser cómplice de la corrupción y de sus devastadores efectos sobre los sistemas políticos y económicos, y sobre los derechos fundamentales.

⁵⁹ Elaborado por Transparencia Internacional, la ONG mundial más significativa en la lucha contra la corrupción. Todos sus informes y publicaciones están disponibles en la siguiente página web: <https://www.transparency.org/> (última consulta el 22.2.2018).

BIBLIOGRAFÍA

- ARGANDOÑA, ANTONIO. “Corruption and Companies: The Case of Facilitating Payments”. *Journal of Business Ethics*. N.º 60, 2005. documento electrónico
- ASHCROFT, JOHN, y RATCLIFFE, JOHN. “The Recent and Unusual Evolution of the Expanding FCPA”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*. 26:1, 2012. documento electrónico.
- BIERBAUER, ERIK. “United States v. Bourke: Red Flags and the Perils of Conscious Avoidance”, *White-Collar Crime*. 24:1, 2009. documento electrónico
- CHÊNE, MARIE. *Evidence of the Impact of Facilitating Payments*. Transparency International, 2013. documento electrónico
- CLEVELAND, MARGOT, et al. “Trend in the International Fight against Bribery and Corruption”. *Journal of Business Ethics*. N.º 90, 2009. documento electrónico

- CRITES, MICHAEL.** “The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner’s Guide”. *Ohio Law Journal*. 73:5, 2012. documento electrónico
- DARROUGH, MASAKO N.** “The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience”. *Journal of Business Ethics*. N.º 93, 2010. documento electrónico
- DEMING, STUART H.** “The Potent and Broad-Ranging Implications of the Accounting and Record-Keeping Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 96-2, 2006.
- DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION.** *A Resource Guide to de U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. documento electrónico
- ELDRIGE, PRESTON T.** “Without Bounds: Navigating Corporate Compliance Through Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Arkansas Law Review*. N.º 66, 2013. documento electrónico.
- GEORGIS, PETE J.** “Settling With Your Hands Tied: Why Judicial Intervention is Needed to Curb an Expanding Interpretation of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Golden Gate University Law Review*. 42:2, 2012. documento electrónico
- HEIMANN, FRITZ et al.** “Exporting Corruption: Progress Report 2014: Assessing Enforcement of the OECD”, *Convention on Combating Foreign Bribery*. Transparency International, 2014. documento electrónico

HENNING, PETER J. “Be Careful What You Wish For: Thoughts on a Compliance Defense Under the Foreign Corrupt Practices Act”. *Ohio State Law Journal*. 73-5, 2012.

HUBER, BARBARA. “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Revista Penal*. N.º 11, 2003.

KLAW, BRUCE W. “A New Strategy for Preventing Bribery and Extortion in International Business Transactions”. *Harvard Journal on Legislation*. 49-2, 2012. documento electrónico

KOCHI, SHIGERU. “Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las relaciones internacionales”, *América Latina Hoy*. N.º 31, 2002.

KOEHLER, MIKE. “A Foreign Corrupt Practices Act Narrative”. *Michigan State International Law Review*. N.º 22, 2014. documento electrónico

_____. “The Foreign Corrupt Practices Act in the Ultimate Year of Its Decade of Resurgence”. *Indiana Law Review*. N.º 43, 2010. documento electrónico

_____. “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Ohio State Law Journal*. 73-5, 2012. documento electrónico

NIETO MARTÍN, ADÁN. “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*. N.º 12, 2003.

- _____. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.
- OECD. *Working Group on Bribery. Phase 3, Report on Implementing the OCDE Anti-Bribery Convention in the United States*. 2010. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery. Report on Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combatting Bribery in International Business Transactions*. 2002. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. 1999. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery, United States: Follow-up to the Phase 3, Report & Recommendations*. 2012. documento electrónico
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- PIETH, Mark. “International Efforts to Combat Corruption”, en ALVAZZI DEL FRATE, Anna, y PASQUA, Giovanni (ed.). *Responding to the Challenges of Corruption*. Roma-Milán, UNICRI – ISPAC – CNPDS, 2000.

RATCLIFFE, Rachel. *The FCPA's Legacy: A Case for Imposing Aiding-and-Abetting Liability on Corporations Through an Amended Alien Tort Claims Act*. Texas International Law Journal. 49-83, 2014. documento electrónico

ROSE ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

SALBU, Steven R. *Bribery in the Global Market: A Critical Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act*. Washington and Lee Law Review. 54-1, 1997. documento electrónico

SHEAHEN, Kyle P. *I'm Not Going to Disneyland: Illusory Affirmative Defenses Under the Foreign Corrupt Practices Act*. Wiscosin International Law Journal. N.º 28, 2010. documento electrónico

TARUN, Robert W. *Basics of the Foreign Corrupt Practices Act. What Every General Counsel, Transactional Lawyer, and White Collar Criminal Lawyer Should Know*. Chicago, Latham & Watkins, 2006.

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA LA
RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN AMÉRICA LATINA
Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA EN ECUADOR

**LA EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO HERRAMIENTA PARA LA
RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN AMÉRICA LATINA
Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA EN ECUADOR¹**

ANA CARRILLO DEL TESO²
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

RESUMEN

Una de las principales estrategias político-criminales en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado en los últimos años es la recuperación de activos, impulsada a nivel internacional por las Naciones Unidas. Se trata de propender a disminuir la delincuencia con ánimo de lucro, evitando que los autores y su entorno puedan disfrutar de ganancias, obtenidas mediante el delito y que éstas puedan financiar posteriores actividades ilícitas, pero también se trata de restablecer el orden patrimonial lícito. Para este trabajo, incidiremos en las vías para la recuperación, para luego abordar el desarrollo que ha tenido en América Latina, especialmente en el caso del decomiso sin condena y la extinción de dominio -expresión extendida en los países hispanohablantes-, destacando el papel de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra

¹ Artículo presentado por el autor el 12 de marzo de 2019 y aprobado el 31 de mayo de 2019.

² Doctora por la Universidad de Salamanca. <https://orcid.org/0000-0002-1245-2499>

la Droga y el Delito. Por último, analizaremos someramente el Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, presentado por el Fiscal General del Estado en diciembre de 2017.

PALABRAS CLAVE

Corrupción, crimen organizado, decomiso, extinción de dominio, cooperación internacional

ABSTRACT

One of the main criminal political strategies in the fight against corruption and organized crime in the past years is assets recovery, promoted internationally by the United Nations Organization. Its purpose is to discourage crime with greed for profit preventing the authors and their relatives and close associates from enjoying proceeds of crime, and its subsequent investment in illegal activities; but also assets recovery or asset recovery policies seek to restore the lawful patrimonial system. First, we will outline some of its main features, focusing on the way to promote recovery policies, then we will address its development in Latin America, especially in the case of confiscation without conviction and extinction of domain (highlighting the role of the Model Law on Extinction of Domain prepared by the United Nations Office on Drugs and Crime). Finally, we will briefly analyze the Draft Organic Law on Extinction of Domain proposed by the Attorney General of the State in December 2017.

KEY WORDS

Corruption, organized crime, forfeiture, extinction of domain, international cooperation

LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS: LÍNEAS GENERALES Y VÍAS LEGALES

La recuperación de activos derivados de la corrupción y el crimen organizado se trata de una de las principales políticas criminales contra los fenómenos que más preocupan a la Comunidad Internacional. Para su análisis no podemos desconocer las iniciativas que se han llevado a cabo para la neutralización de las ganancias que produce la delincuencia con ánimo de lucro, la delincuencia *del beneficio*³. La expresión *recuperación de activos* se ha extendido y popularizado en los últimos quince años gracias a la acción de Naciones Unidas, que marcó un hito al dedicar todo un capítulo de la Convención contra la Corrupción de 2003 a esta materia, primera vez en la que se trataba integralmente y en profundidad. La corrupción, como dice Malem SEÑA:

... puede considerarse un fenómeno universal, ya que atraviesa todas las épocas; se manifiesta en todas las zonas del mundo, no ha habido ningún Estado carente de corrupción a algún nivel; afecta a todos los sistemas políticos, en mayor o menor medida; y toda acción humana se puede ver involucrada, sea

³ Expresión tomada de MENDITTO, FRANCESCO. “Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità ‘da profitto’ (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa”, *Diritto Penale Contemporaneo*. N.º 2, febbraio, 2015. También en ZUFFADA, EDOARDO. “Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di ‘coletto bianco pericoloso’: il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto”. *Diritto Penale Contemporaneo*. N.º 27, Giugno, 2016.

*pública o privada, profesional o amateur, individual o colectiva*⁴.

La Convención parte de que los motivos para actuar contra la corrupción son hondos y de gravedad⁵: el desvío ilícito de fondos del Estado socava servicios fundamentales⁶ como salud, educación, transporte público o seguridad, lo que afecta especialmente a las personas de pocos recursos. A nivel *micro* supone un coste extra para el ciudadano de a pie, que tiene que pagar un coste extra para la realización de trámites básicos ante la Administración Pública; pero también los solicitantes de licencias se acostumbran a pagar este extra, por no hablar de los sobrecostes en las licitaciones públicas. A nivel *macro* se reducen las inversiones, o incluso se produce un efecto *desinversión*, ya que las empresas no están dispuestas a invertir donde existen *cargas impositivas adicionales*, y de este modo se rompe la legítima competencia económica, distorsionando el crecimiento económico e incrementando las desigualdades⁷. A largo plazo, la

⁴ MALEM SEÑA, JORGE FRANCISCO. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 41.

⁵ UNODC. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2.ª ed. Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2012, IV-V.

⁶ REINIKKA, et al. "How Corruption Affects Service Delivery and What Can Be Done About It", en ROSE-ACKERMAN, S. (ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 441 y ss.

⁷ Véase ROSE-ACKERMAN, SUSAN.; PALIFK, BONNIE J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2.ª ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 51 y ss. Un resumen de los estudios al respecto en SALINAS JIMÉNEZ, JAVIER, y SALINAS JIMÉNEZ, MARÍA DEL MAR. "Causas y efectos económicos de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, FERNANDO

corrupción produce polarización social, afección de los derechos humanos, prácticas antidemocráticas, sumado a que la sospecha pública generalizada de que existe una corrupción estructural en el sistema menoscaba la legitimidad del gobierno y el Estado de Derecho.

Hablando de corrupción, parece especialmente necesario que los beneficios que se hayan obtenido de estas prácticas sean sustraídos de manos de los autores y reviertan en la sociedad⁸. Por ello, cuando hablamos de recuperación de activos *stricto sensu*, hacemos referencia a la repatriación de fondos de un país expoliados por la corrupción a gran escala, tendencialmente un país en vías de desarrollo que requiere de la colaboración de otro Estado (normalmente desarrollado), donde se encuentran estos fondos⁹. Ahora bien, el uso ha hecho que la expresión se extienda a toda privación del producto obtenido del delito y su posterior asignación al Estado a través de diferentes formas de decomiso y confiscación¹⁰, acción que se venía desarrollando desde hace

(coords.). *Corrupción y desarrollo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 23-44.

⁸ La falta de recuperación de activos de la corrupción aparece como una de las causas favorecedoras de estas prácticas. MALEM SEÑA, JORGE señala que: *Si el beneficio es alto y la condena es baja, el cálculo de utilidades concluirá en una decidida apuesta por las prácticas corruptas*. MALEM SEÑA, JORGE FRANCISCO. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. *op. cit.*, p. 49

⁹ JORGE, GUILLERMO. "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", en JORGE, GUILLERMO. (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008, XV.

¹⁰ Así sucede en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal, 10/1995, de 23 de noviembre, (BOE N.º 77, de 31 de marzo de 2015) en España, la cual comienza el punto VIII afirmando que: *La*

tiempo en relación con formas de criminalidad organizada, especialmente el narcotráfico o asociaciones de corte mafioso¹¹.

Los datos tímidamente avalan la importancia de este enfoque: según StAR —iniciativa conjunta de Naciones Unidas y el Banco Mundial para la recuperación de activos— entre 1995 y 2010 se recuperaron aproximadamente 5.000 millones de dólares. Entre 2010 y 2012 se congelaron fondos por un valor estimado de 1.390 millones de dólares, y se devolvieron 147,2 millones. Aunque son datos positivos, las cifras no se acercan a las cantidades que se estima que han sido sustraídas sólo de países en vías de desarrollo: entre 20.000 y 40.000 millones de dólares, según los cálculos más comedidos, lo que supondría entre un 20 y un 40% de las ayudas oficiales al desarrollo. Otras estimaciones, sin embargo, hablan de entre 500.000 y 800.000 millones de dólares¹². En todo caso, es necesaria

regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos". Igualmente, se ha extendido en la doctrina, por ej., FRAGO AMADA, JUAN ANTONIO afirma que: *La recuperación de activos descapitalizados en las insolvencias concursales, con especial referencia a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica.* FRAGO AMADA, JUAN ANTONIO. "La Ley Penal", en *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. Ed. Wolters Reuters, N.º 124, 2017.

¹¹ Sobre la relación de estos fenómenos delictivos, véase CARPIO BRIZ, DAVID. "Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia organizada en el contexto de la corrupción pública y su tratamiento jurisprudencial", en QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., y SANTANA VEGA, DULCE MARÍA (dirs.). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 173 y ss.

¹² GRAY, L., et al. *Few and Far. The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington, International Bank for Reconstruction and Development

una actualización de los datos para evaluar correctamente el progreso de esta estrategia.

Ya ha habido algunos casos exitosos. Por ejemplo, Filipinas ha recuperado más de mil millones de dólares detraídos por Ferdinand Marcos, que se hallaban en Suiza¹³. También Perú, con la colaboración de Suiza, las Islas Caimán y Estados Unidos, entre otros, ha recuperado más de 174 millones de dólares del caso de Vladimiro Montesinos¹⁴. Nigeria, por su parte, contó con la colaboración de Suiza para la repatriación de 700 millones detraídos por Sani Abacha¹⁵. En el caso de Angola, Suiza les devolvió 64 millones de dólares que se usaron con fines sociales como desarrollo agrícola, estructura hospitalaria, suministros de agua o retirada de minas antipersona, además para el fortalecimiento de su sistema legal.

(BIRF), 2014, pp. 1-2.

¹³ Véase MARCELO, Simeon V. "The Long Road from Zurich to Manila: the Recovery of the Marcos Swiss Dollar Deposits", en Pieth, Mark (ED.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, pp. 89-110; SALVIONI, SERGIO. "Recovering the Proceeds of Corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines", en Pieth, Mark (ED.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, pp. 79-88.

¹⁴ Desarrollado en JORGE, GUILLERMO. "La experiencia de Perú: el caso 'Fujimori-Montesinos'", en JORGE, GUILLERMO (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 231-251.

¹⁵ Véase DANIEL, TIM, y MATON, JAMES. "Recovering the Proceeds of Corruption: General Sani Abacha - a Nation's Thief", en Pieth, Mark (ED.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, pp. 63-78; MONFRINI, ENRICO. "El caso Abacha", en JORGE, GUILLERMO. (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 253-272.

Dentro de las ayudas al desarrollo es donde esta medida ha tomado más relevancia¹⁶, precisamente porque la corrupción es especialmente dañina en estos países. A la vez que se merman las arcas públicas, se encarecen los servicios básicos y se dificulta el acceso a los mismos a los menos favorecidos, además de debilitar las instituciones democráticas o su implementación y provocar un clima de desconfianza generalizada, lo que repercute en la inestabilidad de sistemas democráticos, especialmente los de reciente creación. Por eso se hace hincapié en que se utilice el dinero recuperado en mejorar infraestructuras, o los sistemas educativo y sanitario; así como en el fortalecimiento del sistema penal y la administración de justicia¹⁷. Sin embargo, a pesar de este enfoque, el primer informe conjunto StAR-OECD develó que los países desarrollados siguen colaborando más entre ellos, por más que los activos repatriados a países en vías de desarrollo hayan aumentado¹⁸.

Más allá de todo ello, la recuperación de activos cumple una serie de fines: por un lado, estrangular las finanzas de los delincuentes, para así evitar que los beneficios se inviertan en posteriores actividades delictivas y que infiltren y capturen el sistema económico legal; por otro lado, evitar que el delito

¹⁶ RIBADU, NUHU. "Challenges and Opportunities of Asset Recovery", en Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, pp. 29-37; FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO. "La gobernanza y la prevención de la corrupción como factores de desarrollo económico y social", en RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, FERNANDO (coords.). *Corrupción y desarrollo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 159-185.

¹⁷ GRAY, L., et al. *Few and Far. The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

¹⁸ *Ibid.* pp. 1-2.

resulte provechoso y así desincentivar la comisión de delitos con ánimo de lucro; sin olvidarnos del restablecimiento del orden patrimonial lícito. Por esto es una estrategia útil para cualquier tipo de delincuencia *del beneficio*, y se ha incidido especialmente en su aplicación en el ámbito del crimen organizado. En este sentido, se ha ampliado la expresión *recuperación de activos*, con la que ya no sólo nos referimos a esta concreta estrategia anticorrupción, sino a la sustracción de las ganancias de cualquier tipo de criminalidad lucrativa¹⁹, hasta el punto de desvincularla de la cooperación internacional.

Merece la pena resaltar que es una política criminal cuyo propio nombre evoca su fin último, y para alcanzar la recuperación de estos activos hay que desplegar toda una serie de acciones y figuras, de diferente naturaleza jurídica y en distintos ordenamientos, en no pocas ocasiones con tradiciones jurídicas difíciles de compatibilizar²⁰. La recuperación de activos implica seguir todo un *iter*, comenzando por una ardua investigación patrimonial, que suele ser la fase más compleja²¹. Tras el rastreo de los activos y la recopilación de pruebas, necesariamente hay que pasar a la inmovilización o congelación de los fondos, para evitar nuevos movimientos o su desaparición antes de la culminación

¹⁹ Así la define el FATF-GAFI el término recuperación de activos se refiere al retorno o repatriación de las ganancias ilícitas, cuando estas se encuentran en países extranjeros. FATF-GAFI. *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery*. 2012, p. 1.

²⁰ GULLY-HART, PAUL. "International Asset Recovery of Corruption-Related Assets: Switzerland", en Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, pp. 179-184.

²¹ JORGE, GUILLERMO. "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", *op. cit.*, XXV.

del proceso. Posteriormente deberá abrirse un proceso judicial tras el cual esos fondos pasen a ser de titularidad de un Estado. Finalmente, se tendrán que ejecutar las disposiciones para que los bienes dejen de estar a disposición de los autores; y todo ello teniendo en cuenta que varias fases de todo el recorrido requerirán de asistencia legal mutua, de instrumentos de cooperación internacional²².

Quizá el punto más discutido dentro de la doctrina que estudia estas medidas patrimoniales es el instrumento a utilizar para el cambio de titularidad en fase judicial. Tradicionalmente, en un procedimiento penal que finalice con condena, la sentencia decretará el decomiso de las ganancias del delito. El decomiso, *per se*, no es una figura de naturaleza pacífica, sino que la doctrina se divide entre quienes defienden su carácter penal o civil, mientras que otro sector lo define como un *tertium genus*²³. Tomando como ejemplo España, ha pasado de tener la consideración a consecuencia accesoria del delito, no de la pena. Además en las dos últimas décadas se ha ido extendiendo su ámbito, aceptando, además del decomiso directo del fruto del delito -de esos bienes que tienen una relación de medio-fin o de causa-consecuencia probada con el delito-, el decomiso por valor equivalente, el decomiso de bienes en manos de terceros, el decomiso ampliado²⁴ y el decomiso sin condena (regulados en los artículos 127 a 127

²² BRUN, JEAN-PIERRE, et al. *Asset Recovery Handbook. A Guide for Practitioners*. Washington, International Bank for Reconstruction and Development (BIRF), 2011, pp. 149-225.

²³ AGUADO CORREA, TERESA. *El comiso*. Madrid, Edersa, 2001, pp. 77-81.

²⁴ Aplicable al patrimonio del condenado por una serie de delitos, proveniente de actividades ilícitas distintas a los hechos juzgados sobre la base de indicios fundados y objetivos.

octies del Código Penal), lo que ha vuelto más compleja aún la comprensión de esta figura. El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador regula el comiso penal como una pena restrictiva de los derechos de propiedad en el artículo 69.2.

Desde instancias supranacionales e internacionales se ha buscado que todos los países incluyan en sus ordenamientos figuras para la localización, embargo y decomiso del producto del delito que por encima de todo prime la eficacia. Dado que esta configuración tradicional –basada en el decomiso directo tras un proceso penal– se torna infructuosa en caso de que el proceso se paralice o se suspenda, a pesar de que quede acreditado el origen delictivo de los bienes, se ha apostado entonces por medidas alternativas al clásico decomiso penal, lo que Blanco Cordero llama *huida del Derecho penal*²⁵.

En Derecho comparado se ha recurrido a formas de decomiso administrativo, medidas de prevención en el sector privado o programas de *compliance* y al ejercicio de acciones civiles²⁶. Por encima de todas ellas destacan las medidas de decomiso civil, basadas en el *civil forfeiture* de países del *common law*, así como la llamada *extinción de dominio* en sistemas penales latinoamericanos. La principal característica que tienen es que son procedimientos *in rem*, es decir, no se dirigen contra la persona sino contra bienes de cuyo origen ilícito se sospecha.

²⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO. “El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de Directiva sobre el Embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (dir.). *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Madrid, Edisofer, 2014, pp. 151-152.

²⁶ BRUN, JEAN-PIERRE. *Asset Recovery Handbook. A Guide for Practitioners*. *op. cit.*, pp. 12-18.

Al tratarse de medidas de naturaleza no penal y en los que no se entra a discutir la posible responsabilidad criminal del tenedor de los bienes -de hecho, en el *civil forfeiture* norteamericano, se ha llegado a la ficción jurídica de tratar como culpable al propio bien-²⁷, los estándares probatorios y los derechos y las garantías procesales son más laxos que en Derecho penal.

Junto a estas formas de decomiso autónomo, que quedan completamente al margen del proceso penal, surgen otras formas de decomiso que sí dependen del mismo. Son procedimientos accesorios y subsidiarios, que tienen lugar en dos grupos de casos. En primer lugar, cuando el principal termina sin condena, bien por fallecimiento, enfermedad, rebeldía del acusado, o por encontrarse el mismo exento de responsabilidad penal, cuando se haya acreditado el origen ilícito de los bienes. En segundo lugar, cuando sí ha finalizado con condena, entonces el procedimiento accesorio irá dirigido a fijar la cuantía de los bienes a decomisar. Este modelo está presente en Alemania, Suiza, Países Bajos o España²⁸.

Vamos a detenernos a continuación en el examen de los principales instrumentos internacionales sobre la materia, dado que su influencia ha sido clave en la implementación de medidas pro recuperación de activos.

²⁷ MAUGERI, ANNA MARIA. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milán, Giuffrè, 2001, pp. 282 y ss.

²⁸ BLANCO CORDERO, ISIDORO. "El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia", *op. cit.*, pp. 162-168.

El papel de Naciones Unidas en la internacionalización de la recuperación de activos

No se puede negar la repercusión de las iniciativas que han venido de la mano de Naciones Unidas desde finales del s. XX, siempre con carácter sectorial, focalizándose en los ámbitos delictivos más problemáticos, como son el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado y la corrupción. Su importancia deriva no tanto de su influencia en los legisladores nacionales, sino de su capacidad para dar la relevancia que merecen a estos fenómenos y conseguir un primer tratamiento unitario, que sirva de primera base de trabajo a países de tradiciones jurídicas tan diversas.

En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, o Convención de Viena, se introducen por primera vez medidas para la neutralización de los patrimonios de origen criminal. Las Partes en el preámbulo declaran su intención de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad, partiendo de dos bases: por un lado la conexión del narcotráfico con la delincuencia organizada, con capacidad para socavar las economías lícitas y poner en riesgo la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados; por otro, que este tráfico genera grandes rendimientos financieros, lo que permite a las organizaciones invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles, en definitiva, para capturar el sistema legítimo.

Por ello, ya en el artículo 5 se establece que las partes adoptarán medidas para el decomiso –*privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente* (art. 1.f)– tanto del producto derivado del delito (o bienes por su valor), como de las sustancias e instrumentos empleados o destinados a cometer los delitos incluidos en la Convención. Además, se pide a los estados medidas de investigación, medidas cautelares para el aseguramiento de los bienes y la facilitación de la cooperación internacional.

Destacan en esta primera regulación dos aspectos: el primero, que ya se prohíba el recurso al secreto bancario²⁹ como base para no aplicar las disposiciones de incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. El segundo, que aparece la posibilidad de invertir la carga de la prueba del origen de los bienes decomisables; como dice el punto 7, *en la medida en que sea compatible con los principios de su derecho interno*, coletilla que se ha propagado en los instrumentos internacionales a la hora de pedir normas de dudosa legitimidad penal y que sirve de doble parapeto: a los organismos, que así no obligan a las Partes a contrariar su sistema, y a los Estados, que se escudan en estos instrumentos para transgredir los límites cada vez más difusos del sistema penal.

Sin embargo, la gran baza de esta Convención de Viena contra la riqueza procedente del narcotráfico no fueron solo las medidas de decomiso, sino la tipificación del blanqueo de capitales a la que insta en el artículo 3.1.b)³⁰.

²⁹ Sobre este tema, véase ESPAÑA ALBA, VÍCTOR MANUEL. *Secreto bancario y paraísos fiscales: la ingeniería fiscal al servicio del blanqueo de capitales*. Madrid, Sepin, 2017.

³⁰ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A. *El delito de blanqueo de capitales*.

En cuanto al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, es mucho más escueto que la Convención de Viena en las disposiciones sobre decomiso, quizá porque el terrorismo no se encuadra tradicionalmente dentro de la criminalidad con ánimo de lucro, cuyo principal aliciente es la búsqueda de un beneficio. En este caso la recaudación de fondos no es un fin en sí mismo, sino instrumental; sin embargo, la financiación tiene un papel importante y ha de ser igualmente anulada. El artículo 8 se limita a compeler a los Estados a establecer medidas para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de fondos, así como para el decomiso definitivo. También les sugiere establecer mecanismos para compartir dichos fondos, o para destinarlos a la indemnización de víctimas, el único punto novedoso del Convenio en esta materia.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo, en los artículos 12 al 14 contiene disposiciones para el decomiso e incautación del producto del delito, la cooperación internacional con estos fines y la disposición de los bienes, de manera semejante a la Convención de Viena. Básicamente, se pide a los Estados parte adoptar medidas, siempre compatibles con su ordenamiento, que permitan el decomiso del producto del delito o de su valor, es decir, los bienes derivados de la comisión de un delito, ya sea directa o indirectamente, así como de los instrumentos del delito. Quizá uno de los preceptos más importantes, de nuevo, es el que impide a los Estados parte poner trabas a la investigación bancaria o financiera basándose en el secreto bancario. Asimismo, se hace hincapié en que los Estados parte atiendan las solicitudes de colaboración de otros

Estados con fines de decomiso que hayan abierto procesos con causa en alguno de los delitos de la Convención.

Sin embargo, como ya apuntamos, el gran hito en materia de recuperación de activos fue la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, coloquialmente conocida como la Convención de Mérida. Precisamente, una de sus finalidades, declaradas en el primer artículo, es promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, partiendo de la constatación de *los vínculos que se dan entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero*. El Preámbulo, además, refleja la preocupación de las partes por *los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados*. En esta ocasión, enfocaron el tratamiento de la corrupción desde una óptica multidisciplinar, no sólo represiva, por lo que hay cinco grandes bloques de medidas: preventivas, penales, de cooperación internacional, para la recuperación de activos -a lo que se dedica todo el Capítulo V-, y para la asistencia técnica e intercambio de información.

Dentro de las medidas penales, el artículo 31 está dedicado al embargo preventivo, incautación y decomiso, de manera similar a su tratamiento en anteriores convenciones. Sin embargo, lo realmente interesante, por su novedad y grado de concreción, son las disposiciones incluidas en el capítulo sobre recuperación de activos, establecido como principio fundamental de la Convención en el artículo 51. Es el *primer instrumento jurídico*

*de carácter universal que establece [...] un marco normativo comprehensivo sobre recuperación de activos de la corrupción*³¹. Destaca el hecho de que la recuperación de activos se plante como un problema que deben atacar conjuntamente países en desarrollo y centros financieros³².

Siguiendo el esquema de trabajo, comienza con medidas de prevención y detección de transferencias del producto del delito en el artículo 52, encaminadas a que las entidades financieras ejerzan de *whistleblowers* y alerten de posibles operaciones sospechosas relacionadas personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes o personas de su entorno.

En cuanto las medidas dirigidas a la recuperación, podemos diferenciar aquellas destinadas a una acción directa y las que requieren asistencia legal mutua. Dentro de las primeras, en el artículo 53 se compele a los Estados parte a que adopten medidas para que otros Estados parte puedan ejercer ante sus tribunales acciones civiles para determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos por la comisión de uno de los delitos tipificados en la Convención; también para la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios, y por último para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado parte sobre bienes derivados del delito a la hora de adoptar una decisión sobre su decomiso. De igual manera, en los siguientes artículos (arts. 54–56) se prevén

³¹ JORGE, GUILLERMO. “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, *op. cit.*, XX.

³² CLAMAN, DANIEL. “The Promise and Limitations of Assets Recovery under the UNAC”, en Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008, p. 335.

mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional con fines de decomiso, que incluyen dar efecto a toda orden de decomiso dictada en otro Estado parte, ordenar el decomiso de bienes de origen extranjero en sentencias sobre blanqueo de dinero o delitos de su jurisdicción, o considerar la posibilidad de permitir el decomiso sin condena de esos bienes. De forma análoga, se piden acciones para el embargo preventivo y la incautación.

En resumen, los Estados a la hora de recuperar bienes detraídos por actos corruptos tienen varias opciones de actuación: pueden litigar directamente en el país en el que se hallen los bienes o pueden establecer procedimientos penales o civiles dentro de su jurisdicción tras los que se decreta el decomiso de los bienes, que posteriormente se ejecuten en otro país. Una última opción es que sea ese otro país el que tras un proceso penal (normalmente por blanqueo) o civil sentencie el decomiso y posteriormente los bienes sean devueltos al país de origen³³.

El artículo 57 de la Convención contiene soluciones de cara a la restitución y disposición de lo decomisado, diferenciando entre tres clases de bienes: fondos públicos, producto de otros delitos contenidos en la Convención y otros bienes decomisados. En el caso de los bienes públicos, objeto de malversación, peculado o blanqueo, el Estado requirente los devolverá a su titular, el Estado requirente. En el caso de bienes producto del resto de delitos, se devolverán al Estado requirente siempre que pruebe su propiedad anterior o si ha sufrido daños que el Estado requerido deba reconocer. El resto de bienes serán restituidos prioritariamente al

³³ JORGE, GUILLERMO, *Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción*, op. cit., XXII-XXIII.

Estado requirente, a sus propietarios legítimos anteriores o serán destinados a indemnizar a las víctimas.

Cerrando el capítulo, el artículo 58 propone medidas de inteligencia financiera, compeliendo a los Estados a que cooperen para impedir y combatir la transferencia del producto de los delitos tipificados en la Convención, para lo que propone la creación de dependencias de inteligencia financiera para recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas. Esto implica la creación de Unidades de Inteligencia Financiera, UIF, aspecto en el que se ha centrado el FATF–GAFI, y por su influencia, el Grupo Egmont. Estas son agencias nacionales centralizadas, responsables de recibir y solicitar, analizar y difundir a las autoridades pertinentes información financiera, focalizada en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La recuperación de activos en américa latina: la extinción de dominio

De nuevo, vamos a aludir a las iniciativas de dos organizaciones supranacionales e internacionales para dibujar el marco general sobre recuperación de activos en América Latina: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) de la Organización de Estados Americanos y la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

La CCIC, de 1996, es el primer instrumento jurídico internacional especializado en la lucha contra la corrupción y parte del convencimiento de que *la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden*

moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos y es pionero también en incluir entre sus consideraciones preliminares la relación entre corrupción y crimen organizado, así como la necesidad de la cooperación internacional por ser un fenómeno de trascendencia internacional.

No es un instrumento muy extenso, pero, aunque no se desarrollen en exceso, se incluyen medidas a todos los niveles de intervención, también para los bienes derivados del delito. En el artículo XV se exhorta a los Estados parte a prestarse asistencia mutua en la identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes derivados de los delitos tipificados en la convención. Sin embargo, sobre la posterior disposición de los bienes, no se incide en la idea de que estos regresen a su país de origen. Al contrario, se dice que el Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, dispondrá de los bienes decomisados de acuerdo con su propia legislación, y que podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o las actuaciones judiciales conexas.

Efectivamente, en la materia que estamos tratando, la CICC deja que desear, pero hay que recordar que, hasta la Convención de Mérida, en la siguiente década, no se desarrollan con profusión las medidas destinadas a que los Estados afectados por actos de corrupción recuperen sus fondos, y en todo caso éste suple las carencias de instrumentos anteriores para los Estados parte.

El segundo documento al que nos hemos referido es la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de UNODC. Esta Ley Modelo se enmarca dentro de los instrumentos para privar al delincuente del producto del delito sin necesidad de sentencia de condena de

las que hablamos en la primera parte del trabajo. En el artículo 2 se define la extinción de dominio como:

... una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

Precisamente, si se escoge el nombre de extinción de dominio es por su vocación regional, ya que está más extendida esta denominación que la de decomiso sin condena, y está destinada a los países hispanohablantes de América latina cuyos ordenamientos sean compatibles con la institución, siguiendo el ejemplo de países como Colombia, primer país en aprobar una Ley de Extinción de Dominio³⁴. Como se declara en la introducción,

³⁴ Actualmente, se regula la extinción de dominio en México (Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); Guatemala (Decreto N.º 55-2010 de Ley de Extinción de Dominio; El Salvador (Ley Especial de Extinción de Dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita); Honduras (Ley sobre Privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito, Decreto N.º 27-2010); Colombia (Código de Extinción de Dominio, aprobado por la Ley 1708, del 20 de enero de 2014 y recientemente modificado por la Ley 1849, de 19 de julio de 2017. La primera regulación se contenía en la Ley 793, de 27 de diciembre de 2002 y Perú (Decreto Legislativo N.º 992, de 22 de julio de 2007, el cual regula el proceso de pérdida de dominio.

se parte de la protección del derecho a la propiedad, pero a la vez de que esta protección requiere legitimidad, y que por tanto los bienes derivados de actividades delictivas, y los adquiridos con capital ilícito, no merecen amparo legal.

La Ley Modelo se centra sobre todo en el desarrollo de los aspectos procesales, aquellos que precisamente suelen quedar olvidados en las legislaciones nacionales. Dentro del Capítulo I, sin embargo, tenemos dos características principales de la extinción de dominio, aparte de su carácter autónomo: se puede aplicar retroactivamente y es imprescriptible (artículos 4 y 5). En cuanto al objeto de la acción, estos pueden ser los instrumentos, efectos o producto directo de la actividad ilícita, así como los derivados de su transformación o conversión total o parcial. También se incluyen bienes de procedencia lícita, cuando estos se hayan usado para ocultar los activos ilícitos o hayan sido mezclados. Se prevé asimismo la extinción de dominio por valor equivalente, la de las rentas y frutos de los bienes ilícitos y la de los bienes que supongan un incremento patrimonial no justificado, cuando haya indicios razonables de su procedencia ilícita (semejante al decomiso ampliado).

Se reconocen a los afectados todas las garantías (artículos 10 al 13) para su intervención en el proceso. Quizá lo más interesante, aparte de detallar qué medidas cautelares se pueden adoptar -suspensión del poder dispositivo, embargo preventivo o incautación y aprehensión material (artículo 16)- sea la división en etapas que se detallan en el Capítulo IV, que diferencia entre la fase inicial o pre procesal, destinada a la investigación por la autoridad competente y la fase procesal a cargo del juez que se abre a partir de la presentación de la pretensión de extinción de dominio. También destaca el nivel de definición de las funciones

de cada fase, y su sistematización; así como la importancia que se le da a la prueba (a la que se dedica todo el Capítulo V) y a la administración y destinación de los bienes (Capítulo VII), cuya principal finalidad es conservar y mantener la productividad o valor de los bienes, y que podrán ser destinados, entre otros, a la atención y reparación de las víctimas de actividades ilícitas o la financiación de programas de prevención. Si tiene este grado de precisión es porque se trata de una *ley de máximos*³⁵, ya que al no ser un documento vinculante se ha optado por dar un amplio catálogo de medidas a los Estados para su implementación acorde a cada ordenamiento.

El proyecto de ley orgánica de extinción de dominio en Ecuador

El 20 de diciembre de 2017 el Fiscal General del Estado remitió a la Asamblea General del Ecuador un Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 134 de la Constitución. No es la primera vez que se intenta sacar adelante una norma sobre esta materia, hubo sendos intentos en 2008 y 2009, este último se quedó a las puertas de aprobarse³⁶. Sin entrar en un análisis pormenorizado, el texto

³⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO. "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)", en FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A., ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS (eds.). *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*. Ciudad de México, Ubijus-INACIPE, 2012, p. 162.

³⁶ Véase: *La historia fallida de la Ley de Extinción de Dominio*, de 21 de diciembre de 2017, en la siguiente página web: <http://www.extra.ec/actualidad/leydeextinciondedominio-carlosbacamancheno-asambleanacional-leyes-XN1917770>> (consulta: 28/02/2018).

recuerda a la Ley Modelo de UNODC desde la fundamentación recogida en la Exposición de Motivos: solo la propiedad legítima merece protección como derecho fundamental protegido por la Constitución, si se adquiere el dominio de un bien mediante actos contrarios al ordenamiento jurídico no se podrá ser *verdadero titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección*. Por tanto, ese dominio aparente deberá ser revocado mediante la acción de extinción de dominio.

Así, adelantando el contenido del artículo 19 sobre la naturaleza de la acción de extinción de dominio, se indica que esta naturaleza es jurisdiccional, de carácter real y contenido patrimonial; distinta y autónoma de la penal, así como de cualquier otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad. Su objeto material serán los bienes vinculados con actividades ilícitas relacionadas con de terrorismo y su financiación:

contra el derecho a la propiedad; delitos económicos; contra la migración; contra la humanidad; contra la integridad sexual y reproductiva; por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; delitos contra la seguridad pública; contra el derecho a la cultura; contra la eficiencia de la administración pública; contra la fe pública; contra el régimen de desarrollo; contra la administración aduanera; contra el régimen monetario; contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles; contra inviolabilidad de la vida; contra la integridad personal; contra la libertad personal, contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación,

independientemente de quien lo tenga en su poder, o lo haya adquirido.

Dentro de los considerandos, no solo se hace referencia a las bases normativas del ordenamiento ecuatoriano, comenzando por los preceptos constitucionales implicados: la protección de la propiedad de los artículos 66.26 o 321 o el derecho al debido proceso del artículo 76, entre otros. También entran en juego esas normas emanadas de Naciones Unidas de las que hablamos en el segundo epígrafe de este trabajo: el artículo 5 de la Convención de Viena de 1988, el artículo 12 de la Convención de Palermo de 2000, los artículos 3, 31, 53, 54 y 55 de la Convención de Mérida de 2003. Por tanto, el Proyecto se hace eco de las iniciativas internacionales que han marcado el rumbo de la estrategia internacional de recuperación de activos.

En cuanto al cuerpo de la Ley orgánica propuesta, se trata de un texto considerablemente detallado, de 53 artículos, que se dividen en cuatro títulos dedicados, respectivamente, a generalidades (artículos 1-3) y principios y garantías procesales (artículos 4 al 18); la acción de extinción de dominio (artículos 19 al 20), la competencia sobre la misma (artículos 21 al 28) y su procedimiento (artículos 29 al 45); la administración y destino de los bienes (artículos 46-49) y, por último, la cooperación internacional (artículos 50 al 53).

Solo apuntaremos algunos aspectos destacados del proyecto, sin entrar en los pormenores del proceso. El objeto de la ley, declarado en el primer artículo, es la regulación de la acción de extinción de dominio de bienes provenientes de actividades ilícitas a favor del Estado ecuatoriano, entendiendo por extinción de dominio *una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas*,

consistente en la declaración jurisdiccional de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para el afectado (artículo 3.5). El íter para la recuperación de activos se refleja en el numeral 1 del artículo 1, al definirse como parte del contenido regulado *la identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita delictiva*. Es encomiable que en todo momento se dé lugar a la intervención y los derechos de las personas que puedan ser afectadas, ya sea el tenedor del bien o un tercero (artículos 1.5, 17, 18, 25).

Como la acción descrita en la Ley Modelo, su aplicación podrá ser retroactiva, esto es, se podrá declarar la extinción de dominio, aunque se base en supuestos anteriores a la aprobación de la ley (artículo 13). Sin embargo, en el caso del proyecto ecuatoriano se descarta la imprescriptibilidad de la acción, que tendrá un plazo de prescripción igual al de la pena que tenga asociada el delito investigado (artículo 12), una solución mucho más proporcionada.

Dentro del resto de preceptos dedicados a los principios y garantías procesales, destacan dos, que quizá encontrarían un mejor acomodo en otra sección del proyecto. El artículo 14 describe parte de las consecuencias de la extinción de dominio, que es la consideración de la nulidad *ab initio* de los actos y contratos que versen sobre los bienes de demostrado origen ilícito objeto del proceso de extinción de dominio, a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

El artículo 15 establece una presunción legal que causa cierta preocupación: *Se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio provienen de las actividades ilícitas*. Nos preocupa por su significado, que supone que una vez se completa la investigación pre procesal a cargo de la Fiscalía General del Estado (art. 30) y se da paso a la sustanciación a cargo del juez civil, se presume que los bienes tienen origen ilícito y corresponderá a los posibles afectados demostrar lo contrario.

Además, hay que poner esta presunción en relación con las causales de extinción de dominio del artículo 20, una larga lista de situaciones en las que procede la extinción de dominio, en la que también se cuela alguna otra presunción:

1. *Cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o delictiva realizada en territorio nacional o en el extranjero;*
2. *Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos,*

productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos;

3. *Cuando los bienes o negocios de que se trate, hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas o delictivas, correspondan al objeto del delito o que se pueda demostrar preponderantemente que vayan a ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. En el caso de los bienes o negocios que correspondan al objeto del delito, se entenderá que son aquellos que no pertenezcan a la víctima o al agraviado, o que se le deban restituir;*
4. *Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas;*
5. *Cuando los bienes, frutos, productos o ganancias de que se trate, provengan de la enajenación o permuta de otros que, a sabiendas o debiéndolo presumir razonablemente, tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas o delictivas;*
6. *Cuando los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito, no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo*

sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa;

7. Cuando en un proceso penal exista la información suficiente y probable, de que los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas de que se trate, provengan de actividades ilícitas o delictivas sobre las cuales:

a) Se haya declarado judicialmente el archivo, el sobreseimiento, o cualquier decisión judicial que impida continuar el proceso penal.

b) No se pueda identificar al posible propietario. El investigado, procesado o sentenciado, en caso de fuga, hubiere evadido la persecución penal o a la pena.

8. Cuando los derechos de que se trate, recaigan sobre bienes o negocios de procedencia lícita pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar, encubrir, incorporar o mezclar bienes de procedencia ilícita o delictiva;

9. Cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe sin culpa ni simulación de negocio;

10. Cuando se trate de bienes de una sucesión hereditaria, si el causante adquirió dichos bienes por actividades ilícitas o delictivas, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley;

II. Por condena penal dictada en el extranjero por el delito de tráfico de sustancias ilícitas, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada o asociación ilícita, cuando existan bienes o productos en el territorio nacional y la autoridad judicial competente del país de que se trate no los haya oportunamente reclamado, se declararán a favor del Estado de Ecuador. Procederá la declaración a favor de Estado extranjero cuando así lo pida una autoridad competente de otro país o un organismo internacional.

Esto es, si por el hecho de estar sometidos o poder estar sometidos a la acción de extinción de dominio se presume que los bienes tienen procedencia ilícita ex artículo 15, y este sometimiento deriva de otra presunción, como es el incremento patrimonial no justificado del numeral 2 del artículo 20, nos encontramos con una cadena de presunciones en la que la prueba se difumina tanto que se vuelve inexistente. En todo caso se trata de otro ejemplo de *huida del Derecho penal*, en el que se opta por un procedimiento civil para evitar enfrentarse a las garantías penales; especialmente en el caso ecuatoriano, en el que el comiso penal, tal y como lo recoge el artículo 69.2 del Código Orgánico Integral Penal, tiene la condición de pena restrictiva de los derechos de propiedad. Quizá sería preferible repensar la naturaleza y condiciones de aplicación de este comiso en sede penal antes de optar por una extinción de dominio con unos supuestos tan sumamente amplios.

Conclusiones

Se han hecho importantes avances en recuperación de activos y sin duda la *presión* de la comunidad internacional ha logrado que muchos Estados incluyan en sus ordenamientos medidas de cara a una recuperación más eficaz, venciendo obstáculos como la falta de interés político, al convertir a la lucha contra la corrupción, y a las medidas contra la misma, en uno de los primeros puntos de la agenda internacional. Sin embargo, son muchas las trabas que aún quedan por vencer, como regulaciones defectuosas o la incompatibilidad de tradiciones jurídicas cuando es necesario acudir a la asistencia judicial mutua. Falta también fortalecer dos puntos críticos: de un lado, la investigación previa, no sólo de cara al rastreo y localización de los bienes, sino también para conformar la posterior actividad probatoria. De otro lado, la gestión y destino de los bienes decomisados, garantizando que vuelvan a su país de origen y se empleen en políticas de ayuda a las víctimas del delito y al fortalecimiento de las instituciones democráticas y la administración de justicia, para lo que son necesarios órganos especializados que cuenten con la suficiente dotación personal y de medios. Sin embargo, a la hora de configurar las instituciones de decomiso -cuya tipología es tan variada- no debemos perder de vista el respeto de las debidas garantías penales y procesales y no caer en el exceso confiscatorio por el que medidas similares en los siglos pasados fueron denostadas por ser desproporcionadas y finalidad recaudatoria y cayeron en desuso.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código penal de 2013”, InDret, N.º 1, 2014.

_____. El comiso. Madrid, Edersa, 2001.

BLANCO CORDERO, Isidoro. “El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). Crisis financiera y Derecho penal económico. Madrid: Edisofer, 2014, 149-210.

_____. *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., ONTIVEROS ALONSO, Miguel, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (eds.). El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción. Ciudad de México, Ubijus-INACIPE, 2012.

BRUN, Jean-Pierre, GRAY, Larissa, SCOTT, Clive, STEPHENSON, Kevin M. *Asset Recovery Handbook. A Guide for Practitioners*. Washington, International Bank for Reconstruction and Development (BIRF), 2011.

CARPIO BRIZ, David. “Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia organizada en el contexto de la corrupción pública y su tratamiento jurisprudencial”. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., SANTANA VEGA, Dulce María (dirs.). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

CLAMAN, Daniel. “The Promise and Limitations of Assets Recovery under the UNAC”. PIETH, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

DANIEL, Tim, y MATON, James. *Recovering the Proceeds of Corruption: General Sani Abacha -a Nation's Thief*. Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

ESPAÑA ALBA, Víctor Manuel. *Secreto bancario y paraísos fiscales: la ingeniería fiscal al servicio del blanqueo de capitales*. Madrid, Sepin, 2017.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. “La gobernanza y la prevención de la corrupción como factores de desarrollo económico y social”. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coords.). *Corrupción y desarrollo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

FRAGO AMADA, Juan Antonio. “La recuperación de activos descapitalizados en las insolvencias concursales, con especial referencia a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*. N.º 124, 2017.

GRAY, Larissa, **HANSEN**, Kjetil, **RECICA-KIRKBRIDE**, Pranvera, **MILLS**, Linnea. *Few and Far. The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington, International Bank for Reconstruction and Development (BIRF), 2014.

GULLY-HART, Paul. “International Asset Recovery of Corruption-related Assets: Switzerland”, Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

JORGE, Guillermo. “La experiencia de Perú: el caso ‘Fujimori–Montesinos’”, **JORGE**, Guillermo (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

_____. “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, **JORGE**, Guillermo (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

MALEM SEÑA, Jorge Francisco. *Pobreza, corrupción, (in) seguridad jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2017.

MARCELO, Simeon V. “The Long Road from Zurich to Manila: the Recovery of the Marcos Swiss Dollar Deposits”, **PIETH**, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milán, Giuffrè, 2001.

MENDITTO, Francesco. “Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità ‘da profitto’ (mafie, corruzione,

evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa”. *Diritto Penale Contemporaneo*. 2 febbraio 2015.

MONFRINI, Enrico. “El caso Abacha”. JORGE, Guillermo (dir.). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. “How Corruption Affects Service Delivery and What Can Be Done about It”. Rose-Ackerman, Susan (ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

RIBADU, Nuhu. “Challenges and Opportunities of Asset Recovery”, PIETH, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. y PALIFK, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform* (2.^a ed.). Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

SALINAS JIMÉNEZ, Javier, SALINAS JIMÉNEZ, y María del Mar. “Causas y efectos económicos de la corrupción”. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coords.). *Corrupción y desarrollo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

SALVIONI, Sergio. “Recovering the Proceeds of Corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines”, Pieth, Mark (ed.). *Recovering Stolen Assets*. Berna, Peter Lang, 2008.

UNODC. Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2.^a edición. Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2012.

ZUFFADA, Edoardo. “Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di ‘coletto bianco pericoloso’: il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto”, *Diritto Penale Contemporaneo*, N.º 27, Giugno, 2016.

EL TIPO PENAL DEL ABORTO
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

**EL TIPO PENAL DEL ABORTO
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL¹**

ELIANA ALBA ZURITA²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

RESUMEN:

Las voces de mujeres alrededor del mundo como protesta a los índices de muertes a causa de abortos abren nuevamente el debate sobre las razones por las cuales ese tipo penal debe ser suprimido. En el Ecuador se encuentra tipificado en los artículos 147, 148, 149 y 150 del COIP, bajo diferentes modalidades, pese a las recomendaciones de organismos internacionales de Derechos Humanos en materia de salud pública y mujeres sobre su despenalización. Abordaremos el análisis constitucional en materia de derechos esenciales y las consideraciones en materia penal sobre la exigibilidad de la conducta del sujeto activo del tipo penal del aborto.

PALABRAS CLAVES:

Aborto, bien jurídico, derechos, exigibilidad, conducta, libre desarrollo de la personalidad

¹ Artículo presentado por la autora el 14 de marzo de 2019 y aprobado el 23 de mayo de 2019.

² Abogada en libre ejercicio de la profesión. Investigadora permanente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas. <https://orcid.org/0000-0002-2064-7958>

ABSTRACT

Around the world, the voices of women as a protest about the death from abortions open the debate of the reasons why this crime should be removed from the Criminal Code. In Ecuador, is still classified in articles 147, 148, 149 and 150 of COIP under different modalities despite the recommendations of international Human Rights bodies in the field of public health and women on decriminalization. We will address the constitutional analysis in the matter of essential rights and considerations in Criminal Law on the enforceability of the conduct of the active subject.

KEY WORDS

Abortion, legally protected interest, rights, exigibility, conduct, free development of the personality

Un conflicto

La idea de una sociedad sin conflictos sólo es pensable para un mundo de individuos que conviven en un espacio sin escasez y que carecen de imaginación para pretender alcanzar nuevos objetivos en abundancia³. La teoría del conflicto nos lleva a concebir al aborto como un conflicto entre la sociedad, que implica la determinación de sanción o despenalización, en torno al escenario de la mujer que aborta enfrentada a sus consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas, que al mismo tiempo son causas y efectos de las manifestaciones de la realidad de su época, como ocurre en países con fuerte represión política y social, donde se castigaba el aborto para proteger el aumento de la natalidad⁴.

El aborto como manifestación de un conflicto tiene diversas causas que lo producen, principalmente las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y la pérdida de recursos de control social informal, como son las redes de contención familiares, de la comunidad cercana, amigos, vecinos y compañeros de trabajo entre otros⁵, lo que lleva a las sociedades a recurrir al Derecho Penal como una forma de represión del control social formal. Lo que lleva a aplicar sanciones por tipificaciones, que podrían considerarse como conflictos penales, al afectar bienes jurídicos valorables para la comunidad, como la vida y salud, y que son de

³ ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, Editorial Gedisa, , 2002.

⁴ GONZÁLES RAMÍREZ, Isabel et al. "Aborto y justicia restaurativa", en *Polis*, vol. 15, N.º 23, Santiago de Chile, Scielo, 2016.

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán, HORMAZÁBAL MALAREE. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 23-25.

responsabilidad social más que individual⁶, que a continuación veremos en torno al desarrollo del bien jurídico del tipo penal de *aborto*.

Desde un paradigma menos retributivo, ZAFFARONI señala que el delito es un conflicto y considera un equívoco lingüístico que se hable de *el delito*, cuando es de toda evidencia que éste no existe, pues ontológicamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados, refiriéndose a un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas que con buena voluntad pueden llamarse *delitos*⁷. En el mismo sentido, al existir un fallo estructural en relación a la falta del titular del bien afectado, como en el aborto, el sistema penal no puede evitar cobrar la culpa, sin poner en crisis su propio ejercicio de poder; por lo tanto, el modelo punitivo que no resuelve los conflictos, sino que *se limita a imponer una pena, sin considerar las necesidades de la víctima*⁸.

Al existir una estrecha relación entre la incidencia de sus prácticas y las deficientes condiciones económicas, sociales y culturales que ofrecen las distintas regiones a sus ciudadanos, es fácil deducir el entorno social de las principales culpables del delito de aborto, como países con alta incidencia de abortos que se caracterizan por ser aquellos donde abunda la pobreza y con índices graves de mortalidad de mujeres⁹.

⁶ GONZÁLES RAMÍREZ, ISABEL, et al. "Aborto y justicia restaurativa", en *Polis*, *op. cit.* p.1.

⁷ ZAFFARONI, RAÚL. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Editorial Ediar S.A., 1998, p. 37.

⁸ *Ibid.* p. 37.

⁹ BERMÚDEZ VALDIVIA, VIOLETA. *La regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe*. Lima, Editorial Cladem (Comité de

Las principales ciudades en las cuales se encuentra tipificado el tipo penal del aborto, son aquellas cuya corriente conservadora, religiosa o con un fuerte tinte ideológicos produce discriminación social, lo que desemboca en una sanción moral y el desarraigo social¹⁰. En consecuencia, la pena derivada del delito afecta directamente a las mujeres de medios socio-económicos más vulnerables, ya que en oposición a lo que acaece en los estratos sociales altos, el aborto pasa de ser un secreto a voces al escrutinio público debido a las enfermedades provenientes del precario procedimiento, falta de higiene e insuficientes conocimientos médicos de quienes lo practican en la clandestinidad, lo que concluye con la muerte de la mujer, esterilidad, repulsión social, laboral e incluso familiar.

La intervención y apropiación del Estado de los conflictos, se realiza mediante diferentes políticas con fines preventivos, disuasivos y reactivos¹¹, estos se reflejan en una forma de sometimiento sobre la mujer y el sistema de justicia, lo que no es adecuado al tomar en cuenta las causas que lo generan. Cabe recalcar, que esto no significa que el Estado deba desentenderse del conflicto, debe enfocarse en acciones afirmativas de prevención.

El sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos de las personas, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación

América Latina y El Caribe para la Defensa de los derechos de la mujer), 1998, p. 51.

¹⁰ CASAS, LIDIA. *Mujeres procesadas por aborto*. Santiago de Chile, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, 1996.

¹¹ BINDER, ALBERTO. *Análisis Político Criminal*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011, pp.170-171.

de respuestas sintomáticas a los delitos, cuando éstos ya se han manifestado dentro del sistema social¹². A partir de la perspectiva del Derecho Penal, a través de un procedimiento que debe ser selectivo, se dimiten conflictos criminales sin resolver y los resueltos no siempre lo son de una forma grata para la población, principalmente por la falta de intervención colaborativa de las personas en el proceso de resolución. Por esa razón, la criminalidad es promovida por el control social formal y el sistema penal, quienes etiquetan al delincuente e imponen la aplicación de una pena que no previene ni corrige, lo que hace es incitar futuros actos desviados estigmatizando al infractor¹³, como en el caso del aborto.

Antecedente

La práctica de interrupción del embarazo o aborto es un término que se ha utilizado desde las primeras civilizaciones, la característica que evidenciaba el estado de gestación de una mujer era el abultamiento del abdomen; por lo tanto, cuando la regla no llegaba o se corría el riesgo de estar embarazada se recurría al uso de estas plantas o a la interrupción del embarazo por diversos medios. Los pueblos ancestrales americanos como los Aztecas tenían conocimiento sobre su cuerpo y lo concebían como su instrumento, es así que las mujeres recurrían a los tetlatlaxilique, médicos-hechiceros, para que les dieran bebedizos que contenían

¹² BARATTA, ALESSANDRO. Notas para una teoría de la liberación en *Revista Poder y Control*. Barcelona, Editorial PPU, N.º 1, 1987, p.119.

¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid, Editorial Espasa, 1988, p. 607.

diversas plantas para provocar un aborto¹⁴ o como en el *Código de Hammurabi* que condenaba al hombre que conociendo la situación de embarazo de una mujer la golpea y producto de ello ocurría un aborto¹⁵.

Los griegos utilizaban métodos abortivos como la intervención manual o mecánica, el uso de hierbas y raíces o saltos en lo que la mujer ponga en contacto los talones con sus propias nalgas¹⁶, prácticas que fueron respaldadas inclusive por filósofos como ARISTÓTELES¹⁷ y PLATÓN¹⁸. En Roma, SENECA en su obra *De*

¹⁴ QUEZADA, NOEMÍ. *Métodos anticonceptivos y abortivos tradicionales*, ANALES DE ANTROPOLOGIA, 1998, p. 230

¹⁵ CÓDIGO HAMMURABI, art. 209.

¹⁶ DA COSTA LEIVA, MIGUEL. "El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos", en *Revista Latinoamericana de Bioética*. vol. 11, N.º 1, edil. 20, 2011, p. 92.

¹⁷ *En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso, pero que no se exponga a ninguno por causa de los muchos hijos, en el caso de que la norma de las costumbres prohíba rebasar cierto límite; la procreación, en efecto, debe limitarse, pero si algunos tienen hijos por continuar las relaciones más allá del término establecido deberá practicarse el aborto antes de que se produzcan en el embrión la sensación y la vida, pues la licitud o ilicitud de aquél, se definirá por la sensación y la vida.* ARISTÓTELES. *La Política*. libro VII, 1330, b2.

¹⁸ *Según la opinión de EDELSTEIN, Platón sostenía que la vida humana comenzaba en el momento de nacer. La escuela platónica en general negaba que el feto posea alma, cuando aún se encuentra dentro del útero materno. Varios filósofos griegos asociaron el alma cósmica con el aire y enseñaron que la vida depende de los procesos de inspiración de este aire-alma. Por lo tanto, la concepción platónica declaró que el aborto era un acto totalmente diferente al de matar a un ser humano. Tomado de DA COSTA LEIVA, MIGUEL. "El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos", en *Revista Latinoamericana de Bioética*. vol. 11, núm.1, edil. 20, 2011, p. 98. Continua, Platón enfatizó su apoyo al nacimiento de hijos sanos, su política eugenésica se funda en que el mejor período*

la *Colera*, señalo al tratar el tema de la curación que *los fetos monstruosos los eliminamos, a los hijos, incluso, si han sido paridos inválidos y deformes, los ahogamos-*, y *no es ira sino discreción apartar lo sano de lo inutil*¹⁹; por otro lado, en la época imperial la promiscuidad sexual llevo a que las mujeres se cuiden de no quedar embarazadas y el uso de métodos como el aborto, los anticonceptivos e incluso el infanticidio fueron utilizados. El aborto no era un delito, ya que el feto se consideraba como *mulieris portio ueluiscerum*²⁰, las percepciones sociales sobre el feto fueron cambiando con el auge del cristianismo, por lo que al revisar las recopilaciones como el *Digesto* o las *Instituciones de Gayo* estas mantienen una visión patrimonial e instrumental²¹.

La expansión del cristianismo a fines de la era romana llevo a que los espacios de conocimiento relacionados con la anticoncepción y métodos abortivos sean considerados paganos o no cristianos, por lo que fueron eliminados²². La Iglesia católica y su influencia en el mundo occidental terminó de santificar la vida como un regalo de Dios a través de su dogma, incluyendo definiciones

para que las mujeres puedan engendrar hijos se encuentra entre los 20 y 40 años de edad. Fuera de esas edades, los embarazos constituyen un alto riesgo de taras mentales y físicas. Tomado de República y Leyes, cap. IV, V, VI, VIII. DA COSTA LEIVA, MIGUEL. "El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos", en *Revista Latinoamericana de Bioética*. vol. 11, N.º 1, edil. 20, 2011, p. 94.

¹⁹ RIVIIRIEGO PICÓN, FERNANDO. *Otro estudio más del aborto. La Indicación eugenésica y su fundamentación*. Dykinson, 1998, p. 27.

²⁰ DIGESTO. 25.4.1.1.

²¹ GONZALES GUTIÉRREZ, PATRICIA. "La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia", en *Revista de Historia Antigua*. Ediciones Complutense, 2016, p. 103.

²² *Ibíd.* p. 103 y ss.

como pecado y delito que traspasaron en el tiempo hasta encontrar su tipificación en cientos de cuerpos legales.

La teología escolástica medieval consideró como asesinato abortar varones tras los 40 días de gestación y mujeres tras los ochenta días, de acuerdo a la teoría de la animación retardada de la *Encíclica Apostolicae Sedis* que se aceptó hasta el año 1869; lo que lleva a relucir que ni las legislaciones más estrictas de la historia han equiparado en la gravedad del aborto con el infanticidio o el homicidio, mucho menos con el asesinato²³. La primera legislación europea en reconocer la despenalización del aborto se remonta a 1930 en varios países escandinavos, así como en una ley general de origen catalana durante la guerra civil, y se ha extendido hacia los demás países de ese continente²⁴.

En la actualidad, la lucha del movimiento feminista por la despenalización total del aborto es una manifestación social e histórica, ya que son estas organizaciones y la sociedad civil, quienes han instaurado la actual discusión sobre la situación de las mujeres en este siglo. La consigna es un aborto libre, seguro y gratuito, idea relacionada directamente con la justicia y equidad social, las discrepancias en torno al acceso que se ven potenciadas por la desigualdad económica, ya que en países como los nuestros dependen directamente de los recursos que se manejen, así como los servicios de atención médica y el acceso a diversas posibilidades frente a la detención voluntaria de un embarazo.

²³ RUIZ MIGUEL, ALFONSO. "El aborto entre la ética y el Derecho", en *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*. Madrid, XI/2, 2002, p.106.

²⁴ *Ibíd.* p.107

Los derechos en serio

A partir del siglo XX se ponen en discusión las doctrinas pro-elección que dieron paso al reconocimiento de una autonomía derivada de la mujer en defensa de sus derechos, corriente que se debe entender desde la validación de argumentos que las edifican para establecer una línea diferenciada entre la proscripción moral del aborto voluntario y la prohibición legal²⁵. En cuanto a la proscripción moral se debe considerar la consistencia interna, contexto intelectual-moral de nuestro tiempo y la compatibilidad constitucional de estas afirmaciones²⁶. La idea de este análisis no pretende poner en duda la jerarquía de la iglesia católica, ni otorgarle un sentido moral a su doctrina con respecto a la fe o la forma en como profesan su religión sino la compatibilidad de sus declaraciones políticas a través de sus teólogos y los fundamentos de la democracia constitucional.

El aborto como elemento para promover una prohibición legal se pone de moda sólo a fines la Edad Media, derivada de la distinción que ya existía entre la idea de pérdida, pecado y delito, de hecho teólogos como SAN AGUSTÍN y SANTO TOMAS DE AQUINO entendían que la presencia del alma ocurría después de las primeras semanas²⁷, bajo una idea de la concepción de la vida como don de

²⁵ VIVES ANTÓN, TOMÁS, y CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 38.

²⁶ *Ibíd*, p. 39.

²⁷ En el siglo V, SAN AGUSTÍN en *De anima* sostenía que la animación del feto se da en el día 45 después de la concepción. Por tanto, no se consideraba homicidio el aborto de un feto aún no formado. Por otro lado, SANTO TOMÁS DE AQUINO en *Summa Theologiae* sostenía que el alma es infundida a los varones a los 40 días y a las mujeres a los 90.

Dios. En el mismo sentido DWORKIN señala que la negatividad del derecho a decidir de la mujer sobre su maternidad (negación de subjetividad jurídica) en el primer periodo de gestación se debe a dos argumentos fundamentales, la consideración del feto o embrión como persona desde la concepción y la vida humana desde un ideal sagrado²⁸, dicho autor lo resuelve señalando que el *nasciturus* no tiene *derechos en serio*²⁹, ya que si bien la vida humana es algo valioso, el embrión no es persona y por lo tanto no está sujeto a derechos e intereses, ya que la vida humana es *algo*, no necesariamente *alguien*³⁰.

El artículo 45 de la Constitución del Ecuador, en su primer inciso, señala que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. El concepto de la palabra *concepción* tiene un origen religioso relacionado con la *inmaculada concepción*³¹, entendida como el momento en el que

²⁸ DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida*. Barcelona, Ariel, 1998, p. 26.

²⁹ *Los derechos humanos intangibles no pueden ser suprimidos ni aun pretexto de obtener el logro de intereses colectivos, no encuentra mayores dificultades para estimar que la vida humana puede ceder en beneficio de intereses no ya sociales, sino meramente individuales.*

³⁰ *Ibíd.* p. 56.

³¹ En LUCAS 1:28, el ángel Gabriel, enviado por Dios, le dice a la Virgen María: *Alégrate, llena de gracia, el Señor está contigo*. En el mismo sentido, el Papa Pío IX, en la Bula *Ineffabilis Deus*, de 8 de diciembre de 1854, señala: *... declaramos, proclamamos y definimos que la doctrina que sostiene que la beatísima Virgen María fue preservada inmune de toda mancha de la culpa original en el primer instante de su concepción por singular gracia y privilegio de Dios omnipotente, en atención a los méritos de Cristo Jesús Salvador del género humano, está revelada por Dios y debe ser por tanto firme y constantemente creída por todos los fieles ...*

entran en contacto el óvulo y el espermatozoide que forma el cigoto, situación incompatible con lo establecido en el Artículo 60 del Código Civil ecuatoriano vigente que establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Al realizar un análisis de las normas mencionadas en relación al artículo 66.10 de la Constitución del Ecuador³², nos encontraremos frente a la ponderación de la protección de la vida desde la concepción y el derecho de la mujer a la privacidad y la autonomía procreativa. En este sentido, DWORKIN concluye señalando que lo que impide la consideración de la santidad de la vida del feto como sustento para que pueda servir como justificación del poder estatal para prohibir a esa mujer la destrucción del organismo es que el *nasciturus* no tiene derechos ni intereses que invocar u oponer³³.

El desprecio por los derechos fundamentales de la mujer ha llevado a que nuestro ordenamiento jurídico sea incapaz de tutelar de manera efectiva los derechos de la mujer embarazada, ni siquiera en torno a lo establecido en la Constitución. El artículo 66.10, en torno a los derechos de libertad, reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir

³² *El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.*

³³ VIGO, ALEJANDRO HERNÁN. "El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual (RONALD DWORKIN)", en *Revista Chilena de Derecho*. vol 21, 1996, p. 433.

cuándo y cuántas hijas e hijos tener; y al mismo tiempo tipifica el aborto como delito al aborto en los artículos 147, 148, 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. Se trata de un problema de incapacidad de origen que niega a la mujer embarazada la posibilidad de rechazar de manera autónoma una maternidad no deseada, esta limitación sobre la decisión libre durante el periodo de gestación hace impracticable la garantía de contenido esencial y relega a la mujer a ser una sujeto pasivo de derechos fundamentales³⁴.

Cabe señalar que desde la clásica consigna feminista de *el cuerpo es mío*, se comprende la negación del sometimiento del cuerpo femenino a decisiones heterónomas o que se justifican en intereses ajenos a la propia mujer, no siendo facultad del Estado, la imposición de la gestación y maternidad en las mujeres³⁵. Al respecto FERRAJOLI señala que la lesión del segundo imperativo kantiano, según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento - aunque sea de procreación - para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma³⁶, es así que la regulación jurídica del aborto debería dar cuenta de la situación de las mujeres conforme a su capacidad generativa, combinando el legítimo interés de protección a la vida con el respeto a la autonomía femenina y su salud³⁷.

³⁴ VIVES ANTÓN, TOMÁS, y, CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 113-114.

³⁵ GONZALES RAMÍREZ, et al. "Aborto y justicia restaurativa", en *Polis. op. cit.* p. 1.

³⁶ FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil. Introducción del P. Andrés Ibáñez*. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y GREPPI, A., (trad. al Castellano). Madrid, Trotta, 1990, p. 85.

³⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Manual de Criminología*.

El aborto

El aborto es punible en todos los casos en los que se realice en contra de la voluntad de la mujer en estado de gestación, la polémica surge cuando es la propia mujer quien desea interrumpir el embarazo, esta idea ha generado diversas posturas sobre si esta decisión debe ser sancionada y constar dentro del catálogo de delitos que constan en la parte especial de los Códigos penales. Por un lado, aquellos que no admiten la despenalización de estas conducta; quienes se inclinan por la absoluta impunidad en miras del reconocimiento de la libertad de la mujer y la posición intermedia que es tomada por la mayoría de la doctrina que considera determinados supuestos en los que se puede plantear un conflicto de intereses entre la madre y el fruto de la concepción, lo que debe ser jurídicamente relevante³⁸.

Cuando hablamos del abordo se plantea un conflicto de intereses entre la protección de la vida humana en formación y otros bienes jurídicos dignos de protección como la vida, salud, libertad o dignidad de la mujer en periodo de gestación. Esta dinámica de posturas divididas busca identificar el interés preponderante, por un lado la posición religiosa que protege la vida humana en formación y por otro lado, los movimientos feministas que reafirman el consentimiento de la mujer y su decisión de detener el embarazo³⁹.

Introducción y teorías de la criminalidad. Madrid, Editorial Espasa, 1988.

³⁸ GONZALES RUS, JUAN. *Compendio de Derecho Penal Especial.* Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 74.

³⁹ FERNANDEZ BAUTISTA, SILVIA. "Del aborto", en CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU y MIR PUIG, SANTIAGO. *Comentarios al Código Penal Español.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 521.

Varios autores⁴⁰ señalan como único bien jurídico del delito de aborto a la libertad de la mujer, sin la intención de quitarle valor a la vida prenatal, al existir un conflicto mayor con el libre desarrollo de la personalidad de la embarazada para quien el continuar con el embarazo podría suponer la disyuntiva sobre la posibilidad de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente no deseada y que la naturaleza le ha encomendado⁴¹, configurándose el indicativo sobre el fundamento de no exigibilidad de otra conducta⁴². LUZÓN PEÑA defiende esta idea de no exigibilidad y pone hincapié en la idea de respetar la decisión del agente, mujer o terceros, afirmando que los intereses en juego son la libertad y la dignidad, el libre desarrollo de la vida y la personalidad, el derecho al no sufrir angustias o sufrimiento, el derecho a no soportar sino asumir libremente cargas u obligaciones especialísimas muy superiores a las normales de la paternidad o el parentesco⁴³.

⁴⁰ CARBONELL MATEU, Juan, y GONZALES CUSSAC, JOSÉ en VIVES ANTÓN, TOMÁS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 586-587. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, DIEGO. *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*. Barcelona, Editorial PPU, 1991, pp. 357-358; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona, Ariel, 1991, p. 53; ROMEO CASABONA, carlos. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 357; DIEZ RIPOLLÉS. *Análisis de los elementos de las causas de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, pp. 192-193; LAURENZO COPELO. *El fundamento de las indicaciones del aborto*. Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1990, p. 872; ORTOS BERENGUER. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 275.

⁴¹ CARBONELL MATEU, JUAN, y GONZALES CUSSAC, JOSÉ, en VIVES ANTÓN, TOMÁS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 586-587

⁴² GONZALES RUS, Juan, en COBO DEL ROSAL, MANUEL. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Edersa, 1993, p. 173.

⁴³ LUZÓN PEÑA, DIEGO. *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*.

La delimitación del termino feto es lo que determina la relevancia jurídico penal del diagnóstico prenatal (cribado de embriones) y de la utilización de los embriones sobrantes para la investigación y experimentación con ovocitos⁴⁴. De lo anterior, la protección constitucional que surge desde el momento de la concepción implicaría no solo la penalización del cribado de embriones sino incluso la prohibición de la reproducción asistida, los anticonceptivos y lo de la píldora del día después. El comienzo de la vida humana dependiente se produce desde el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno y con viabilidad intrauterina, cuyo respaldo corresponde a una justificación biológica fundada en las distintas y diferenciadas fases del desarrollo embrionario⁴⁵. Legislaciones en el mundo han despenalizado el aborto cuando se trate de las primeras semanas, tres a cuatro meses en Portugal, doce a veintidós semanas en Holanda, Inglaterra, Francia e Italia, etc.

Las reformas legales de diversos países del mundo han permitido la despenalización del aborto incluyendo en sus consideraciones un sistema mixto de plazos e indicaciones para la aceptación de la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas situaciones. El criterio de la impunidad del aborto realizado dentro de un plazo, doce semanas, que constituye un límite generalizado para los países que reconocen este sistema y que se ha entendido de forma amplia como un supuesto terapéutico, lo han denominado

Barcelona, Editorial PPU, 1991, pp. 357-358.

⁴⁴ FERNANDEZ BAUTISTA, silvia. "Del aborto", en CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU, y MIR PUIG, SANTIAGO. *Comentarios al Código Penal Español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 522.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 522.

como estado de estrés⁴⁶; por otro lado, el sistema de indicaciones basado en el criterio de conflicto de intereses considera causas de justificación o de exculpación aquellas que puedan contrariar la indicación médica o terapéutica (grave riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada), ética (embarazo consecuencia del delito de violación), eugenésica (feto con grave malformación física o psíquica) y socioeconómica (cuando el nacimiento implique un peligro social o cultural)^{47 48}.

En España tras la reforma LO 2/2010 se despenaliza parcialmente la práctica abortiva dentro de las primeras catorce semanas, así como la producción del aborto por causas medicas siempre que no superen las veintidós semanas y en casos sumamente excepcionales superado dicho plazo. Además, han regulado requisitos comunes para estas prácticas como son: a) ser practicado por un médico especialista o bajo su dirección (obstetricia o ginecología); b) realizarlo dentro de un centro o establecimiento sanitario, público o privado acreditado; c) con consentimiento expreso y por escrito previa información de la mujer embarazada o del representante legal.

⁴⁶ Alemania (Párr. 218^a. CP, Str Const., 28 de mayo de 1993); Estados Unidos (STS de 22 de enero de 1973); Austria (Párr. 97.1); Dinamarca (Leyes de 1973 y 1975); Grecia (Ley 1607/1986); Holanda (Ley de 17 de mayo de 1984); Inglaterra (Leyes de 1967, 1979 y de 1990); Suecia (Ley de 1974-1975); Francia (art. L, 162-1 CSal. Pub.); y, Bélgica (art. 350 CP, Ley de 3 de abril de 1990)

⁴⁷ Italia (art. 4 Ley 194/78) y Japón (art. 14.4) Ley de Protección eugenésica

⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, CARMEN. "Del aborto" en *La parte especial del Derecho Penal, Constitución y Leyes*. Madrid, 2015, p. 76.

¿Un problema de culpabilidad?

WELZEL se encargó de introducir criterios de realidad ontológica-objetiva en las diversas categorías dogmáticas incluyendo la culpabilidad, señalando que el planteamiento del reproche de culpabilidad toma en cuenta la decisión de valores a favor de la acción injusta, la cual es llevada a cabo con motivo de esa decisión⁴⁹, estableciendo una valoración del aspecto subjetivo y basado en una real posibilidad de evitabilidad respecto al mensaje normativo (poder actuar de otro modo)⁵⁰. Justamente, la discusión sobre la exigibilidad de la mujer en estado de gestación de actuar de otro modo, es la que analizaremos para lo cual es necesario revisar algunos criterios previos.

Un aporte fundamental para el desarrollo del finalismo fue la propuesta de VON WEBER, precursor de un libre albedrío progresivo en la vida humana⁵¹, la culpabilidad tendría como base a la exigibilidad y evitabilidad del sujeto, en tanto no pueda actuar de otra manera⁵². El autor señala textualmente *nosotros erigimos el reproche cuando el autor puede hacer algo para eso, o sea, cuando ha realizado una acción punible que le era evitable, cuando no era para él un destino ineludible*⁵³.

⁴⁹ WELZEL, HANS. *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*. ABOSO Y TEA LÖW, GUSTAVO (trad.) Buenos Aires, B de F, 2003, p.33.

⁵⁰ GALVAN RAMOS, MARCOS. *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*. Buenos Aires, Ara Editores, 2017, p. 92.

⁵¹ VON WEBER, HELLMUTH. *Lineamientos del Derecho Penal alemán*. 2008, p. 117.

⁵² DONNA, edgardo. *Teoría del delito y de la pena*. T.i, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 168.

⁵³ VON WEBER, HELLMUTH. *Para la estructuración del Sistema de Derecho penal*. 1935, pp. 185-149; *Idem*. *Lineamientos del Derecho penal alemán*.

En la época de los treinta, la bifurcación en la teoría del delito sobre el tipo objetivo como objeto de valoración de la antijuridicidad y al tipo subjetivo como la culpabilidad es resuelta por GRAF ZU DOHNA⁵⁴ quien a través de su teoría logra eliminar los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo reprochabilidad⁵⁵. En cuanto a la acción, esta se consideró como obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación por ser la determinación de una voluntad contraria a deber, a saber, que está dirigida hacia la realización de un resultado antijurídico⁵⁶.

En 1939, WELZEL señala que el reproche de culpabilidad toma en cuenta la decisión de valores a favor de la acción injusta, la cual es llevada a cabo con motivo de esta decisión⁵⁷, tomando en consideración, que la actuación conforme a sentido puede generar el desvalor ético de la acción culpable, ya que *tú hubieras debido actuar conforme a la norma, porque hubieras podido actuar conforme a la norma*⁵⁸ e identifica como objeto de reproche de la culpabilidad a la acción en su totalidad⁵⁹.

Buenos Aires, Ediar, 1948.

⁵⁴ JESHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada, Comares, 1993, p. 379.

⁵⁵ WELZEL, HANS. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 151.

⁵⁶ GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 32.

⁵⁷ WELZEL, HANS. *Estudios sobre el sistema de Derecho penal. op. cit.* p. 33

⁵⁸ WELZEL, Hans, *La teoría de la acción penalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 33,

⁵⁹ *Ídem. Estudios sobre el sistema de Derecho penal. op. cit.,* p. 70.

La crítica de MEZGER a la culpabilidad normativa en razón de lo que consideraba un vaciado de concepto, siendo que su propuesta sobre culpabilidad psico-normativa evita este incidente⁶⁰. En respuesta, WELZEL señaló que la distinción de la valoración y de su objeto es posible y obligada lógicamente pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración, el problema trasciende de la frontera de distinción de la valoración y su objeto, se trata de la inserción correcta de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración⁶¹. El supuesto de *vaciado de concepto*, en realidad es la depuración de elementos extraños⁶².

El contenido ontológico-objetivo de la culpabilidad finalista estaría constituido por la *posibilidad de actuar de otro modo*, la alusión al libre albedrío tuvo que encontrar fundamentos apropiados ante la crítica a la imposibilidad de demostración empírica para consolidar el concepto. WELZEL para sustentar la libertad de la voluntad, distinguió tres estamentos para explicar su existencia⁶³:

1. Fundamento antropológico

En base a los postulados de antropología de SCHELER, conforme a los cuales el hombre posee libertad existencial, a la vez el poder de desvincularse del ámbito meramente orgánico.

⁶⁰ MEZGER, EDMUND. *Modernas orientaciones de la dogmática penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 52.

⁶¹ WELZEL, HANS, *El nuevo sistema de derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2002, p. 131,

⁶² WELZEL, HANS, *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 153 y ss,

⁶³ *Ibíd.* p. 153 y ss,

2. Fundamento caracterológico

Debido a la desintegración de las formas innatas de conducta y la constitución de un *yo* como centro responsable, la estructura anímica del hombre estará comprendida por una pluralidad de estratos. Un estrato profundo en torno a los impulsos vitales de conservación, el mismo que los dirige conforme a valores, actos de pensamiento (fundamentos lógico-objetivos) y la voluntad (sentido y valor).

3. Fundamento categorial

La libertad no es la posibilidad de elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y disvalor; la aceptación de tal libertad infundada de elección, solo nos conduciría al indeterminismo y destruirá al sujeto de la responsabilidad. Mientras que lo contrario al valor determina al hombre, lo determina en forma de estímulo causal y mientras tanto no se ha puesto todavía en marcha el acto de libertad⁶⁴.

La relativización de la exigibilidad como sustento material de la culpabilidad se configuraría a través de los postulados de HENKEL⁶⁵. Este autor analiza la culpabilidad como una institución reducida al sustento material de la culpabilidad, pasando a ser un principio regulador de análisis concreto en todas las categorías del delito; es decir, la concreta determinación de los límites dudosos de la exigencia de deber contenida en el elemento normativo de

⁶⁴ WELZEL, HANS. *Derecho Penal alemán*. Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1987, p. 209. y ss.

⁶⁵ GALVÁN RAMOS, MARCOS. *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*. Buenos Aires, Ara Editores, 2017, p. 92.

la culpabilidad lo que permitiría establecer la medida de aquello que podía esperarse del autor como prestación obligatoria de acuerdo con las circunstancias del caso individual⁶⁶.

La corriente finalista a la que se adscribe el Código Orgánico Integral Penal asume que la culpabilidad normativa se encuentra construida por la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud del acto (conocimiento del actuar antijurídico) y la exigibilidad (juicio de reproche). Por lo tanto, el análisis sobre el tipo penal del aborto se debe realizar en torno a los criterios dogmáticos antes expuestos.

En síntesis, la concepción normativa de la culpabilidad tiene como elemento imprescindible la exigibilidad para la completa formulación del juicio de reproche⁶⁷. Cuando nos referimos a *la no exigibilidad de otra conducta*, el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el hecho puede quedar exento de responsabilidad cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no era posible exigirle que actuara de otra manera⁶⁸. La mujer por el hecho de haber nacido con ese género tiene sobre ella una carga biológica en cuanto a la reproducción humana; en el caso del aborto, *el actuar de otro modo* no es posible, ya que esta prestación obligatoria de acuerdo a las circunstancias individuales implicaría continuar con el embarazo pese a las consecuencias que se puedan derivar de esa conducta como las relacionadas el bien jurídico vida,

⁶⁶ HENKEL, HEINRICH. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires, B de F, 2005, p. 120.

⁶⁷ AGUADO CORREA, teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*. Granada, Comares, 2004, p. 9.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 10 y ss.

integridad personal, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

El presupuesto general de exigibilidad sobre quien pudo haber actuado diferente en una misma situación y no lo hizo, se puede apreciar de mejor forma analizando la actuación de la mujer en tres ejemplos: la víctima de una violación que se somete a un aborto ilegal, la adolescente que acaba de quedar embarazada y se somete a un aborto ilegal, y la mujer que es detenida en la sala de emergencias de un hospital después de tener complicaciones en el procedimiento ilegal de aborto. En los tres casos se puede apreciar diversos elementos, la no exigibilidad de la conducta en torno a la norma de quien fue víctima de un tipo penal, la no exigibilidad de actuar en torno a la norma de quien eligió no cargar con una obligación biológica para la cual no está preparada, y la no exigibilidad de actuar de otro modo de quien eligió no cargar con una obligación que vino implícita en su género; en todas las situaciones el *actuar en torno a derecho* desencadenaría consecuencias directas en torno al bien jurídico vida, integridad personal, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, situación discordante con los presupuestos esenciales del sistema penal.

En Ecuador, las situaciones bajo las cuales el aborto no es punible son las contenidas en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal; por lo tanto, queda fuera del ámbito típico del sistema penal ecuatoriano si el aborto se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios o cuando se practique la interrupción del embarazo como consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

En conclusión, al analizar la exigibilidad (juicio de reproche) de la mujer que aborta no se podría reprochar su conducta en torno a la posibilidad de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente biológica que no ha elegido. En cuanto al contenido de los tipos penales que constan en el COIP en torno al aborto, el análisis realizado previamente resulta más evidente, sobre la afectaciones de los bienes jurídicos de la mujer como en el *aborto con resultado de muerte* o la obligatoriedad de continuar el periodo de gestación sobre el sujeto pasivo que además de no tener la oportunidad de elegir la maternidad debido a la carga biológica que lleva al haber nacido mujer, fue víctima de una violación sin ser una discapacitada mental (prohibición de aborto en casos de violación).

Finalmente, la despenalización de la práctica de interrupción del embarazo resulta necesaria y urgente dentro de los límites médicos establecidos y como está ocurriendo en varios países del mundo. El análisis realizado abarca diversos argumentos y posiciones en torno al tema del aborto, perspectivas sociológicas, criminológicas, constitucionales y dogmático-penales que podrían llevar al sistema penal ecuatoriano a un análisis más exhaustivo sobre una futura y añorada despenalización.

Consideraciones sobre el aborto no consentido

La ausencia de consentimiento puede entenderse como aquella obtenida a través de violencia, amenaza o engaño. Con respecto de la intimidación se puede relacionar con el tipo penal de intimidación descrito en el COIP ya que contiene el presupuesto típico de amenazas. La descripción de este artículo tipifica la práctica abortiva, es decir la destrucción del feto o expulsión prematura sin el consentimiento libre e informado de la

embarazada; por lo que, a diferencia de los contenidos en el COIP, este caso sí punible en todos los casos.

En relación al bien jurídico que se protege nos encontramos frente a la afectación de diversos intereses, la vida humana, la libertad sexual, la integridad y la dignidad de la mujer, e inclusive el interés estatal.

Se trata de un delito de resultado y de medios abiertos, por tanto es realizable tanto por una conducta activa como comisiva, admitiendo también formas de imperfecta ejecución, es un delito común por bien que se prevea la pena accesoria de inhabilitación especial para ejercer la profesión o para prestar servicios en establecimiento o consultorios públicos o privados⁶⁹.

Los requerimientos de la tipicidad para concurrencia del delito de aborto son la efectiva existencia de embarazo como presupuesto esencial y la idoneidad de la conducta abortiva para provocar la muerte del feto, en este caso es necesario para la realización del injusto penal que la mujer no lo haya consentido. Cabe recalcar que el aborto contra la voluntad de la mujer siempre será típico⁷⁰.

El sujeto activo de esta infracción no es calificado, por lo tanto, puede ser cualquier persona con capacidad de dar muerte

⁶⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, "Del aborto" en *Comentarios al Código Penal Español*. CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU, y MIR PUIG, SANTIAGO. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 521.

⁷⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA. "Del aborto", en CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU Y MIR PUIG, SANTIAGO. *Comentarios al Código Penal Español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 521.

al feto. Con respecto al sujeto pasivo, es necesario tener en cuenta la determinación del bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria niega que el nasciturus pueda serlo, pues al no tener aún la condición jurídica de persona no puede ser titular de bienes jurídicos, por lo tanto, en este caso es la madre e incluso la comunidad social o el propio estado⁷¹.

⁷¹ LAMARCA PÉREZ, CARMEN. “Del aborto”, en *La parte especial del Derecho Penal, Constitución y Leyes*. Madrid, 2015, p. 77.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, Comares, 2004.

ARISTÓTELES. *La Política*. libro VII, 1330, b2.

BARATTA, Alessandro. “Notas para una teoría de la liberación” *Revista Poder y Control*. Barcelona, Editorial PPU. N.º 1, 1987, p.119.

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. *La regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe*. Lima, Editorial Cladem (Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los derechos de la mujer), 1998.

BINDER, Alberto. *Análisis Político Criminal*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, Ariel, 1991.

CARBONELL MATEU, Juan, y GONZALES CUSSAC, José. “Sobre el aborto”, VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

CASAS, Lidia. Mujeres procesadas por aborto. *Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos*, Santiago de Chile, 1996.

CODIGO HAMMURABI, art. 209.

DA COSTA LEIVA, Miguel. “El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 11, núm.1, edil. 20, 2011.

DIEZ RIPOLLÉS. *Análisis de los elementos de las causas de justificación del art. 417 bis del Código Penal*.

DIGESTO. 25.4.1.1.

DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires, Astrea, 2003.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1998.

ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *Del aborto en Comentarios al Código Penal Español*. CORCOY VIDASOLO, MIRENXTU, y MIR PUIG, Santiago. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés Ibáñez, Andrés Ibáñez, P. y Greppi, A. (trad. al Castellano). Madrid, Trotta, 1990.
- GALVÁN RAMOS, Marcos. *Hacia una culpabilidad de contención punitiva*. Buenos Aires, Ara Editores, 2017.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Editorial Espasa, 1988.
- GONZALES GUTIÉRREZ, Patricia. “La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia”, *Revista de Historia Antigua*, Ediciones Complutense, 2016.
- GONZÁLES RAMÍREZ, Isabel; FUENTESALBA MARTÍNEZ, Soledad y LLANCAS HERNÁNDEZ, Pablo. “Aborto y Justicia Restaurativa”, en *Polis*. vol. 15 N.º 23, Santiago de Chile, Scielo, 2016.
- GONZALES RUS, Juan. *Compendio de Derecho Penal Especial*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- _____, “Sobre el aborto”, COBO DEL ROSAL, Manuel. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Edersa, 1993.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo.* Buenos Aires, B de F, 2005.

JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Parte General. Granada, Comares, 1993.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Del aborto en La parte especial del Derecho Penal, Constitución y Leyes.* Madrid, 2015.

LAURENZO COPELO. *El fundamento de las indicaciones del aborto.* Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1990.

LUCAS 1:28

LUZON PEÑA, Diego. *Indicaciones y causas de justificación en el aborto,* Editorial PPU, Barcelona, 1991.

MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la dogmática penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

ORTS BERENGUER. *Compendio de Derecho Penal.* Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.

QUEZADA, Noemí. “Métodos anticonceptivos y abortivos tradicionales”, *Anales de antropología.* 1998.

RIVIRIEGO PICÓN, Fernando. *Otro estudio más del aborto. La Indicación eugenésica y su fundamentación.* Dykinson, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “El aborto entre la ética y el Derecho“, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*. vol. XI/2, Madrid, 2002.

VIGO, Alejandro y Hernán, “El dominio de la vida. Una discusión cerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual (Ronald Dworkin)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21., 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás y **CUERDA ARNAU**, María Luisa. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

VON WEBER, Hellmuth. *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, 2008.

_____, Para la estructuración del Sistema de Derecho Penal 1935, **VON WEBER**, Hellmuth, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*. Buenos Aires, Ediar, 1948.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*. Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1987.

_____, *El nuevo sistema de Derecho penal*. Buenos Aires, B de F, 2002.

_____, *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*. Aboso, Gustavo y Löw, Tea (trad.) Buenos Aires, B de F, 2003.

_____, *La teoría de la acción penalista*. Buenos Aires, Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Editorial Ediar S.A., 1998.

LA CONCEPCIÓN DE LO PENAL
EN LA SOCIEDAD DESCRITA POR HOMERO EN SUS OBRAS

**LA CONCEPCIÓN DE LO PENAL
EN LA SOCIEDAD DESCRITA POR HOMERO EN SUS OBRAS¹**

RAMIRO GARCÍA FALCON²
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

RESUMEN:

La sociedad griega y su evidente influencia en la construcción de lo que hoy llamamos *cultura occidental* no puede ser soslayada a la hora de analizarse el desarrollo histórico del Derecho penal. De hecho, sus contribuciones han sido tan importantes, tanto en lo político, como en lo jurídico y filosófico, que no existe manera de explicar el estado actual del Derecho penal occidental, sin referirse a Grecia y sus diferentes etapas. Por lo tanto, explicaré la relación jurídico-filosófica en torno a esta sociedad y sus repercusiones en la actualidad.

PALABRAS CLAVE:

Comunidad, poder, relaciones jurídicas, Época Homérica, funciones, castigos.

¹ Artículo presentado por el autor el 24 de abril de 2019 y aprobado el 22 de junio de 2019.

² Es Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal (Ph. D) por la Universidad de Sevilla. <https://orcid.org/0000-0002-6343-563X>

ABSTRACT

Greek society and their influence on the construction of what we now call *Western Culture* cannot be overlooked when analysing the historical development of Criminal Law. In fact, their contributions have been so important, both politically and legally and philosophically, that there is no way to explain the current state of Western Criminal Law without referring to Greece and its different stages. Therefore, I will explain the legal-philosophical relationship around this society and its repercussions to the present.

KEY WORDS

Community, power, legal relations, Homeric Era, roles, punishments

La sociedad en la Grecia Homérica

Existen indicios de poblaciones que habitaron el territorio griego desde el Paleolítico, así como asentamientos en el Neolítico (6000 a. C.- 2900 a. C.), especialmente en el norte de Grecia. Entre 3200 a. C. y 1100 a. C. floreció la civilización Cicládica en las islas ubicadas en el Mar Egeo (Delos, Naxos y Paros). Se dedicaban a la pesca y al comercio y sus casas y templos fueron construidos en piedra. A fines del siglo XIX, se descubrieron figuras femeninas pintadas, que al parecer habrían sido utilizadas en ritos funerarios³. No se conservan registros escritos de esta época y la mayoría de historiadores concuerda en que el final de esta época coincide con el aparecimiento de la denominada civilización cretense o minoica (2700 a. C.-1500 a. C.)⁴, denominada de esta forma por Sir Arthur John Evans en honor al rey Minos de Creta⁵.

De esta última se han encontrado tanto edificaciones, como pinturas, que representan sobre todo a sus divinidades. No se han podido descifrar los registros escritos hallados, por lo que no es posible conocer la estructura jurídica imperante en dicha civilización. Sin embargo, de los monumentos encontrados, puede inferirse que tenían un sistema de gobierno centralizado, con el rey como cabeza y probablemente sumo sacerdote⁶. Se evidencia

³ HOFFMAN, GAIL. Painted Ladies: Early Cycladic II Mourning Figures? en *American Journal of Archeology*,

⁴ Ancient History Encyclopedia, <http://www.ancient.eu/greece/>.

⁵ EVANS, Arthur JOHN. *The Palace of Minos*. Londres, Macmillan, 1921.

⁶ MATZ, F. "The Zenith of Minoan Civilization", en *The Cambridge Ancient History. Part. I. Vol. III*. Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, p. 557.

la existencia de una clase noble dirigente, una clase media, cuyos estándares de vida eran más bien modestos y una cuarta clase, subalterna, formada por quienes hacían los trabajos más duros, como agricultura, pesca y alfarería. Así mismo se han encontrado vestigios, de lo que habría sido un archivo en donde se llevaban los registros de gobierno y bienes importados y exportados. Llama la atención el que pinturas de batallas y escenas de guerra son escasas, así como resulta muy raro encontrar vestigios de armamento. Al parecer la relación entre el orbe minoico y sus vecinos aqueos fue respetuosa, pese al incremento de poder y notable desarrollo de estos últimos. Su decadencia y desaparición, luego del 1380 a. C., estuvo precedida de un terremoto sucedido alrededor del 1500 a. C. y el centro de la actividad histórica en el Mediterráneo no fue más Creta, sino las *polis* griegas, durante todo el tiempo que duró la Edad de Bronce Tardía⁷.

El siguiente período es el denominado como Homérico (de finales del siglo XI a. C. hasta el final de siglo VIII a. C.), pues las mejores descripciones de lo que eran las ciudades griegas de entonces las tenemos en las obras de *La Ilíada* y *La Odisea*, cuya autoría se atribuye al poeta Homero, las cuales habrían sido escritas alrededor del 700 a. C. Desde una perspectiva jurídica, las obras de este autor y posteriormente las de Hesíodo revisten especial interés, pues muchos de los conceptos que en éstas se plantean, constituyen sin duda la base sobre la que se construye el sistema penal hoy en día. Más allá de los relatos sobre guerras, viajes, héroes, dioses y cuanta criatura mitológica uno pueda imaginarse, las obras mencionadas relatan la estructura y valores

⁷ MATZ, F. "The Zenith of Minoan Civilization", en *The Cambridge Ancient History. Part. I*, Vol. III. Cambridge, Cambridge University Press, 1973, p. 580.

de una sociedad que realmente existió y de la que, por la vía de la Atenas del siglo IV a. C. y la cultura greco-romana, Occidente es tributario. Por cierto, debe señalarse que HOMERO vivió cinco siglos después de ocurrida la Guerra de Troya, lo que significa que toda la explicación que da sobre esa sociedad y la forma en que la describe, se basa en conjeturas y relatos y no en una constatación directa.

Para entender las concepciones culturales y sus derivaciones jurídicas, debemos tener en cuenta que la sociedad homérica se constituye en una etapa de transición entre dos mundos: el del *oïkos* y el de la *polis*. El *oïkos*, se define por ARISTÓTELES, como la primera forma de asociación humana, constituida por un macho y una hembra, quienes viven bajo un mismo techo y comparten la misma comida⁸. Actualmente se conceptualiza al *oïkos* desde tres visiones diferentes, por una parte, como sinónimo de *casa*, otros como *los bienes del hogar* y finalmente aquéllos que concuerdan con la definición aristotélica y lo usan para referirse a la familia⁹. Evidentemente, las palabras españolas *casa*, *hacienda* o *familia* agotan el contenido del *oïkos*, pero es claro que ésta se refiere a una primera forma de asociación y de unidad productiva de la que se derivará la palabra *Oikonomia*, compuesta del sustantivo *oïkos* y del verbo *nemo*¹⁰.

Las sociedades que describe HOMERO en sus obras *La Ilíada*

⁸ ARISTÓTELES. *La Política*. Libro Primero, Capítulo I.

⁹ MCDOWELL, Douglas. "The Oikos in Athenian Law", en *The Classical Quarterly*. Vol. 39, N.º 1. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 10. Sobre el tema, consultar LACEY, Walter C. *The Family in the Classical Greece*. Londres, Hudson, 1968.

¹⁰ Sobre el origen de la palabra *Oikonomia*, consultar MIRÓN PÉREZ, MARÍA DOLORES. *Oikos y Okonomia: el análisis de las unidades de producción y reproducción en el estudio de la Economía antigua*.

y *La Odisea*, si bien no pueden ser consideradas como una unidad, al punto que un buen sector de la academia considera que dichas obras fueron escritas por dos autores diferentes, son conjuntos de personas que se reúnen alrededor de un ágora, para tomar decisiones, pero que no alcanza las características que posteriormente tendrán aquellas unidades políticas, que denominaremos *polis*, como los conceptos de ciudadanía, de deberes y derechos del ciudadano, así como la noción de aquel que no pertenece a esa ciudadanía¹¹.

La concepción de comunidad se enfrenta aún a la vieja estructura del *oïkos*, de extracción claramente aristocrática, en donde el jefe del *oïkos* concentra los bienes y reparte los frutos de los mismos, a su arbitrio. Cuanto más fama y renombre tenga el jefe del grupo, mayores seguidores tendrá. Recordemos que la sociedad homérica era fundamentalmente agraria, cuando no estaba en guerra. Esta dualidad se representa claramente en la *Ilíada*, cuando Agamenón manda a Menelao y Palámedes en busca de Ulises u Odiseo, para pedirle que se una a su expedición contra Troya y le encuentra labrando sus tierras con una yunta conformada por un buey y un asno y sembrando sal, estratagema utilizada para fingir locura y evitar acudir a la guerra¹². Palámedes descubre el engaño al ubicar a Telémaco, el pequeño hijo del rey de Ithaca al frente del arado, el cual obviamente fue detenido para no causar daño al niño. Para HOMERO, el fundamento mismo de la civilización se encontraba en la agricultura, por lo que la tierra no solo se convierte en fuente de materiales de subsistencia, si no en la

¹¹ VIDAL-NAQUET, MICHEL AGUSTIN PIERRE. *Economía y Sociedad en la Grecia Antigua*, Barcelona, Paidós.

¹² GRAVES, Robert. *La guerra de Troya*. Madrid, Unidad Editorial, 1998, pp. 14-15.

medida de la riqueza y el poder, en una sociedad en la que este era ejercido fundamentalmente por terratenientes¹³.

En cuanto a la estratificación social en la Grecia Homérica, esta se encontraba dividida entre los *aristoi*, que significa literalmente *la mejor gente*, esto es aquellos que por herencia regentaban la mayor parte de la riqueza y el poder y por debajo, todos los demás, pues no aparece una palabra técnica para definir a un grupo de trabajadores definido, como *labradores* por ejemplo. La movilidad entre clases solo era posible por vías extraordinarias, como acceder a fortuna en la guerra y los matrimonios estaban reservados para personas del mismo grupo social¹⁴.

En la línea principal del ejercicio del poder, también había diferencias, pues por una parte se hace constante referencia a los reyes en los poemas homéricos, sin embargo debe considerarse que aquellos a los cuales HOMERO denominaba como *reyes*, no ejercían dicho cargo en el sentido que posteriormente se le dio¹⁵. Su fuerza dependía de su capacidad económica, al punto que Agamenón comandó la flota griega en la expedición contra Troya, únicamente porque contaba con más barcos bajo su mando, que los demás.

¹³ VIDAL-NAQUET, MICHEL AGUSTIN PIERRE. "Valeurs religieuses et mythiques de la terre et du sacrifice dans l'Odysée", en *Annales*, pp. 1278-1297.

¹⁴ FINLEY, MOSES I. *El Mundo de Odiseo*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1961.

¹⁵ GEDDES, A. G. Who's Who in the 'Homeric Society'", en *The Classical Quarterly*. Vol. 34, N.º 1. Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 21.

En cuanto a los demás reyes, la posición de Ulises es un tanto más clara y a la vez más confusa que la de Agamenón. Está claro que rigió Ithaca como un padre bondadoso¹⁶ y que al regresar a tierra, retomó el cargo luego de matar a los pretendientes de su esposa Penélope. Al final de *La Odisea*, el dios Zeus sugiere que los habitantes de Ithaca hagan un juramento, por el cual reconocen como su rey vitalicio a Ulises¹⁷. Este concepto de rey, debe ser entendido en contraposición al de *basileus*, con el que se denominaba a quien dirigía un pueblo o villa. Muchas veces esta palabra griega se la ha traducido como *rey*, aunque se encuentran mucho más cerca del concepto de *caudillo* que el de monarca¹⁸.

Si bien la mujer es contantemente nombrada tanto en *La Ilíada* como en *La Odisea*, recordemos que la guerra de Troya cuenta como motivo principal el rapto de Elena, esposa de Menelao, rey de Esparta por parte de Paris, hijo de Príamo, rey de Troya, así como la asignación de género femenino a varias deidades, es evidente que el poder era ejercido por los varones, a quienes les estaba reservado el tomar las decisiones importantes de la sociedad¹⁹.

¹⁶ HOMERO. *La Odisea*. 2.47, 234; 5.12

¹⁷ *Ibid.* 24. 483.

¹⁸ POMEROY, SARAH B. *A Brief History of Ancient Greece: Politics, Society, and Culture*. Nueva York, Oxford University Press, 2004, p.p. 44-45.

¹⁹ SEALEY, RAPHAEL. *Women and Law in Classical Greece*. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1990, p.150.

El pensamiento jurídico en la Grecia homérica

En la época homérica se sientan las bases del derecho griego, aunque algunos autores, especialmente del ámbito anglosajón, nieguen la existencia de algo a lo que podamos darle ese nombre, por la disparidad de elementos y características que presentan a lo largo del tiempo, tanto la estructura jurídica homérica, las *Leyes de Gortyn*, las *leyes atenienses* y los papiros griegos del Egipto Ptolemáico²⁰. Sin embargo, la mayoría de autores del ámbito continental, consideran que pese a las diferencias encontradas en las estructuras jurídicas de las diferentes *polis*, existe una forma de unidad espiritual abstracta (*geistige Gemeinsamkeit*) y conceptos básicos (*Grundvorstellungen*)²¹; entre estos elementos comunes, encontramos formas básicas de organización política e ideas como el *dike* (ley, justicia), *bable* (daño, lesión), *hybris* (insolencia o deshonra), *homologeín* (acordar) y *kyrios* (ordenar, estar al mando)²².

En primer lugar, debe resaltarse que no existe una palabra en el griego que se hablaba en la época homérica, que pueda designar al derecho. Para estos efectos se usa la palabra ley, pese a no existir constancia de la existencia de codificación alguna en la época²³.

²⁰ FINLEY, MOSES. "The Problem of the Unity of Greek Law", en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche (Atti del primo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto)*. Florencia, 1966, p. 140.

²¹ WOLFF, Hans JULIUS. "Juristische Gräzistik – Aufgaben, Probleme, Möglichkeiten", en *Symposion*. 1971, p. 20.

²² GAGARIN, MICHAEL. "The Unity of Greek Law", en *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 30.

²³ LATTE, Kurt. "Der Rechtsgedanke im Archaischen Griechenland",

De hecho las primeras leyes griegas que se ha descubierto, son las que corresponden a la cretense ciudad de Dreros, las mismas que se han datado en la segunda mitad del siglo VII a. C., así como las de Zaleuco en la ciudad de Locros Epicefirios que datan aproximadamente del 662 a. C.²⁴. Por lo tanto, normas positivizadas, en el sentido de reglas generales explícitamente promulgadas por una autoridad soberana, no se encuentran en HOMERO. Lo que puede hallarse, es un cuerpo de usos y costumbres, anunciadas esporádicamente con mayor o menor autoridad, refrendadas primeramente por la opinión pública y posteriormente por la intervención del rey o el pueblo, de manera que puede afirmarse que en la época homérica, la fuente de la ley es la costumbre promulgada en la forma de reglas generales de actuar o de decisiones en casos particulares²⁵.

Lo más cercano a las leyes eran los pronunciamientos del rey sobre un tema específico, en el que establecía lo que debe considerarse como apropiado o no, generalmente cuando debía arbitrar una disputa²⁶. Para lo que nosotros actualmente denominamos como derecho, entonces se utilizaba las palabras *Themis*, que corresponde al nombre de la hija de Zeus, diosa de la ley y de las

en *Antike & Abendland*. N.º 2, 1946, p. 63. En el mismo sentido, STOLFI, EMANUELE, para quien no existe en griego antiguo un equivalente al latino *ius*. STOLFI, EMANUELE. *Introduzione aallo Studio dei Diritti Greci*. Turín, Giappichelli Editore, 2006, p. 11.

²⁴ GAGARIN, MICHAEL. *Early Greek Law*. Berkeley, University of California Press., 1986, p. 81.

²⁵ CALHOUN, GEORGE M. *Introduction to Greek Legal Science*. Aalen, Scientia, 1977, p. 8.

²⁶ BONNER, ROBERT J. "Administration of Justice in the Age of Homer", en *Classical Philology*. Vol. 6. Chicago, The University of Chicago Press, 1911, p. 12.

asambleas deliberativas. Esta diosa aparece fundamentalmente en *La Ilíada* y se le atribuye diferentes concepciones, pues se le asocia tanto con norma, como con uso establecido y costumbre. En *La Ilíada*, se le atribuye la función fundamental de convocar a los dioses a asamblea, llegando inclusive a presidir el banquete de los dioses en ausencia de Zeus y Hera. En *La Odisea* aparece por una sola ocasión, cuando Telémaco invoca a Zeus y a Themis²⁷.

HOMERO parte de la premisa que una sociedad requiere de leyes (*Themis*) para poder desarrollarse, aún más, la falta de normas se define como negativo y propio de pueblos despreciables. En el relato que hace Ulises sobre su visita a la tierra de los Cíclopes, se refiere a estos de forma despectiva, enfatizando en la falta de leyes entre ellos²⁸.

Vale señalar que por la forma en que se utiliza la palabra *Themis* en los poemas homéricos, al parecer en principio la existencia de esta diosa se encontraba más vinculada a la reunión de asambleas, que a la de *derecho* o *ley*²⁹. Debemos recordar que los esquemas y estructura de la *Ilíada* y la *Odisea* presentan diferencias bastante marcadas, al punto que, como ya se señaló anteriormente, una

²⁷ RUIPÉREZ, Martín. "Historia de Themis en Homero", en *Emerita*. N.º 28, 1960, p.p. 100-102.

²⁸ HOMERO. *Odisea*. Canto IX: "Desde allí proseguimos navegando con el corazón acongojado, y llegamos a la tierra de los Cíclopes, los soberbios, los sin ley; los que, obedientes a los inmortales, no plantan con sus manos frutos ni labran la tierra, sino que todo les nace sin sembrar y sin arar: trigo y cebada y viñas que producen vino de gordos racimos; la lluvia de Zeus se los hace crecer. No tienen ni ágoras donde se emite consejo ni leyes; habitan las cumbres de elevadas montañas en profundas cuevas y cada uno es legislador de sus hijos y esposas, y no se preocupan unos de otros.

²⁹ *Ibíd.* p. 103.

buena parte de los historiadores consideran que estas obras no pueden atribuirse a un único autor. Esto puede notarse también, en lo que al tratamiento de *Themis* se refiere, pues mientras en *La Odisea* es claro su uso como referencia de norma y ley, en *La Ilíada* se otorga diferentes acepciones, algunas, como ya se señaló anteriormente, más vinculadas a la organización y realización de asambleas, que a concepciones más relacionadas con lo jurídico.

De lo dicho, la palabra *Themis* no se utiliza solamente para designar a la diosa, si no para representar lo que está bien, lo que está de acuerdo a la *consciencia jurídica de los griegos*, si le podemos dar algún nombre a aquellos que entonces consideraban como bueno y correcto. Los pueblos que no vivían de acuerdo al derecho, no tenían *Themis*, así como el hijo que abraza a su padre que se marcha a la guerra y la mujer que llora por la partida, actúan de acuerdo a *Themis*³⁰. Tiene por tanto varias acepciones, que pasan por el nombre de la deidad, lo jurídico e incluso lo correcto en ámbitos personales y domésticos.

Quien definía aquello que era *Themis*, era quien tenía la autoridad dentro del grupo familiar, el patriarca y en aquellos asuntos que concernían a toda la comunidad, era el rey. El pronunciamiento resultante, era colectivamente denominado como *themistes*. En épocas posteriores, la *epiekeia*, entendida como equidad natural, en oposición a la letra de la ley, adquiriría fundamental importancia³¹.

³⁰ TSOUYOPOULOS, Nelly. "Strafe im Frühgriechischen Denken", en *Symposion*. N.º 19, München, Karl Alber, 1966, p. 14.

³¹ CALHOUN, GEORGE MILLER. *Introduction to Greek Legal Science*. Aalen, Scientia, 1977, p. 9.

Tan importante como la formulación de los *themistes* la encontramos en las decisiones (*dikai*) dadas por los árbitros que resolvían disputas. Estos usualmente eran escogidos entre los ancianos o *gerontes* de entre la élite social. Esta función la ejercía el rey o *basileis*³². Dike es una diosa también, hija de Themis a quien en sus orígenes se le asemeja mucho, por un lado parte de las estaciones y por otro, en la acepción que nos interesa, representa a la justicia, la forma de vida, la conciencia social, los hábitos humanos de los que se deriva el derecho³³.

Para HESÍODO, lo que diferencia a los humanos de las bestias es el *diké*, si los peces y las aves se comen entre sí es por la ausencia de *diké*, el cual fue dado por Zeus a los hombres³⁴. Se la representaba como la diosa de la justicia y del espíritu del orden moral y buen juicio, hija de Zeus y Themis, representaba junto a su madre el ideal de la justicia. Mucho se ha discutido si la palabra *diké* se utilizaba en el mundo griego, con una connotación moral³⁵, como noción de justicia³⁶ o si como señala GAGARIN, se refería más a *procedimiento legal*³⁷. En síntesis, como un sentir humano relacionado a lo justo, por lo que quien actúe de acuerdo a esta noción de lo recto podrá ser considerado

³² PAPAKONSTANTINOY, ZINON. *Law and Adjudication in the Ancient Greece*. Londres, Duckworth, p. 26.

³³ HARRISON, JANE ELLEN. *THEMIS, A Study of the Social Origins of Greek Religion*. Cambridge, Cambridge University Press, 1912.

³⁴ HESÍODO. *Theogonía I*. p. 901.

³⁵ HOFFMANN, MARTIN. *Die ethische Terminologie bei Homer*, Tübingen, 1914, p. 42.

³⁶ JAEGER, WERNER. *Paideia*. Oxford, 1939, p. 62.

³⁷ GAGARIN, MICHAEL. "Dike in the Works and Days", en *Classical Philology*. Vol. 68, N.º 2. Chicago, The University of Chicago Press, 1973, pp. 81-94.

dikaiois y si hace de ese accionar una práctica regular, se le considerará *dikaioisine*³⁸.

En el mismo sentido que el Ulises homérico se refiere a los Cíclopes, Herodoto describe a los *androphagoi* (caníbales) como un pueblo sin leyes, ni tribunales de justicia que comía carne humana, es decir se remarca la importancia que tenía para los antiguos griegos la existencia de normas de convivencia y de estructuras que las apliquen³⁹. Estas referencias a la ley, como elemento necesario para asegurar una adecuada convivencia en sociedad, resulta por demás interesante si tenemos en cuenta que, como ya se señaló anteriormente, las obras de Homero fueron escritas un siglo antes que las primeras leyes occidentales conocidas, *Dreros* y *Zaleuco* a las que ya nos hemos referido anteriormente y a aquella emitida por Dracon en 650 a. C. y que por la dureza de las penas que contempla, sirva de origen de la palabra *draconiana*, con la que se describe a una norma especialmente severa⁴⁰. El que no haya existido leyes codificadas, como las conocemos ahora y como se producirían posteriormente en el período denominado como el de la *Grecia Ateniense*, no significa de modo alguno que no haya existido un sistema jurídico, que regule la interacción de los miembros de la sociedad greco-micénica y de ninguna manera, que no haya existido una forma de reacción jurídica ante el cometimiento de ciertas faltas⁴¹.

³⁸ MAUREIRA, MAX DIKE. *Ius* o la libertad irrealizada. Sobre la abstracción del Derecho en Hegel”, en *Anuario Filosófico*. 2015, p. 303.

³⁹ PAKONSTANTINOY, ZINON. *Lawmaking and Adjudication in Archaic Greece*. Londres, Bloomsbury, 2008, p. 2.

⁴⁰ CANTARELLA, EVA. “Private Revenge and Public Justice. The Settlements of Disputes in Homer’s Iliad”, en *Punishment & Society*. Londres, SAGE, 2001, p. 474.

⁴¹ GAGARIN, MICHAEL. “Early Greek Law”, en GAGARIN, MICHAEL (ed.); *The Cambridge Companion to Early Greek Law*, Cambridge University

Criterios penales utilizados en la Grecia homérica

Como adecuadamente apunta CANTARELLA⁴², debe tomarse en cuenta que la sociedad homérica, cuyo sistema jurídico penal se analiza en el presente trabajo, parte de valores diferentes no solo de aquellos que rigen el mundo actual, sino incluso de los que regirán la propia Grecia en siglos posteriores (Grecia clásica). A la concepción heroica de la persona y su conducta, debe añadirse un claro determinismo en el que la voluntad del individuo, se encuentra supeditada a la de los dioses. El hombre homérico no es por tanto libre de actuar y decidir. Aún los reyes se encuentran determinados por los designios de los dioses, así, luego de la peste enviada por el dios Apolo, Agamenón debió restituir a Criseida, tomando luego como suya a Briseida y desatando contra sí la furia de Aquiles. Al inicio del segundo libro de *La Ilíada*, Zeus induce a Agamenón a la batalla, enviándole un falso sueño en el que aparecía victorioso. Se produce por tanto dos niveles de actuación, por una parte los dioses con sus contradicciones y problemas propios; y por otra, en la esfera de lo humano, en la que la conducta de las personas, viene dirigida y determinada por la voluntad previa de las diferentes divinidades⁴³.

Sin embargo, de esta concepción determinista, los textos homéricos reconocen a las personas la libertad de decidir respecto de sus actos y, en consecuencia, la responsabilidad moral de los

Press, Cambridge, 2005, p. 82.

⁴² CANTARELLA, Eva. *Norma e Sanzione in Omero*. Pubblicazioni Dell'Istituto di Diritto Romano. Università degli Studi di Milan, N.º 13, Milán, Giuffrè, 1979, p. 259.

⁴³ SNELL, BRUNO. *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*. Turín, Giulio Einaudi editore, 2002, p.p. 55-57.

mismos. El propio Zeus, principal entre los dioses, reconoce a los hombres no solo autonomía en su actuar, sino responsabilidad sobre las consecuencias de sus actos, cuando exclama: *es una vergüenza la forma en que los hombres culpan a los dioses. Ellos dicen que sus tribulaciones provienen de nosotros, cuando son ellos mismos, quienes a través de su propia estupidez, atraen desgracias que no están decretadas por el destino*⁴⁴. El mismo dios relata a la diosa Atenea, como Egisto fue advertido por el dios Hermes de no asesinar a Agamenón y seducir a la mujer de este, sin embargo de lo cual hizo conforme su voluntad y atrajo sobre si la venganza posterior de Orestes y su ruina total⁴⁵. De la misma forma, Elena al enterarse de la invasión de los griegos en la ciudad de Troya, se alegra de la posibilidad de volver a Esparta, asumiendo que la culpa por haber permitido que Paris la seduzca no le es atribuible a ella, sino a Afrodita⁴⁶. En fin, las acciones voluntarias de los hombres, realizadas por influjo divino se consideran como carentes de voluntad⁴⁷.

Faltas y castigos en la Grecia homérica

En los poemas homéricos encontramos una descripción, no solo de las vicisitudes de la guerra o relatos sobre dioses y héroes, sino, sobre todo, la descripción de las condiciones en las que se desenvolvía la sociedad de aquel entonces. Como señala CALHOUN⁴⁸, la *Ilíada* y la *Odisea* son sin duda, los cuerpos más

⁴⁴ *La Odisea*, Libro I, p. 30-40.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 41-57.

⁴⁶ *La Odisea*, Libro IV, p.p. 260-264.

⁴⁷ CANTARELLA, EVA. *Norma e Sanzione in Omero. ... op. cit.*, p. 264.

⁴⁸ CALHOUN, George M.; *The Growth of Criminal Law in Ancient Greece*, Greenwood, Westport, *Segunda reimpression*, 1977, p. 15.

grandes e importantes de evidencia, de la historia remota de las instituciones europeas, así como el punto de inicio de cualquier investigación histórica respecto a la vida y el pensamiento del mundo occidental.

Un primer aspecto que debemos tomar en cuenta, radica en que la narración homérica se hace en base a mitos, esto es historias de seres sobrenaturales, consideradas como absolutamente verdaderas y sagradas, siempre referidas a la creación, es el relato de cómo algo ha llegado a existir o como se ha fundado una institución⁴⁹. El mito cumple la función de diseñar una imagen del mundo, en la que el universo se cimienta en una jerarquía de poderes sustentada en vínculos de dominación y sumisión⁵⁰, de manera que los dioses y de manera predominante Zeus, aparece en la religión griega como fuente absoluta de sanciones y recompensas; y es a partir de estas reglas de naturaleza religiosa, que se elabora un concepto de justicia que excede el plano meramente humano, pues a partir de las reglas religiosas se crea una costumbre de carácter obligatorio que sujeta a los

⁴⁹ ELIADE, Mircea; *Mito y Realidad*, Editorial Labor, Barcelona, 1991, p. 12-13. Para MALINOWSKI “*el mito no es una explicación destinada a satisfacer una curiosidad científica, sino un relato que hace revivir una realidad original y que responde a una profunda necesidad religiosa, a aspiraciones morales, a coacciones e imperativos de orden social, e incluso a exigencias prácticas. En las civilizaciones primitivas el mito desempeña una función indispensable: expresa, realza y codifica las creencias; salvaguarda los principios morales y los impone; garantiza la eficacia de las ceremonias rituales y ofrece reglas prácticas para el uso del hombre*”, MALINOWSKI, Bronislaw; *Myth in Primitive Psychology* en MALINOWSKI, Bronislaw; *Magic, Science and Religion*, The Free Press, Glencoe, p. 101-108.

⁵⁰ VERNANT, Jean Pierre; *Los orígenes del pensamiento griego*, Paidós, Buenos Aires, 1992, p. 92.

seres humanos a sus preceptos, mediante amenazas y promesas de castigo⁵¹. Se liga por tanto en el pensamiento griego original, el control, el castigo y lo divino, estructura que se reeditará en épocas posteriores y que explica como muchas de las instituciones penales occidentales, presentan una génesis netamente religiosa.

Ya hemos analizado anteriormente, que la sociedad greco micénica no contaba con leyes escritas o códigos, como mucho antes que ellos, los acadios, sumerios y semitas, o posteriormente, los mismos griegos de la etapa clásica o ateniense, desde las *Leyes de Solón* en adelante. Esto no significaba, sin embargo, que los griegos de la época micénica no cuenten con una concepción jurídica de su sociedad y que no tuvieran claro lo que constituía una falta o delito y la forma en que estos debían reprimirse. Si analizamos tanto *La Ilíada*, cuanto *La Odisea*, veremos que algunas conductas son definidas de manera coincidente como faltas graves y que existía un sistema de castigos que se aplicaba con rigurosidad.

Uno de los aspectos que debemos considerar primeramente es que la justicia y la concepción jurídica del delito, difería en mucho en el mundo homérico y en el ateniense posterior. La Grecia micénica y la Grecia Clásica o ateniense, tuvieron diferentes procedimientos para resolver conflictos y administrar justicia, es más, en la época homérica que analizamos en este trabajo, la necesidad de reaccionar a un acto lesivo era más una cuestión de honor que de justicia, pues el concepto de delito no existía aún y es el honor de la persona involucrada y los efectos de una

⁵¹ BUIS, EMILIANO J.; La ceguera de los justos. Transgresión, condena y compensación en la mythopoiesis tiresiana en *Göttinger Forum für Altertumswissenschaft*, 2003, pp. 154-155.

acción particular a la integridad de dicho honor, el que determina si esta acción es aceptable o no⁵². La justicia *pre Aeropaguia*, esto es aquella que se impartía antes de la creación del *Aerópago* en Atenas⁵³, tenía una naturaleza totalmente diferente a la que posteriormente se impartiría en este. En el *Aerópago* acudían los familiares de la víctima de un homicidio, a fin de solicitar que se condene al responsable de este acto. En la justicia *pre Aeropaguia* acudía el supuesto autor del homicidio, a reclamar que la venganza buscada por los parientes de la víctima era injusta, porque contravenía a las reglas relativas al sistema de venganza⁵⁴.

No existía aún el concepto de la pena como mecanismo de disciplinamiento y control social. Es más, la aplicación de un castigo dependía fundamentalmente de la capacidad física de la víctima o sus parientes, así como del grado de poder que ostentaren. La falta más grave sin duda está constituida por el homicidio, al que nos referiremos a continuación, así como a otras de menor gravedad, pero consideradas también como importantes.

⁵² CANTARELLA, Eva; Controlling passions or establishing the rule of the law? en ALLEN, Danielle; *The world of Prometheus: The politics of punishment in democratic Athens*, Princeton University Press., New Jersey, p. 434.

⁵³ Entre 621 y 620 a .C., con la emisión de la ley de Dracón.

⁵⁴ *Ibid.* P. 434.

Homicidio

Como ya se señaló, la sociedad micénica no contaba con normas codificadas, a diferencia de las civilizaciones sumerias, acacias o semitas preexistentes. La primera referencia al homicidio como delito se encuentra varios siglos después, en el *Código de Dracón*; sin embargo, vale resaltar que ya había un sistema de reacción frente a esta conducta, que tenía como núcleo la venganza privada y eventualmente el pago de una cantidad a los familiares de la víctima (*blood money*) o simplemente el destierro. En las obras homéricas se relata trece homicidios (aparte del de los pretendientes de Penélope), de los cuales ocho terminan en el exilio. Por cierto, no se diferencia la muerte ocasionada en actos de guerra, que aquella que se produce en una riña o una emboscada. En todos los casos, se generaba una obligación de venganza y eventual reparación, que dependía obviamente de la capacidad física y poder de los parientes y del autor del hecho. Cuando la víctima o víctimas eran de nivel social alto, el conflicto podía llegar a la guerra civil, como habría sucedido en caso de Ulises no llegar a un acuerdo reconciliatorio con los familiares de los pretendientes de su esposa Penélope⁵⁵.

La fórmula del homicidio era simple, si A mata a B o a uno de sus hombres, los parientes y compañeros de B deberán matar a A o a alguno de sus hombres y este esquema de venganza de sangre correrá *ad infinitum*⁵⁶. Este esquema de venganza en el que un

⁵⁵ BONNER, Robert J. y Gertrude SMITH; *The Administration of Justice from Homer to Aristotle, Vol. 1*, Greenwood Press, New York, 1968, p. 20.

⁵⁶ LEAF, Walter; The Trial Scene in Iliad XVIII en *The Journal of Hellenic Studies, Vol. 8*, The Society for the Promotion of Hellenic Studies, 1887, pp. 122-132.

homicidio aislado y accidental pudiera privar a una sociedad de varios de sus mejores elementos, además de inconveniente, aparece ya superado en la sociedad descrita por HOMERO, en el que el exilio en algunos casos y el pago de una multa en otros, aparecen como sanciones suficientes.

Al parecer, fuera del círculo de compañeros y familiares de la persona asesinada, no existe una condena generalizada en los casos de homicidio, excepción hecha cuando la víctima fuera uno de los padres del autor, en cuyo caso la condena era general. Cuando Orestes mata a Aegisto, el asesino de su padre Agamenón, no solo no es condenado, sino incluso aclamado por recobrar el honor familiar perdido, no así al matar a su madre Clitemnestra, tiempo después, cómplice también de la muerte de su padre. El honor recobrado, bajo circunstancia alguna justifica el matricidio⁵⁷.

En primer lugar debe resaltarse que en las obras de HOMERO, solo era considerado como voluntario el homicidio realizado como proceso racional y no por ímpetu⁵⁸.

El perjurio

En lo relacionado al perjurio, vale señalar que toda sociedad en sus primeros estadios de formación, busca reafirmarse a través de un entramado de valores que sus miembros compartan y que de manera especial respeten sin vacilación alguna. Es por esto que se hecha a mano lo religioso, aquello que está ahí y

⁵⁷ HOMERO; *La Odisea*, I, 298.

⁵⁸ PORTARELLO, Maria Stella; *Omicidio tra vendetta privata e punizione en Diritto & Questioni Pubbliche* 8, p. 139.

que, sin ser palpado, es temido por todos. Es por esto que, en el rito del juramento, entonces y ahora, se utiliza la invocación a la divinidad, para darle no solo solemnidad, sino presunción de veracidad a lo que quien vaya a declarar o afirmar algo, pueda decir. La institución del juramento no puede ser analizada al margen de su estructura religiosa, ni en la Grecia homérica, ni en la actualidad.

La traducción más cercana a *juramento* para los griegos es *horkos* y su sinónimo *herkos*, que significa *marco, aquello que confina o constriñe*⁵⁹. Así, desde que el juramento se convirtió en parte del ritual judicial, la palabra *horkion* (lo que es juramentado), se convirtió en sinónimo de la palabra *dikaion* (lo que es correcto)⁶⁰. De igual forma está relacionado con *exorkismos* (exorcismo), pues este pone a las personas y a la maldad *fuera del marco* y de esta manera, fuera de la protección de los dioses⁶¹.

En su acepción religiosa, el juramento es la forma de invocar a la deidad como testigo de la verdad de lo afirmado por quien hace el juramento y la seguridad de un castigo, en caso de faltarle al mismo. De esta manera, se consideraba que un hombre hablaba por la autoridad del dios que invocaba en el juramento y que estos dioses garantizarían sus afirmaciones, lo cual puede apreciarse en *la Ilíada* por ejemplo, en la que los dioses en cuyo nombre

⁵⁹ BOISACQ, E; *Dictionnaire Étymologique de la langue Grecque, 4ta. Edición*, Heidelberg, 1950.

⁶⁰ DIOGENES LAERTIUS; *Vitae Pilosophorum*, ed. H. S. Long, 2 vols., Oxford, 1964, 8, 33.

⁶¹ PLESCIA, Joseph; *The Oath and Perjury in Ancient Greece*, Florida State University Press, Tallahassee, 1970, p. 2.

se realiza el juramento, son llamados *martyroi* (testigo) y *epi martyroi* (fiadores o garantes)⁶².

En la sociedad griega homérica, el juramento generalmente incluía los siguientes elementos:

- I) Una declaración solemne de la verdad o la promesa;
- II) Una invocación al dios o dioses, para garantizar dicha declaración; y,
- III) Una sanción religiosa, independiente de la que la justicia humana pueda imponer, en forma de una maldición en caso que la persona que haga el juramento, incurra en perjurio. En sentido general, el juramento era meramente una solemnidad de afirmación o promesa, que realizaba alguien conscientemente ante la autoridad, el pueblo o si mismo⁶³. BLACK define a su vez al juramento griego como: *una promesa exteriorizada por quien realiza el juramento, en el sentido que su aseveración o promesa es realizada bajo el sentimiento inmediato de responsabilidad frente a uno o más dioses*⁶⁴.

⁶² HOMERO, *La Ilíada* 3, 278 “¡Padre Zeus, que reinas desde el Ida, gloriosísimo, máximo! ¡Sol, que todo lo ves y todo lo oyes! ¡Ríos!, ¡Tierra!, Y vosotros que en lo profundo castigáis a los muertos que fueron perjuros! Sed todos testigos y guardad los fieles juramentos...” y 7, 76 “Propongo lo siguiente y que Zeus sea garante...”.

⁶³ PLESCIA, Joseph; *The Oath and Perjury in Ancient Greece...*, op. cit., p. 3.

⁶⁴ HIRTZEL, R.; *Der Eid*, Leipzig, 1902, pp. 1 – 7 y 11.

El valor y la obligación de cumplimiento de aquello que se había jurado, era tan fuerte que incluso un dios que hubiera cometido perjurio, no podría escapar de la maldición de su juramento, llegándose a creer que de suceder esto, caería en un sueño profundo y sería privado de su divinidad, por un determinado número de años⁶⁵.

En cuanto a la naturaleza y determinación del perjurio, la cuestión no era del todo sencilla, pues entraba en consideración tanto el aspecto objetivo del incumplimiento, cuanto la intencionalidad de quien realizaba el juramento y no lo cumplía. ¿Había que determinar si no lo había hecho por su voluntad o por alguna causa superviniente a la que no pudo resistirse? ¿Una persona que juramenta sobre la verdad de una afirmación, sin saber que era falsa, comete perjurio? La palabra más común en el mundo griego para perjurio es *epiorkia*⁶⁶.

En *La Ilíada* se señala que Héctor hizo un juramento falso (*epiorkon epomose*) a Dolón, aun cuando la muerte de este le eximiera de la obligación de cumplir el mismo⁶⁷. Al parecer y a primera vista, un perjuro sería aquel que jura respecto de una proposición objetivamente falsa. Sin embargo, una generación después HESÍODO hace un análisis bastante más complejo, en el que ya se toma en cuenta un elemento volitivo, al referirse a la intención de quien realiza el juramento⁶⁸. Sin duda el mejor análisis y en el que se incorporan elementos que aún hoy se discuten en materia del perjurio, es el realizado por

⁶⁵ HESÍODO; *Teogonía*, p. 793 – 803.

⁶⁶ PLESCIA, Joseph; *The Oath and Perjury in Ancient Greece...*, op. cit., p. 83.

⁶⁷ HOMERO; *La Ilíada*, 10, 332.

⁶⁸ HESÍODO; *Teogonía*, 231.

ARISTÓTELES, quien al referirse a *La Ilíada* 3,76, es el primero en diferenciar entre el perjurio de un juramento promisorio, esto es romper o incumplir algo que se ha jurado (*to blaptein ton horkon*) y perjurio en un juramento en el que se afirma algo (*epiorkia*), limitando esta última solo y exclusivamente al juramento declarativo o afirmativo⁶⁹. Posteriormente filósofos como CLEANTO o CRÍSIPO trataron el tema, estableciendo pautas para la diferenciación entre el perjurio afirmativo y el promisorio, desde criterios objetivos (*alethorkein* o *pseudorkein*) para el primero y subjetivos (*euorkon* o *apiorkon*) para el segundo⁷⁰. Mientras ARISTÓTELES, CLEANTO y CRÍSIPO concuerdan en que la intención (hoy lo llamaríamos *dolo específico*) es fundamental para el establecimiento de la existencia del perjurio, discrepan en si este se puede aplicar al futuro (juramento promisorio) o solo al presente y pasado (juramento afirmativo)⁷¹.

En cuanto a su componente religioso, el perjurio se consideraba inescindiblemente ligado a la maldición del juramento. De acuerdo a HOMERO⁷² el perjurio es un pecador a los ojos de los dioses y las Furias *tomarán venganza del hombre que hubiere proferido un juramento en falso*⁷³. La imposibilidad del cumplimiento del juramento, como en el ejemplo de Héctor y Dolón, no justifica su incumplimiento y HOMERO llama *epiorkon* al primero, por haber prometido algo (la entrega de los caballos de Aquiles) al segundo, que

⁶⁹ LATTE, Kurt; *Meineid*, RE.

⁷⁰ CICERÓN; *De Fato*, 20 y ss.; *De Officiis*, 3,29.

⁷¹ PLESCIA, Joseph; *The Oath and Perjury in Ancient Greece...*, op. cit., p. 85.

⁷² HOMERO; *La Ilíada*, 23, 595.

⁷³ HOMERO; *La Ilíada*, 3, 279.

sabía que no iba a cumplirse por su muerte⁷⁴. En el mismo sentido, para HESÍODO el perjurio transforma el juramento en una pena (*pema*)⁷⁵.

Vale señalar que el juramento en la sociedad micénica jugaba un rol fundamental, pues podía referirse tanto a la legitimación y reconocimiento de un hijo, la propiedad de un bien o de un esclavo, la fidelidad al rey e incluso en el caso de procedimientos, respecto de la buena fe de los litigantes. En un trabajo posterior, analizaremos el lugar del juramento en el proceso de resolución de conflictos, especialmente en base a la escena de *La Ilíada* denominada *El Escudo de Aquiles*.

Hybris

La definición de *hybris* pasa fundamentalmente por infligir intencionalmente a una persona, vergüenza y deshonor. Para entender cómo funcionaba este concepto en el mundo homérico, es necesario aproximarnos al *honor individual* existente en aquel entonces. Recordemos que el individuo no puede entenderse fuera del grupo familiar al que pertenece, por lo que cualquier forma de deshonor no le afecta a él solamente, sino a todo el grupo al cual pertenece. Sin embargo, asistimos a los inicios del individualismo y por ende a una noción individual del honor, bajo la palabra *timè*. De origen religioso, pues se utilizaba *timan* para *honrar a los dioses* y *hai timai* para referirse a los honores rendidos al dios. Esta relación no era unilateral, como en la concepción cristiana, sino de doble vía, pues los dioses también honraban a las personas. Así el *timè* se nos presenta como un

⁷⁴ HOMERO; *La Ilíada*, 10, 332.

⁷⁵ HESÍODO; *Los Trabajos y los Días*, 804.

concepto complejo ya que no solo se refiere a sí mismo, sino a su eventual relación con los dioses y los ancestros⁷⁶. De ahí que el deshonrar a una persona, tenía bajo esta concepción una connotación mucho mayor que la de simplemente manchar su nombre y reputación.

En las obras homéricas el *hybris* aparece con diferentes acepciones, pues en la *Iliada* se expresa fundamentalmente en el deshonor que una persona ocasiona a otra con sus palabras o sus actos. De hecho, las disputas entre Aquiles y Agamenón muestran como el rey y líder de la expedición contra Troya entra en continuas discrepancias con el mejor de los guerreros del ejército aqueo. El primero considera que Aquiles, quien no duda en criticarlo e incluso ridiculizarlo públicamente, no le ofrece la obediencia y respeto necesarios, mientras este considera que su decisiva intervención en batalla y superior destreza, no son adecuadamente reconocidas por el rey.

En medio de las disputas entre el rey y el héroe insignia, se producen una serie de eventos en los cuales cada uno reclama en sus términos y bajo su especial temperamento, el arete (excelencia)⁷⁷. Así, cuando Agamenón debe devolver a Criseida, decide tomar a Briseida, la cual ya había sido previamente entregada a Aquiles. Esto por supuesto supuso una gran afrenta para el segundo, quien incluso consideró la posibilidad de enfrentar al rey con su espada. Detiene su intento ante la aparición de Atenea, quien le promete que Agamenón deberá pagar por esta *hybris* ocasionada

⁷⁶ GERNET, Louis; *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Albin Michel, Paris, 2201, p. 284.

⁷⁷ WHITMAN; *Homer and the Heroic Tradition*, Cambridge, Mass., 1958, pp. 183 y ss.; CANTARELLA; *Hybris in Omero*, 25.

por su arrogancia (*hyperhopliai*)⁷⁸, que en las obras de HOMERO debe entenderse como excesivo uso del poder o en algunos casos insultar a otro reiteradamente.

Ante la decisión de Agamenón de quitarle su premio ganado en combate (Briseida) y la conminación de la diosa Atenea, Aquiles se retira a su tienda junto a sus soldados (*mirmidones*) y decide no intervenir en la batalla. Las derrotas que los troyanos al mando de Héctor infligen a los griegos, obliga a reconsiderar su decisión a Agamenón, quien a través de Ulises envía a Briseida de regreso, además de una serie de magníficos regalos, que incluían la mano de su propia hija, nada más ni nada menos. Ante esto y aún presa del enojo, Aquiles dice que aun cuando recibiera diez o veinte veces más de lo que se le entrega, se negaría por la *hybris* de la que fue objeto⁷⁹.

En *la Odisea* el concepto de *hybris* tiene una connotación diferente y se refiere fundamentalmente a la vulneración de los deberes de la hospitalidad, expresada sobre todo en la forma abusiva y licenciosa con la que actuaban los pretendientes de Penélope, la esposa de Ulises, mientras este regresaba a casa de la expedición de Troya. De igual forma, se utiliza para describir el tratamiento abusivo que se da a los extranjeros (*xeinoi*), como forma de enojar a los dioses y ocasionar desastres⁸⁰.

Como contraposición a *hybris* aparece la *eunomia*, como una actitud de conformidad con los requerimientos sociales, más que obediencia específica de la ley, comportarse de acuerdo a la

⁷⁸ FISHER, N.R.E.; *Hybris*, Aris & Phillips Ltd., Warminster, 1992, p. 152.

⁷⁹ HOMERO; *La Ilíada*, 9, 367.

⁸⁰ LESKY; *History of Greek Literature*, 69.

distribución aceptada de privilegios, obligaciones y honores, así como la predisposición de acatar los procedimientos cuasi legales y las eventuales sanciones a imponerse⁸¹. *Hybris* en oposición, implica la predisposición de romper las reglas de trato y honor de los demás, sin provocación. De esta forma, aparece *hybris* como lo contrario a *eunomia* e *hybristes* como lo opuesto a *dikaios* (hombre justo)⁸².

Posteriormente, en la etapa ateniense se considerará a la *hybris* como un delito de importancia pública (*graphē*) y perseguible por cualquier ciudadano, pues se estimaba que era un delito no solo contra la víctima, sino contra la sociedad en su conjunto⁸³.

⁸¹ ANDREWES; *Eunomia*, CQ 32 (1938), pp. 89 y ss.; DONLAN; *Aristocratic Ideal*, pp. 10 y ss.

⁸² FISHER, N.R.E.; *Hybris*,... op. cit., p. 173.

⁸³ GAGARIN, Michael y David COHEN; *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 206.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, Danielle, *The world of Prometheus: The politics of punishment in democratic Athens*, Princeton University Press., New Jersey, 2009.

ANDREWES, *Eunomia*, CQ 32 (1938).

ARISTÓTELES, *La Política*, Libro Primero, Capítulo I.

BOISACQ, E., *Dictionnaire Étymologique de la langue Grecque*, 4ta. Edición, Heidelberg, 1950.

BONNER, Robert J. y Gertrude SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Vol. 1, Greenwood Press, New York, 1968.

BONNER, Robert J., Administration of Justice in the Age of Homer en *Classical Philology*, Vol. 6, The University of Chicago Press, Chicago, 1911.

BUIS, Emiliano J., La ceguera de los justos. Transgresión, condena y compensación en la mythopoiesis tiresiana en *Göttinger Forum für Altertumswissenschaft*, 2003.

CALHOUN, George M., *Introduction to Greek Legal Science*, Scientia, Aalen, 1977.

_____, *The Growth of Criminal Law in Ancient Greece*, Greenwood, Westport, Segunda reimpresión, 1977.

CANTARELLA, Eva, *Norma e Sanzione in Omero*, Università degli Studi di Milan, Pubblicazioni Dell'Istituto di Diritto Romano, No. 13, Giuffrè, Milán, 1979.

_____, Private revenge and public justice, The settlements of disputes in Homer's Iliad en *Punishment & Society*, SAGE, Londres, 2001.

_____, *Hybris in Omero*, Incontri Linguistici, 1977.

CICERÓN, *De Fato*.

_____, *De Officiis*.

DIOGENES LAERTIUS, *Vitae Pilosophorum*, ed. H.S. Long, 2 vols., Oxford, 1964.

DONLAN, *Aristocratic Ideal*, Bolchazy-Carducci Publishers, 1999.

ELIADE, Mircea, *Mito y Realidad*, Editorial Labor, Barcelona, 1991.

EVANS, Arthur John; *The Palace of Minos*, Macmillan, Londres, 1921.

FINLEY, Moses I.; *El Mundo de Odiseo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1961.

_____, The Problem of the Unity of Greek Law en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del primo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto), Florencia, 1966.

FISHER, N.R.E., *Hybris*, Aris & Phillips Ltd., Warminster, 1992.

GAGARIN, Michael y David COHEN. *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

GAGARIN, Michael; Dike in the Works and Days en *Classical Philology*, Vol. 68, No. 2, The University of Chicago Press, Chicago, 1973.

_____, *Early Greek Law* en GAGARIN, Michael (ed.); *The Cambridge Companion to Early Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

_____, *Early Greek Law*, University of California Press., Berkeley, 1986.

_____, The Unity of Greek Law en *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

GEDDES, A.G., Who's who in the "Homeric Society" en *The Classical Quarterly*, Vol 34, No. 1, Cambridge University Press, 1984.

GERNET, Louis, *Recherches sur le development de la pensée juridique et morale en Grèce*, Albin Michel, Paris, 2001.

GRAVES, Robert, *La guerra de Troya*, Unidad Editorial, Madrid, 1998.

HARRISON, Jane Ellen; *THEMIS, A Study of the Social Origins of Greek Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 1912.

HESÍODO, *Theogonía*.

_____, *Los Trabajos y los Días*.

HIRTZEL, R.; *Der Eid*, Leipzig, 1902.

HOFFMAN, Gail; *Painted Ladies: Early Cycladic II Mourning Figures?* en *American Journal of Archeology*, Vol. 106, No. 4 (Oct., 2002).

HOFFMANN, Martin, *Die ethische Terminologie bei Homer*, Tübingen, 1914,

HOMERO, *La Ilíada*.

_____, *La Odisea*.

JAEGER, Werner, *Paideia*, Oxford, 1939.

LACEY, Walter C., *The Family in the Classical Greece*, Hudson, Londres, 1989.

LATTE, Kurt, *Der Rechtsgedanke im Archaischen Griechentum en Antike & Abendland 2*, 1946.

- LATTE, Kurt; *Meineid*, Bd., H. 2 (Apr., 1965).
- LEAF, Walter; *The Trial Scene in Iliad XVIII en The Journal of Hellenic Studies*, Vol. 8, The Society for the Promotion of Hellenic Studies, 1887.
- LESKY; *History of Greek Literature*, Ty Crowell Co, 1966.
- MALINOWSKI, Bronislaw; *Magic, Science and Religion*, The Free Press, Glencoe, 1948.
- _____, *Myth in Primitive Psychology*, Angell Press, 2013.
- MATZ, F; *The Zenith of Minoan Civilization en The Cambridge Ancient History*, Vol. III, Part. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.
- MAUREIRA, Max; *Dike, ius o la libertad irrealizada. Sobre la abstracción del derecho en Hegel en Anuario Filosófico*, 2015.
- MCDOWELL, Douglas; *The Oikos in Atenian Law en The Classical Quarterly*, Vol. 39, No. 1, Cambridge University Press, 1989.
- MIRÓN PÉREZ, María Dolores; *Oikos y Okonomia: el análisis de las unidades de producción y reproducción en el estudio de la Economía antigua*, Universidad de Granada, 2004.
- PAPAKONSTANTINOOU, Zinon; *Law and Adjudication in the Ancient Greece*, Duckworth, Londres, 2006.

_____, *Lawmaking and Adjudication in Archaic Greece*,
Bloomsbury, Londres, 2008.

PLESCIA, Joseph; *The Oath and Perjury in Ancient Greece*,
Florida State University Press, Tallahassee, 1970.

POMEROY, Sarah B.; *A Brief History of Ancient Greece: Politics,
Society, and Culture*, Oxford University Press, Nueva
York, 2004.

PORTARELLO, Maria Stella; *Omicidio tra vendetta privata e
punizione* en *Diritto & Questioni Pubbliche* 8, 2008.

RUIPÉREZ, Martin; *Historia de Themis en Homero* en *Emerita*
28, 1960.

SEALEY, Raphael; *Women and Law in Classical Greece*, The
University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990.

SNELL, Bruno; *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*,
Giulio Einaudi editore, Turín, 2002.

STOLFI, Emanuele; *Introduzione aallo Studio dei Diritti Greci*,
Giappichelli Editore, Turín, 2006.

TSOUYOPOULOS, Nelly; *Strafe im Frühgriechischen Denken* en
Symposium 19, Karl Alber, München, 1966.

VERNANT, Jean Pierre; *Los orígenes del pensamiento griego*,
Paidós, Buenos Aires, 1992.

VIDAL-NAQUET, Michel Agustin Pierre; *Economía y Sociedad en la Grecia Antigua*, Paidós, Barcelona, 2002.

_____, Valeurs religieuses et mythiques de la terre et du sacrifice dans l’Odyssée en Annales, 1970.

WHITMAN; *Homer and the Heroic Tradition*, Cambridge, Mass., 1958.

WOLFF, Hans Julius; *Juristische Gräzistik – Aufgaben, Probleme, Möglichkeiten* en Symposion 1971.

LA VALIDEZ PROCESAL COMO PRUEBA DE CARGO
DE LAS GRABACIONES EN LAS QUE LA PERSONA RECOGE
LAS MANIFESTACIONES DE SU INTERLOCUTOR
Y QUE ACREDITAN LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS

**LA VALIDEZ PROCESAL COMO PRUEBA DE CARGO
DE LAS GRABACIONES EN LAS QUE LA PERSONA RECOGE
LAS MANIFESTACIONES DE SU INTERLOCUTOR
Y QUE ACREDITAN LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS¹**

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG²
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

RESUMEN:

El presente estudio, elaborado como discurso de investidura para el acto de concesión del Doctorado Honoris causa por la Universidad de Huánaco (Perú), se ocupa de la validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones realizadas por un particular sobre las conversaciones que mantiene con su interlocutor; cuestión que adquirió notable relevancia en Perú con ocasión de los denominados *Vladi-videos*.

PALABRAS CLAVE:

Derecho al secreto de las comunicaciones, intimidad, licitud probatoria, grabaciones subrepticias.

¹ Artículo publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 69, Fasc/Mes 1, 2016, 15-23.

² Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

ABSTRACT:

This study, made as inaugural speech for the Act of granting of the doctorate Honoris causa by the University of Huanaco (Peru), deals with the procedural validity of recordings made by an individual on the conversations with the other party; a question which has acquired considerable importance in Peru on the occasion of the so-called *Vladi-videos*.

KEYWORDS:

Right to privacy, secrecy of communications, exclusionary rule, hidden recordings

Me van a permitir que divida en dos partes este discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Huánuco. En primer lugar, voy a referirme a mis vínculos con la ciencia y la práctica penales peruanas. La segunda y última parte de mi discurso estará dedicada a exponer lo mucho que significa para mí este honor que hoy se me confiere.

Empezando por esos vínculos, en el primer artículo que publiqué en Perú me ocupaba de la «Omisión impropia en la dogmática penal alemana», y lleva fecha de 1999. El más reciente es de 2014 y lleva por título *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*. Entre esas fechas he publicado en este país dos artículos más. También ha aparecido en Perú un libro mío *Tiene un futuro la dogmática jurídico penal* y, junto con los profesores GRACIA, PEÑARANDA, RUEDA, SUÁREZ y URQUIZO, he sido el editor de los dos tomos del Libro Homenaje a Bernd Schünemann, que se publicó en Lima, en 2014, por la editorial Gaceta Penal. Finalmente, esta misma semana acaba de aparecer otro libro mío, publicado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*.

Pero mis lazos profesionales con Perú no se han limitado a aportaciones doctrinales, sino que, y como paso a exponer brevemente a continuación, también he tenido un contacto directo con la praxis de los tribunales peruanos.

A mediados de 2003 Luis Varga Valdivia, por aquel entonces Procurador Ad Hoc del Estado –Casos Fujimori-Montesinos–, me solicitó que emitiera un Informe sobre la posibilidad de que pudieran utilizarse como prueba de cargo, en el asunto Luccheti

Perú, determinados videos –vídeos tal como se pronuncian en Latinoamérica– que Vladimiro Montesinos, sin el conocimiento ni el consentimiento de sus interlocutores, había grabado de las conversaciones que había mantenido con varios altos directivos de la filial de esa multinacional chilena. La solicitud de ese Informe, que emití el 31 de julio de 2003, obedecía a la circunstancia de que un profesor español³ había redactado dos Dictámenes para la defensa de los empresarios acusados, en los que mantenía que tales videos constituían una prueba ilícitamente obtenida y que, por consiguiente, no podían utilizarse como medio de prueba en el procedimiento penal que se estaba siguiendo contra Montesinos y los restantes imputados, administradores de Lucchetti. Y no podían utilizarse, según ese profesor español, porque con tales grabaciones subrepticias se habrían vulnerado tanto el secreto de las comunicaciones como la intimidad de las personas grabadas por el antiguo asesor del presidente Fujimori.

Naturalmente que no voy a entrar aquí en la cuestión de fondo de si esos llamados *vladivideos* eran concluyentes para acreditar los hechos punibles que se le imputaban al grabador y a los grabados, sino que sólo me voy a ocupar de la cuestión, mucho más abstracta, del valor procesal que pueden tener en cualquier procedimiento penal la grabación del sonido y/o de la imagen que un interlocutor realiza subrepticamente de las conversaciones que otras personas están manteniendo con él.

Lo primero que hay que decir es que, en materia de grabaciones subrepticias realizadas por un interlocutor sin el conocimiento ni el consentimiento de la otra o de las otras personas que intervienen en la conversación, hay que distinguir dos bienes jurídicos

³ Me refiero a MUÑOZ CONDE. Sobre todo, ello cfr. infra n. 2.

distintos que pudieran ser vulnerados, eventualmente, con tales grabaciones: el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, derechos que la CE también diferencia, garantizándolos independientemente en el artículo 18.1 (*...se garantiza... el derecho a la intimidad personal y familiar*) y en el artículo 18.3 (*se garantiza el secreto de las comunicaciones*).

Por lo que se refiere al secreto de las comunicaciones, lo que la Constitución Española prohíbe (como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 8.o1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere al secreto de la correspondencia) es la injerencia de terceros en las conversaciones telefónicas o vis a vis que están manteniendo otras personas, o la interceptación de la correspondencia que se intercambian dos sujetos distintos del interceptador, ya que obviamente esa conversación (telefónica o no), o esa correspondencia, es sólo secreta para un tercero, pero no constituye secreto alguno para el destinatario de la carta que otra persona le dirige, ni tampoco para quien es el interlocutor de la conversación que está manteniendo con otra persona: hasta tal punto no estamos ante un secreto que la correspondencia se dirige a mí precisamente para que la lea, o se está conversando conmigo, precisamente también, para que tenga noticia de lo que el otro interlocutor me quiere transmitir.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español viene manteniendo interrumpidamente, desde 1984, que la grabación que una persona hace subrepticamente de quien se está dirigiendo a ella constituye una prueba obtenida lícitamente, porque, frente al interlocutor que registró el sonido y/o la imagen, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno,

ya que una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para quienes la están manteniendo entre sí: «Como conclusión, pues», se establece en la sentencia del TC de 29 de noviembre de 1984, «debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 [secreto de las comunicaciones] de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado», doctrina reiterada por el TC en muchas sentencias posteriores, como, por dar un ejemplo más, en la de 24 de marzo de 2003, en la que se puede leer: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje».

Por consiguiente, y como la vulneración del secreto de las comunicaciones sólo se produce cuando un tercero intercepta lo que otras personas ajenas están conversando entre sí, pero no cuando es uno de los conversadores –aunque sea subrepticamente– el que lo hace, la Sala de lo Penal del TS español, en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido, como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o video gráfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él, no teniendo inconveniente alguno para admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por delitos de cohecho, de tráfico de drogas, de apropiación indebida, de falsedad e intrusismo, de robo con homicidio, y de proposición para el asesinato.

Como segundo argumento de por qué no podían utilizarse procesalmente los videos grabados por Montesinos, el profesor español que elaboró sus dictámenes para los directivos de Lucchetti manifestaba que tales grabaciones vulneraban también la intimidad de esos directivos, interlocutores del asesor presidencial. Y, para apoyar esa opinión, el profesor español, en sus Dictámenes, acudía al caso de Pedro J. Ramírez, en aquel momento director del diario «El Mundo», quien, en 1996, fue grabado subrepticamente por una mujer mientras mantenía con ésta una relación sexual, video que, después, fue difundido masivamente por correo a, entre otras personas, los más altos dignatarios del Estado español, empezando por Su Majestad el Rey. Todos los partícipes en la grabación y difusión del video sexual fueron condenados posteriormente por la Justicia española por un delito contra la intimidad.

Pero, mientras que en las conversaciones lo que se protege es el secreto, de tal manera que si un tercero ajeno a la conversación que mantienen dos personas la intercepta, responderá penalmente por tal interceptación, aunque aquella conversación haya versado sobre los asuntos más banales, en cambio, en el bien jurídico intimidad, lo que se protege es ésta como tal, por lo que, ciertamente, Pedro J. Ramírez estaba revelando su intimidad a la mujer –que fue quien le grabó subrepticamente con la ayuda de otra persona– con la que mantenía una relación sexual –para ella, por tanto, esa intimidad no era secreta–, pero ello no la autorizaba para difundirla a otras personas: porque, con ello, se vulneraba la intimidad del periodista, intimidad que se protege como tal, sea o no secreta para la persona que la revela, y que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una

calidad mínima de la vida humana». En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 2004, condenatoria de los autores y partícipes en la grabación y distribución del video sexual de Pedro J. Ramírez, establece lo siguiente: «Se arguye [por las defensas] que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone la Constitución en el art. 18 en sus apartados 1.º [intimidad] y 3.º [secreto de las comunicaciones], puesto que el objeto de la protección en el segundo de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales...

Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el art. 18.1 CE, con el alcance tipificado en el art. 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones».

Por lo demás, que la manifestación de un comunicante a otro de que ha cometido un delito o de que lo va a cometer, o de que se ha cometido o se va a cometer entre los dos, no pertenece a la intimidad «derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE)», y, obviamente, las manifestaciones en las que se acredita que un interlocutor –o los dos– es un traficante de drogas o de armas o de niños, o que es un prevaricador o un sujeto

responsable de un cohecho, no tienen nada que ver con el respeto a ese sujeto (o a esos sujetos) de su dignidad como persona, o, para decirlo con el TS: «La Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos».

Resumiendo todo lo expuesto hasta ahora, formulo la siguiente tesis: La grabación subrepticia que una persona hace de otra con la que está conversando sobre la comisión de hechos delictivos no constituye ilícito alguno y puede, por ello, ser utilizada como prueba de cargo en un procedimiento penal. Y no lo constituye, en primer lugar, porque con esa grabación no se está vulnerando el secreto de las comunicaciones, ya que este secreto sólo resulta lesionado cuando tiene como sujeto activo a una tercera persona ajena a los que intervienen en la conversación, mientras que no puede ser vulnerado por ninguno de los interlocutores, ya que para ellos la conversación no es ajena ni secreta, sino propia.

Y, en segundo lugar, tampoco estamos aquí ante una vulneración de la intimidad de otra persona, que se protege como tal intimidad, aunque no se haya accedido a su conocimiento mediante la interceptación de un tercero, sino directamente de la persona que está revelando detalles íntimos particulares, intimidad que resultaría lesionada si, por ejemplo, el interlocutor graba y difunde aspectos de la vida de su otro interlocutor que afectan a

su sexualidad o a las enfermedades que padece o a sus relaciones familiares con su esposa o hijos. Que la manifestación de que se ha cometido o se va a cometer un delito no tiene nada que ver con esa intimidad se deduce, sin más, de que –al contrario que en la intimidad, donde existe un deber de reserva de difundir lo averiguado por uno de los interlocutores– en lo que se refiere a las actividades delictivas presentes o futuras existe todo lo contrario: un deber de no-reserva, es decir: una obligación de denunciar tales hechos a las autoridades –según el CP español, debería estar fuera de discusión, ya que, como ha establecido el TC, el en los casos de no-denuncia de delitos graves, bajo amenaza penal si no se cumple con esa obligación de denunciar⁴.

⁴ Para una crítica más amplia de las tesis de Muñoz Conde mantenidas en sus dos Dictámenes, cfr. Gimbernat, ADPCP 2006, pp. 653-667. Muñoz Conde mientras que, por una parte, presume («consejos vendo que para mí no tengo») de que «es esta coherencia y fidelidad a mis ideas lo único que, quizás, después de tantos años puedo mostrar con orgullo frente a las que ya las han olvidado, probablemente porque nunca creyeron de verdad en ellas y sólo las utilizaron para medrar y situarse, muy bien por cierto, al lado de los poderosos, los corruptos o los facinerosos» (Muñoz Conde, Introducción al Derecho penal [reimpresión], 2003, p. 17), por otra, y tal como revelan esos dos Dictámenes suyos, cuya existencia se ha llegado a conocer de manera casual, cuenta entre sus clientes a corruptos y corruptores empresarios multimillonarios; y todo ello, prescindiendo de que, si se hubiesen seguido sus tesis sobre la prueba ilícita, los llamados «vladivideos» tampoco podrían haber sido utilizados –tal como sí hicieron los tribunales peruanos– como prueba de cargo fundamental en los numerosos procedimientos penales seguidos contra Fujimori y Montesinos, autores de los crímenes más graves que conoce no sólo cualquier Código penal, sino también el Derecho penal internacional. Afortunadamente, los tribunales peruanos rechazaron las tesis de Muñoz Conde, que se apoyaban en una tergiversación de la jurisprudencia española de los Tribunales Constitucional y Supremo, a los que Muñoz Conde hacía decir todo lo contrario de lo que esos

Tribunales habían establecido, y acogieron, por el contrario, una doctrina en todo coincidente con la que yo sostenía en mi Informe para la Fiscalía peruana.

Dentro de esta conexión, fue determinante el Acuerdo Séptimo del «Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida» de los «Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal [de la República del Perú]», de 10 de diciembre y de 11 de diciembre de 2004, en el que se establece lo siguiente: «Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga el juez. Se admite validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas». Esta doctrina sobre la validez de las pruebas consistentes en grabaciones obtenidas por uno de los interlocutores es, naturalmente, la que siguen de manera unánime los tribunales peruanos: v., por todas, la Resolución No 4, de 18 de julio de 2012, recaída en incidente 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal de Apelaciones, en la que, sobre la base de «que la conversación habida entre el imputado Herald Andrés Gamarra Churra con el imputado Miguel Santiago Ñope Fernández, presuntamente grabada por Gamarra Churra y entregada al Ministerio Público por él mismo, no puede considerarse prueba prohibida o ilícita y, por ende, no puede ser amparado el pedido de exclusión del referido material probatorio», la Corte «Resuelve: Confirmar la resolución apelada, que declara infundado el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso».

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, en un artículo aparecido en el diario limeño «La República», de 22 de septiembre de 2015, se resume de la siguiente manera la trascendencia que la validez de tales grabaciones ha tenido para fundamentar las condenas de Fujimori y Montesinos: «Finalmente, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en su momento validaron los "vladivideos", decisiones que permitieron castigar un conjunto de graves delitos en el marco del Gobierno de Fujimori y Montesinos, entre los años 1992 y 2000».

Yo nunca persigo honores, ni me presento a premio alguno, porque, cuando gané mi cátedra, en 1970, decidí que esa era la última vez que me presentaba a una competición, ya que en toda competición existe la posibilidad, nunca descartable, de perderla. Bastantes decepciones y sinsabores no buscados tiene uno que sufrir en la vida extra académica, como para tener que buscar otros más que se pueden evitar fácilmente si uno, simplemente, renuncia a competir.

Pero cuando me llega un honor como este que hoy me otorga la Universidad de Huánuco de forma sorpresiva y generosa –sin ninguna clase de información previa, la primera noticia de que se me había concedido fue en una carta que me dirigió, el 24 de abril del presente año, el Rector, Dr. José Beraún Barrantes– me siento enormemente feliz.

Del torero Juan Belmonte se dijo que *no toreaba por la fama ni por la popularidad, ni siquiera por el dinero, sino que toreaba porque le salía de muy adentro, porque no lo podía remediar*. No conozco mejor definición de la vocación: es esa fuerza interior que explica por qué, a pesar de que apenas tiene compensaciones económicas, me he pasado la vida –en mi juventud, en mi madurez y ahora, en mis últimos años– estudiando, leyendo y publicando Derecho penal. Después de mi vida familiar, lo que me procura una mayor felicidad es mi actividad científica. Y también la docente, ya que, como catedrático emérito, continúo dando clases a los alumnos en mi Universidad Complutense; ciertamente que, ya desde hace algunos años sin remuneración alguna, pero es que yo pagaría por seguir impartiendo la docencia.

Nunca he dejado de tener contacto con la práctica, elaborando dictámenes y en ocasiones, aunque *cum grano salis*, en pequeñas

dosis, ejerciendo como abogado ante los tribunales. No sólo –aunque también– porque *primum vivere deinde philosophari*, sino también porque, si no se conoce la práctica forense, difícilmente se puede enseñar e investigar, como es debido, el Derecho penal. Esta necesaria conexión entre la teoría y la práctica la aprendí ya –a finales de los años 50 y principio de los 60 del pasado siglo– durante mis estudios de Doctorado en Alemania y continué siendo consciente de esa necesidad a mi regreso a España en enero de 1963, donde tuve la suerte de tener como maestro al genial Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, al mismo tiempo catedrático de la Universidad Complutense y magistrado del TS.

No obstante ese imprescindible contacto con la práctica, la gran ventaja frente a ésta de la investigación científica es que, con esa investigación, se pretende dar solución a una generalidad de supuestos de hecho, con lo que si, como a menudo sucede en España, los tribunales atienden a lo que dice la doctrina científica, con un artículo o con una monografía se puede influir en las decisiones de la jurisprudencia sobre cómo resolver una pluralidad de casos, mientras que un escrito de acusación o de defensa o un recurso de casación –a pesar de que su elaboración puede haber costado tanto tiempo y esfuerzo como una publicación científica– quedan enterrados en los legajos de un procedimiento penal por un caso individual. Claro que ello no siempre es así, como lo pone de manifiesto precisamente lo que en la primera parte de mi disertación he expuesto sobre el secreto de las comunicaciones y sobre la intimidad, una materia de la que me ocupé a fondo por primera vez como el letrado que, junto al abogado Luis Jordana de Pozas, ejerció la acusación en nombre de Pedro J. Ramírez contra los autores de haber grabado y difundido su vídeo sexual y que ahora me ha servido ya para exponer, a nivel más abstracto

y general, cuándo una grabación puede servir de medio de prueba de cargo lícita –como en el caso Montesinos– y cuándo –como en el caso del periodista español– constituye un comportamiento delictivo.

Alguien dijo que todo arte es nacional, toda ciencia es internacional y toda tontería es nacionalista. No me considero un nacionalista –reconozco que España tiene casi tantos defectos como virtudes–, pero sí un patriota, es decir: una persona que ama a su país y que desea lo mejor para él, que se alegra con sus triunfos y se apena cuando se hunde en el ciénago de la mediocridad. Manuel Cancio pertenece –en un lugar preeminente y prominente– a una maravillosa generación de penalistas españoles que han situado a mi país, continuando la gran aportación de la generación anterior, en el segundo lugar –después de Alemania– de la dogmática jurídico penal mundial. Porque amo a España, me enorgullezco de que juristas como Manuel CANCIO, con su apabullante obra científica, esté contribuyendo de manera tan decisiva al reconocimiento internacional de la ciencia penal española. Al inmenso honor de recibir este Doctorado honoris causa quiero añadir en el día de hoy otro más: el de compartirlo con un penalista español que ha contribuido, como pocos, a extender por el ancho mundo el prestigio de nuestra ciencia.

Uno ha dedicado incontables horas a investigar en la soledad de su despacho y a enseñar a decenas de miles de alumnos, tanto a principiantes como a otros que eran ya profesionales experimentados. Este Doctorado honoris causa que viene de tierras tan lejanas a la mía significa para mí un estímulo para seguir investigando y enseñando y el reconocimiento de que hasta ahora, tal vez, no lo he hecho del todo mal. Muchas gracias a la Universidad de Huánuco y a su rector, Dr. Beraún Barrantes,

por este tan alto honor y a todos ustedes por la atención que me han prestado.

LOS DISFRACES DE LA PELIGROSIDAD
(LA PENA DEL DELITO COMÚN CONTRA LA PROPIEDAD)

**LOS DISFRACES DE LA PELIGROSIDAD
(LA PENA DEL DELITO COMÚN CONTRA LA PROPIEDAD)¹**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI²

1. Objeto e hipótesis. La culpabilidad es el conectivo entre el injusto y la pena y, por ende, el concepto más esencialmente penal de la teoría del delito, donde ninguna otra rama del derecho puede acudir en ayuda del penalista, salvo el constitucional, que las nutre a todas.

En los últimos años, si bien se afirma casi con unanimidad que la pena debe tener la medida de la culpabilidad, el concepto de culpabilidad se dispersa en múltiples acepciones, lo que muestra el desconcierto de la doctrina penal.

No pretendemos en el reducido espacio de una exposición detallar estos ensayos conceptuales, sino sólo sobrevolarlos con el objeto de verificar las hipótesis de que todos ellos configuran diferentes

1 Artículo publicado en Revista Derechos en Acción, ISSN-e 2525-1686, ISSN 2525-1678, Vol. 6, N.º. 6, 2018 (Ejemplar dedicado a: Verano 2018)

2 Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

esfuerzos constructivos que tienden (a) a disfrazar de culpabilidad a la vieja peligrosidad positivista (b) o a conceptos con pareja funcionalidad policial; (c) constatar que esta discusión adquiere relevancia práctica casi por entero en los casos de reiteración de delitos contra la propiedad. Por último, (d) nos planteamos si es posible compatibilizar la culpabilidad con la ética, al menos en cierta medida.

2. La cuestión proviene de la Edad Media. La pena conforme a un reproche personal formulado a un humano (persona) con autonomía moral, es una idea que se remonta a los primeros penalistas (glosadores y prácticos), en contradicción con los demonólogos, que reclamaban penas duras para las brujas por su peligrosidad policial, pese a que, según la misoginia de la época, que las consideraba menos inteligentes que el hombre, merecían menor reproche. Por ende, la contraposición de culpabilidad y peligrosidad no es nada nuevo, sino casi milenaria.

3. El positivismo retoma la tesis de los demonólogos. Desde fines del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo pasado imperaba el positivismo penal, resultante de la coalición de médicos y policías, en el paradigma del reduccionismo biológico en versión spenceriana o sea, del racismo colonialista, para el cual los delincuentes eran seres inferiores parecidos a los colonizados.

La pena debía ser medida por su proclividad al delito, llamada peligrosidad, fijada por sus médicos y jueces con neto criterio de orden policial y moralino, propio de la burguesía europea de la Belle Époque.

El juez era una suerte de leucocito que debía eliminar las células infecciosas del cuerpo social.

4. La confusión creada por el positivismo de VON LISZT.

Cuando la versión italiana del positivismo racista spenceriano (FERRI) se opacó, parte de Europa continental y toda Latinoamérica importaron de Alemania la dogmática penal. El primer autor que trajeron fue FRANZ VON LISZT, que era un positivista matizado (con tintes autoritarios), que medía la pena por peligrosidad para los ocasionales, pero pedía reclusión indeterminada para los habituales, es decir, para ladronzuelos.

VON LISZT creó confusión al llamar culpabilidad a lo que hoy es el tipo subjetivo, como vínculo de causalidad psíquica entre la voluntad y el resultado, en forma de dolo y culpa. Este curioso bautismo escondía que en realidad VON LISZT suprimía la culpabilidad de la teoría del delito y dio lugar a la llamada teoría psicológica de la culpabilidad, generadora de disputas interminables, que hoy son curiosidades históricas.

5. Vuelve la forma ética tradicional con FRANK. Con la llamada teoría normativa compleja de Frank la culpabilidad recuperó su forma de reproche personal, que lo retomaba de la ética tradicional (ARISTÓTELES, SAN AGUSTÍN, SANTO TOMÁS, KANT, HEGEL), como corresponde a su etimología germana (SCHULD, deuda, igual que en la versión antigua del Padre Nuestro), aunque conservando en su contenido al dolo y a la culpa, o sea, que en el juicio de reproche incluía también al objeto reprochado.

En un paso más adelante, HELMUTH VON WEBER, GRAF ZU DOHNA y especialmente HANS WELZEL, transfirieron el dolo y la culpa al injusto, dando lugar a la teoría normativa homogénea de la culpabilidad.

Desde FRANK el derecho penal rescató de la ética tradicional la forma, pero no el contenido, porque la selectividad estructural del poder punitivo no es para nada ética. Como es imposible separar radicalmente la forma del contenido, la recuperación de la mera forma chocaba contra la legitimación ética de la selección policial criminalizante.

6. La disfuncionalidad policial de la culpabilidad. La disfuncionalidad policial se manifestaba en que serían menos reprochables los más pobres (menos espacio social) y los habituales y reincidentes (el hábito inclina a la reiteración y requiere un mayor esfuerzo para elegir la conducta conforme a derecho), o sea, que los peligrosos policialmente serían los menos culpables penalmente. Se volvía a plantear el problema que provenía del Medioevo.

7. Se inventa la doble vía: penas por peligrosidad. Al tiempo que se preguntó si el reproche debía ser formulado conforme a la psicología individual o según un estándar de exigibilidad (FREUDENTHAL), se decidió dar refugio a la peligrosidad mediante el cambio de nombre a algunas penas, llamándolas medidas de seguridad (STOOS y sus proyectos suizos), lo que se denunció como embuste de las etiquetas (KOHLRAUSCH).

La peligrosidad, sacada por la puerta de la teoría del delito, volvía por la ventana sobre los no delincuentes (inimputables) y se extendía a los medio delincuentes (semi-imputables), pero como eso no era suficiente conforme a los reclamos policiales, se dispusieron también medidas (penas largas indeterminadas) contra los habituales (proyectos y reforma penal alemana de 1933 y código Rocco de 1930), resucitando las penas de galeras y de relegación francesas e inglesas. Esta es la famosa doble vía, que tanto ha dado que hablar.

8. El juez omnipotente: culpabilidad por la conducción de vida. No conforme con este regreso, se planteó una reformulación del propio concepto de culpabilidad apelando a la misma ética tradicional (MEZGER). Así se propuso que el reproche no se limitase al ámbito de decisión para el acto, sino a toda la elección existencial del sujeto, como culpabilidad por la conducción de la vida, generalizando la *actio libera in causa* conforme a la ética aristotélica, pero olvidando que ARISTÓTELES no estaba limitado por la legalidad típica (que estaba suprimida en ese momento). Se propugnaba de este modo, una suerte de juicio final en la tierra: el juez pasaba a ser un Dios juzgador de toda la vida del ladrón.

9. Culpabilidad de autor y personalidad. Otro de los caminos ensayados, volvía también al derecho penal de autor mediante el reproche a su personalidad o carácter, como otra máscara de la vieja peligrosidad policial: cuanto más inherente a la personalidad era la conducta delictiva, mayor era el reproche que se le formulaba al autor (SAUER). Se llegó a proponer dos culpabilidades: una para reprochar el acto y otra para cuantificar la pena, la primera de acto y la segunda de personalidad (BOCKELMANN). Hasta hoy se suele sostener una confusa teoría combinatoria de ambas.

10. Etización del derecho penal. Una variable la ofreció la llamada etización moderada del derecho penal, que presume que los tipos penales importan una exigencia ética mínima en la sociedad y, por lo tanto, lo reprochable es la medida en que el sujeto omitió el esfuerzo necesario para vencer las pulsiones a la violación de mandatos éticos elementales (WELZEL). Además de otras consideraciones (no todos los delitos obedecen a motivaciones inmorales), es insostenible ante la actual inflación desordenada de tipos penales (cuya banalización abarca conductas que muchas veces nada tienen que ver con la ética) y la obvia violación de la

ética por parte del propio poder punitivo, debido a su creciente y ostensible selectividad.

11. La culpabilidad como ficción necesaria. Ante el avance del fiscalismo en la posguerra y la discusión entre determinismo e indeterminismo (que se pierde en los tiempos), se propuso considerar que la culpabilidad se basa en una ficción necesaria (ROXIN), criterio que pasa por alto que ambas son posiciones inverificables (pese a alguna apresurada lectura penal de los aportes de las neurociencias). Además, esta tesis se choca frontalmente con la antropología jurídica constitucional, pues de ella resultaría que la democracia representativa y el Estado de derecho estarían asentados sobre una mera ficción.

12. Supresión autoritaria de la culpabilidad. El recurso más extremo para resolver la contradicción de la culpabilidad con las demandas policiales, consistió en prescindir directamente de la culpabilidad, pero por una vía diferente a la de VON LISZT.

El más notorio de estos intentos introdujo confusamente la personalidad y el ánimo en el injusto, dando lugar a un derecho penal de voluntad, que persigue como objetivo detectar la disposición enemiga de la sociedad, impuesta por una pseudoética creada por mandato político, para depurarla de sus asociales disfuncionales al sistema comunitario.

Conforme a este objetivo, los delitos serían omisiones de cumplimiento de esos mandatos pseudoéticos y, de ese modo, el reproche se instalaba en la antijuridicidad, teniendo como objeto el escaso o nulo ánimo del sujeto para cumplir ese supuesto deber ético comunitario (DAHM y SCHAFFSTEIN). Se quiso llamar a esto teoría unitaria del delito, pero no fue tal, sino una confusa hipertrofia

del injusto penal convertido en derecho penal de voluntad, en base a una radical etización arbitraria de todo el derecho penal.

13. ¿Culpabilidad o punibilidad? En las últimas décadas y conforme a un planteo que toma elementos de la sociología sistémica (LUHMANN), los combina con un marcado normativismo y cierra con componentes idealistas (HEGEL), al tiempo que rechaza toda verificación empírica, se tiende a combinar y hasta identificar la culpabilidad con la punibilidad, lo que conduce a otra forma de suprimir la culpabilidad con su formato ético tradicional. La pena tendría por medida lo que fuese necesario para renormalizar, pero también ratificaría la vigencia de la norma y fomentaría la confianza en el sistema (JAKOBS).

14. Co-culpabilidad como compatibilización con el contenido ético. En medio de estas disputas, se intentó compatibilizar la forma ética de la culpabilidad con el contenido, relevando la diferencia de espacios sociales en sociedades estratificadas (disparidad de oportunidades). Es la llamada co-culpabilidad (MIT-SCHULD que proviene de Marat y del buen juez Magnon), según la cual la sociedad debe cargar con la parte del reproche que le incumbe por haber negado a un sujeto el espacio que dio a otros. Este ensayo de reconciliación ética se receptó tímidamente desde hace casi un siglo en algunos códigos (como el argentino).

15. En la práctica esta discusión no se refiere a delitos graves ni muy leves. Si bien en los textos de los penalistas estas discusiones suelen referirse y ejemplificarse con delitos de homicidio, sexuales, seriales, etc., lo cierto es que en la práctica judicial esos crímenes graves nunca fueron un serio problema para los jueces, pues en todos los tiempos ninguno de ellos dudó en habilitar para esos delincuentes patibularios las penas

más graves, lo que –con cualquier fundamento teórico– siguen haciendo hasta el presente. Pero tampoco lo son los muy leves, resueltos ahora con *probation*, condena condicional, etc.

Si los libros acuden a esa ejemplificación aterradora, es porque pasan por alto que el delito en general es una creación de la teoría jurídica que ordena las preguntas acerca de todo hecho típico, a efectos de facilitar a los jueces decisiones racionales, pero ese delito general no existe en la realidad, pues cualquier víctima sabe que no lo es del delito, sino de robo, estafa, lesiones, hurto, daño, etc. En efecto: los tipos del código penal describen hechos de entidad y desvalor social totalmente diferente.

Basta pensar que entre una violación y un libramiento de cheque sin provisión de fondos no cabe ninguna comparación en cuanto a gravedad, daño físico y psíquico, dolor de la víctima y reprobación social. Se diría que lo único en común es que están descritos en la misma ley.

16. El delito reiterado contra la propiedad que colma los juzgados. Los procesos que cargan los casilleros de todos los juzgados del mundo según señalan todas las estadísticas de sentencias, son por delitos contra la propiedad y, en segundo lugar, a veces por delitos de tenencia y distribución minorista de tóxicos prohibidos, que plantean el mismo problema al derecho penal y a los jueces: ¿Qué hacer con los delitos reiterados no muy graves? ¿Qué hacer con los delincuentes no muy dañinos, pero medio tontos y molestos? Estos procesos son el pan nuestro de cada día para cualquier juez de nuestro mundo cultural.

La delincuencia reiterada contra la propiedad (rateros y similares) es la que da lugar al eterno reclamo policial de penas sin proporción

con la culpabilidad, frente a lo que el penalismo balbucea, trata de disfrazar a la peligrosidad de culpabilidad o de eliminar la culpabilidad y, en definitiva, cae en la Babel conceptual que acabamos se sobrevolar. Toda esta abigarrada discusión teórica, en definitiva –malogrando los librescos ejemplos patibularios–, en la práctica judicial cobra relevancia casi exclusivamente en la reiteración de delitos contra la propiedad y, dependiendo del país, en delitos leves relacionados a tóxicos.

17. La insuficiencia de la co-culpabilidad. Sin duda que la co-culpabilidad a que hicimos referencia fue un intento de compatibilizar la forma y el contenido ético de la culpabilidad penal, paliando las diferencias de oportunidades determinadas por la pertenencia de clase. Si bien reduce el choque contra la ética al tomar en cuenta la estratificación social, no agota la consideración de toda la vulnerabilidad a la selección criminalizante, que excede la mera pertenencia a una clase social.

En efecto: la criminalización secundaria se distribuye selectivamente por estereotipos, siendo la clase social sólo uno de los componentes del estereotipo del delincuente o de peligroso, pero no el único, puesto que éste se completa con habilidad personal, historia de vida, traumas y carencias prematuras, aspecto físico, caracteres étnicos, vestimenta, usos y hábitos adquiridos, orientación e identidad sexual, etc. Todo ese conjunto es lo que determina el estereotipo y la consiguiente vulnerabilidad, configurando el status de estereotipado y, por ende, de vulnerable a la selección criminalizante secundaria.

18. ¿Hasta qué punto es posible etizar al poder punitivo? La pretensión de etizar el derecho penal es una regresión (más o menos grave según la intensidad) premoderna o pre-iluminista,

que quiere reprochar su falla ética al infractor, cuando el propio poder punitivo se comporta faltando a la ética, en razón de su selección por vulnerabilidad (quien hoy está lejos del poder de las corporaciones transnacionales es vulnerable, pero el más cercano es impune). El poder punitivo no está libre de pecado para arrojar la primera piedra, y el derecho penal, justamente, debería esforzarse por etizarlo, y no por introducir confusiones y conceptos que disimulen sus pecados. ¿Pero hasta qué punto es posible una etización del poder punitivo?

El poder punitivo es un hecho político cuya selectividad aparece como característica estructural y no accidental.

Si bien es posible reducirla, es un sueño cancelarla por completo. Quienes lo han pretendido teóricamente, acabaron por postular su abolición (HULSMAN, CHRISTIE), lo que importa un nuevo y diferente modelo de sociedad y civilización, o sea, una transformación de la ética mundial que no se logrará desde el limitadísimo objetivo de la dogmática penal. En tanto, el poder punitivo –que goza de muy buena salud nunca será por entero ético.

No obstante, el esfuerzo por reducir la selectividad no sólo es válido, posible y ponderable, sino necesario, puesto que se verifica que existen ejercicios de ese poder cuya selectividad es indignante, pero también otros mucho menos selectivos: no son lo mismo los pecados graves que los leves.

19. Estado y situación de vulnerabilidad. La culpabilidad y el reproche presuponen la autodeterminación de la persona, lo que no implica un indeterminismo (o libre albedrío) absoluto, porque no es humano (nadie dispone de un catálogo infinito de posibles conductas en cualquier constelación situacional).

Además, semejante imposible humano implicaría la posibilidad de convertirse en otro y, por ende, no podría responsabilizarse a nadie (la persona que se juzga no sería la misma que cometió el delito). Pero tampoco los seres humanos se vinculan sin presuponer cierto grado de autodeterminación, lo que se verifica incluso en el propio uso del lenguaje. No obstante, los catálogos de posibles conductas son diferentes, según condiciones externas (sociales) y subjetivas (internas), no siendo racional un reproche que ignore estas diferencias de espacios de decisión.

El poder punitivo se expande como una infección, recayendo sobre los más vulnerables: el estafador común que vende la máquina de fabricar billetes a un incauto es criminalizado, pero los responsables de la gran estafa bancaria que determinó la crisis de 2008 y costó a los contribuyentes norteamericanos y europeos un billón de dólares –que podían dedicarse a fines más nobles y útiles–, no fueron criminalizados. Esto obedece a que el primero presenta un alto grado de vulnerabilidad al poder punitivo y los segundos otro muy bajo o nulo.

La vulnerabilidad reconoce un estado y una situación. El estado de vulnerabilidad bajo o alto de una persona es el status de vulnerabilidad al que nos hemos referido antes. No es éticamente correcto reprochar ese estado, cuando vivimos en sociedades estratificadas, prejuiciosas y que padecen injusticias sociales. No obstante, sólo muy pocos entre quienes comparten el mismo estado de vulnerabilidad son criminalizados, o sea que algo deben hacer para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad en que recae sobre ellos el poder punitivo.

20. ¿Qué se debe reprochar? Lo éticamente correcto sería reprochar sólo ese algo que la persona hace para alcanzar la

concreta situación de vulnerabilidad, o sea, el esfuerzo que realizó para llegar a la situación de vulnerabilidad.

Este esfuerzo será mucho mayor cuando la persona parta de un estado muy bajo de vulnerabilidad al poder punitivo (un financista estafador en gran escala, por ejemplo), y será muy bajo cuando parta de un estado de vulnerabilidad relativamente alto (hay personas a las que casi les basta con salir a la calle, por ser portadoras del estereotipo de ladronzuelo).

21. ¿Qué se puede reprochar? Pero el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad no sólo es lo que debe reprocharse conforme a la ética, sino que también es lo único que se puede reprochar en el plano fáctico.

En efecto: el derecho penal se teoriza con el objetivo práctico de que se aplique por los jueces, y éstos tienen un mayor espacio para filtrar menos poder punitivo cuando ese esfuerzo ha sido menor y, por el contrario, carecen del mismo espacio cuando el esfuerzo ha sido mayor.

El juez, en una sociedad más o menos democrática, sin temor a ser estigmatizado y linchado mediáticamente, puede habilitar una pena menor a un ratero, pero no goza del mismo arbitrio de decisión si se trata de un financista al que se le haya retirado la cobertura por violar las reglas vigentes entre los grandes delincuentes de las corporaciones transnacionales, como en el escandaloso caso Bernard Madoff.

Por ende, el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, no sólo es éticamente más correcto, sino que también es lo único posible y exigible en el espacio de decisión de los jueces.

Dicho más claramente, el reproche de ese esfuerzo, no sólo es más acorde a la ética, sino que también es lo único posible para los jueces.

22. El remanente contrario a la ética. De cualquier manera, no creamos con esto que hemos dado a la culpabilidad un contenido por completo acorde a la ética, porque eso es imposible, dada la antes señalada selectividad estructural del poder punitivo.

En efecto: el financista delincuyente seguramente también tuvo colaboradores, instigadores, cómplices y encubridores y casi nunca son todos alcanzados por el poder punitivo. Con toda razón podrá dirigirse al juez y decirle ¿Por qué a mí y no a los otros? El derecho penal y el juez sólo podrán responder porque no podemos, no tenemos espacio fáctico ni político para hacer otra cosa.

Hemos salvado a la culpabilidad penal –y a la condición de persona con conciencia moral– dentro de lo posible y, en esos límites proponemos compatibilizar su forma ética con su contenido (avanzando un paso más allá de la co-culpabilidad), mediante la limitación del reproche al esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. El remanente antiético será menor, pero no por eso podremos cancelarlo totalmente, porque lo impide la estructura misma del hecho político del poder punitivo. De cualquier manera, es indispensable reducirlo, aunque sepamos que el remanente siempre será parte inevitable de la mala conciencia del penalista.

EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO
EN UN DERECHO PENAL *EFICAZ*

**EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO
EN UN DERECHO PENAL EFICAZ^{1 2}**

WINFRIED HASSEMER³

I. LA OMNIPRESENTE VIOLENCIA

La violencia es un firme elemento integrante de nuestra experiencia cotidiana. El que vive con otros, sabe lo que es la violencia y nunca estará seguro ante ella.

La omnipresencia de la violencia en la vida social no es, por tanto, cuestionada, ni tampoco se modifica. Lo que sí se modifica es la disposición para aceptar la violencia, y también la probabilidad de llegar a ser autor o víctima de un hecho violento. Y en la actualidad también se modifica, con especial claridad, la forma en la que percibimos la violencia y la actitud que adoptamos ante ella. De ello y de sus consecuencias para el Derecho penal nos vamos a ocupar seguidamente.

¹ Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE.

² Publicado en la Revista Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, N.º. 15, 1990-1991, p.p. 181-198.

³ Catedrático de Derecho Penal de la universidad de Frankfurt

I. 1. Percepción social de la violencia

Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de la misma. Una sociedad que, por un lado, dispone de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea.

Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucha mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. Los medios de comunicación conceden gran importancia al ejercicio de la violencia y quizás también por eso informan de ella de un modo altamente selectivo⁴. La amenaza de violencia -real o supuesta- es un regulador para llevar a cabo una Política criminal típicamente restauradora⁵. Lo que en Derecho penal se considera como bien jurídico merecedor de protección y constituye, por tanto la base de las conminaciones penales, es consecuencia de un acuerdo social normativo en el

⁴ Paradigmático, MERCK. *Soziologie der öffentlichen Sicherheit*, 1980, p. 80 ss., 91 ss., 110 ss.

⁵ Paradigmático, ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*. 1976. *passim*. esp. p.p. 75 ss., 132 ss.

que interviene además el sentimiento de amenaza que existe en la población⁶.

La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico⁷, alimentando una creciente industria al respecto. El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de *criminalidad organizada* como una especie de detritus social que se presenta por los expertos policiales con connotaciones especiales⁸. Así, por ejemplo, se dice que el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben *adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz*⁹, y que una *completa elaboración de la opinión pública dirigida por la policía* debe y puede *apoyar la lucha represiva contra la criminalidad organizada*. Hay que *fomentar las denuncias*; la *reprobación social de la criminalidad organizada*, y hacer que *la población comprenda las redadas y medidas policiales similares*¹⁰. El Informe de la Comisión gubernamental independiente para la prevención y lucha contra la violencia (la llamada *Comisión*

⁶ W. HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. 1979/80. p.p. 158 ss., 221 ss.

⁷ Paradigmático. KINDHAUSE, *Gefährdung als Straftat*. 1989. esp. p. 339 ss.

⁸ REBSCHER/WAHLENKAN, *Organisierte Kriminalität in der bundesrepublik Deutschland*. 1988. 196.

⁹ *Idem*, p. 196

¹⁰ *Idem*, p. 197. Incluso se dice que debe facilitarse a las Autoridades encargadas de la averiguación de los delitos el acceso a las informaciones de carácter personal que "puedan ser relevantes para la investigación", "en interés de una eficaz lucha contra la criminalidad organizada".

sobre la violencia) que se acaba de presentar en 1990 es sólo un aspecto -aunque gráfico- de esta situación¹¹.

I. 2. Actitud social ante la violencia.

El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia. Ha llegado la hora de conceptos como *lucha*, *eliminación* o *represión* en detrimento de otros como los de *elaboración* o *vivir con*. Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual¹², y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito¹³. La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared.

Desde esta perspectiva, la sociedad que así piensa no puede dar un Derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera *Magna Charta del delincuente*¹⁴; lo que ella necesita

¹¹ Algunos precedentes se encuentran ya en anteriores publicaciones de la Oficina Federal de asuntos criminales (Bundeskriminalamt, BKA.) bajo el título "Was ist Gewalt?... Auseinandersetzungen mit einem Begriff, 1986 y 1988.

¹² Paradigmático. SCHWIND/BERCKHAUSER/STEINHILPER (edil). Präventive Kriminalpolitik. 1980.

¹³ Una perfilada crítica en P. A. ALBRECHT. Prävention als problematische Zielbestimmung in Kriminaljustizsystem, Krit V 1986, p. 54 ss.; sobre el dilema de la prevención también D. GRINUN, Verfassungsrechtliche Aumerkungen zum Thema Prävention, lug. cit. p. 38 s.s.. y W. HASSEMER. Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257 ss.

¹⁴ Sobre esta expresión. acuñada por FRANZ VON LISZT, y su contexto

es una *Magna Charta del ciudadano*, un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el Derecho penal en un *Derecho penal para enemigos*¹⁵.

a) Filosofía política

Esta evolución que ha tenido la actitud social ante el delito y la violencia es anacrónica y nos retrotrae a una época ya superada de la Filosofía del Derecho Penal y de las teorías político criminales que sólo podían percibir al delincuente como el infractor de una norma, como un *extraño* al que había que alejar. En cambio, las modernas teorías, enraizadas en la Filosofía política de la Ilustración, se caracterizan por considerar los derechos humanos y civiles como los fundamentos de Derecho penal y del Derecho procesal penal y por admitir al delincuente como parte del contrato social¹⁶. Las experiencias que actualmente tenemos con el miedo social a la amenaza, la percepción de la violencia y la Política criminal nos impulsan, pues, a plantearnos la cuestión de las condiciones antropológicas y psicosociales de una Política criminal ilustrada, racional y *libre de miedos*. Sin embargo, una política de este tipo no se puede llevar a cabo con miedo, sobre todo cuando la dramatización de la violencia agudiza la situación.

en la teoría de la Política criminal W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. de ARROYO y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1985.

¹⁵ Elaborado y criticado por JAKOBS. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. ZStW 97 (1985), 751 ss.

¹⁶ Sobre ello expresamente W. HASSEMER. *Menschenrechte im Strafprozess*, en: Rösen/Liimmmen/Glorr, (edil.), *Die Zukunft der Aufklärung*, p. 196 ss.

b) Criminología.

Igual que el desarrollo de la Filosofía política, permite el de la moderna Criminología poner de relieve que una actitud social mezquina y represiva ante la violencia y el delito que no sólo puede deberse a una dramatización pasajera de la violencia, sino también a una falta absoluta de ideas. Dicho en términos penales, esta evolución va desde la criminalidad a la criminalización¹⁷; a través de ella el delito y la violencia aparecen como fenómenos merecedores de represión en una forma más compleja, una forma de la que parece separarse nuestra actual percepción¹⁸.

La historia de la moderna Criminología se caracteriza tanto por una ampliación, como por una prolongación de su perspectiva. En sus orígenes estaba el intento de marcar las condiciones que hacen surgir y modifican la desviación criminal a la norma, buscando y encontrando estas condiciones en el cuerpo y en la psique del desviado. El *delincuente nato*, que LOMBROSO descubrió en los establecimientos penitenciarios a finales del siglo XIX, sólo fue considerado desde el punto de vista político criminal como objeto del *acuerdo social represivo*, como algo extraño, peligroso e incorregible.

Pero pronto se descubrió -sobre todo en EE.UU.- que importaba menos la naturaleza que los grupos primarios de referencia, especialmente la familia rota que producía en el futuro delincuente tempranas heridas y lo dotaba de técnicas criminales

¹⁷ Una exposición de esta evolución en mis Fundamentos (cfr. nota 11) 6-9; con más detenimiento W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, .12 1976,164.

¹⁸ Cfr. supra I, I.

de supervivencia. Con ello se le seguía considerando como esa otra persona que amenaza; pero, en todo caso, se ofrecía ya una pista para considerar que el delincuente y el violento no existen como tales sin más ni más, sino que son *producidos* de algún modo socialmente. Cuando luego -sobre todo con la teoría de la anomia y sus variantes- aparecieron las circunstancias específicamente grupales o incluso de toda la sociedad en conjunto como factores criminógenos (así por ejemplo diferencias específicas entre el esfuerzo y las metas por un lado, y las posibilidades reales para conseguirlas, por otro), se planteó urgentemente la cuestión de la corresponsabilidad político social en el delito, convirtiendo al delincuente en un sujeto no tan distinto de la gente decente.

Con ello se había trazado el marco para una posible explicación científica de la criminalidad, descubriéndose una estrecha relación entre delito y estructura social. Este descubrimiento pudo ser el motor de una actitud frente a la violencia y el delito, que se ocupe de manera productiva de estos fenómenos, considerando no sólo al delincuente violento, sino también su mundo circundante más o menos cercano: biografía, educación, vivienda, trabajo, ocio. Esto formó la base de una Política criminal racional a largo plazo.

Sin embargo, la investigación de las condiciones que hacen surgir o modifican la criminalidad no constituye el último avance que ofrece la moderna Criminología. Su interés se extendió también, incluso en épocas relativamente lejanas, a las condiciones que hacen surgir y modificar el proceso de criminalización. La nueva Escuela que se denomina a sí misma *crítica* y que se conoce con el término inglés de *labeling approach*, reprochó a las anteriores teorías, globalmente descalificadas con el estigma de *etiologicistas*, que, aferradas a la búsqueda de los factores

de la criminalidad, habían olvidado que no hay criminalidad sin criminalización; para esta Escuela, la criminalidad es, en efecto (también) el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida humana e institucionalmente.

Aquí no se trata ahora de valorar este desarrollo científico, sino de ver las posibilidades que ofrece para aprender y deducir de él una actitud positiva frente al delito y la violencia. En esta evolución se fue poco a poco abandonando el punto al que ahora, también paulatinamente, se va acercando la dramatización de la violencia. Con cada vez mayor claridad la Criminología ha demostrado que una Política que pretende adaptarse a la omnipresente violencia, no debe simplificar, ni dramatizar su objeto, sino dejarlo tal como es en toda su complejidad incluyendo las condiciones comunicacionales que lo hacen surgir y lo modifican; y que este objeto a largo plazo no puede ser tratado ni por la fuerza ni represivamente.

II. EL DERECHO PENAL EFICAZ

El destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo también en él el Derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos.

II. 1. La política

a) Represión de la violencia

Estas exigencias son conocidas y, en parte, han sido satisfechas ya en las últimas reformas penales; multas y otras sanciones pecuniarias contra narcotraficantes siguiendo criterios muy estrictos en su aplicación y medición. Delitos que castigan el *blanqueo* del dinero ilícitamente obtenido; sistemática observación policial de los *delincuentes* (en lugar de aclaración de los delitos); utilización de confidentes policiales: redadas; *lucha preventiva contra el delito* eliminando los más sensibles límites y garantías constitucionales del Derecho procesal penal en beneficio de la actuación policial; admisión del llamado testigo de la corona; ampliación del plazo de la prisión preventiva, etc.¹⁹.

Esta mayor dureza del Derecho penal material y del Derecho procesal penal se debe a una Política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto,

¹⁹ Expresa y críticamente sobre esto D. KRAUSS. *Strafverteidiger*. 1989, p. 315 y ss.

le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un Derecho penal eficaz y que deben tomarse en consideración si es que se quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del Derecho penal²⁰. La combinación de los criterios de modernidad y eficacia hace surgir en cierto modo junto a un Derecho penal social (de cuello azul) represivo de la violencia, un Derecho penal tecnocrático (de cuello blanco) de dirección social²¹.

b) Direccionismo

En este sentido la Política criminal *moderna* se caracteriza por estas tendencias: Desde hace ya algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos, de atenuar las penas, sino de crear nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a los mismos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática.

Esta Política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etc.), sino en los bienes jurídicos universales que

²⁰ Expresamente y con datos sobre lo que sigue W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*. NStZ 1989. 856 ss.

²¹ Esto se corresponde bastante con la distinción criminológica entre criminalidad de cuello blanco y de cuello azul (cfr. KAISER. *Kriminologie*. 8. ed.. 1989, II 60. 1).

además se describen de manera tan vaga y a tan grandes rasgos que pueden justificar cualquier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se encuentra la protección del *bienestar* humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o el empleo de la informática en la economía o la Administración.

Para ello se instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos, utilizando la técnica de los delitos de peligro (en su mayor parte, abstracto), en los que es suficiente con demostrar la acción que el legislador ha descrito como peligrosa y no la de los delitos de daño o de lesión en los que no sólo hay que demostrar la producción de un daño, sino que éste ha sido causado por el inculpado.

II. 2. La teoría

La política que se acaba de describir se basa en la idea de que el Derecho penal es un instrumento de dirección aceptable desde el punto de vista normativo y realmente eficaz; un medio de política interna (seguridad, salud, economía, etc.); entre otras cosas. Esta idea ha desterrado las metas que tradicionalmente se atribuían al Derecho penal: garantizar la libertad y la protección jurídica que deben concederse también al delincuente; que el Derecho penal sólo debe intervenir subsidiariamente, como *ultima ratio*, y limitarse a unos pocos actos lesivos especialmente destacados. También ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre ha existido ante la *rudeza* del sistema jurídico penal y ante la eficacia del mismo como medio de solución de los conflictos sociales: que sus instrumentos coactivos son para un amplio espectro de desproporcionados e incluso contraproducentes; que en virtud del principio de certeza (art. 103 II GG, 1 StGB)

el Derecho penal es demasiado flexible; por el principio del *Derecho penal de hecho* es incapaz de tener efecto preventivo; que por el principio de culpabilidad se concentra en personas y no en organizaciones o instituciones.

La actual Política criminal tiene conciencia de estos problemas, pero se enfrenta a ellos desconociendo que un Derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del Derecho penal a sus principios, minimizando los presupuestos de la pena con el empleo superficial de delitos de peligro abstracto, difuminando los presupuestos de la imputación o endureciendo los medios coactivos.

La consecuencia de esta evolución no es ciertamente como poco a poco se va poniendo de relieve²², que se haya conseguido estructurar un sistema jurídico penal capaz de cumplir las nuevas tareas que se le asignan, sino, al contrario, que estas parcelas de un Derecho penal *eficaz* vayan acompañadas de *déficits de funcionamiento* continuos, específicos y denunciados por todo el mundo. De todo ello se deducen además dos cosas:

Por un lado, el miope intento de minimizar estos déficits aumentando la represión (*more of the same*).

Por otro, el creciente aumento de amplios sectores del Derecho penal con una eficacia puramente simbólica: Cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos

²² En mi artículo citado en nota 17, he intentado demostrarlo

sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídicos penales.

II. 3. La dogmática

Los criterios dogmáticos que se utilizan por la política y la teoría del Derecho penal *eficaz*, son diversos, pero dos de ellos merecen ser destacados: la *funcionalidad de la Administración de Justicia penal*²³ y el criterio metódico de la *ponderación de bienes*²⁴

a) La funcionalidad de la Administración de Justicia penal

Desde comienzo de los años setenta y tras algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la R.F. de Alemania, el miedo a una Administración de Justicia penal ineficaz se erigió en el argumento principal en contra del debilitamiento o atenuación de las medidas coactivas procesales y de una mayor participación de la víctima o perjudicado por el delito en el proceso penal. Así, por ejemplo, se respondió negativamente a cuestiones como éstas:

Extender el derecho a no prestar testimonio a los asistentes sociales o a los terapeutas del drogadicto;

Prohibir la valoración como prueba de las grabaciones en cinta magnetofónica

²³ Expresamente W. HASSEMER en *Strafverteidiger* 1982, p. 257 ss. críticamente también ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 21* ed. (1989), B1 B II

²⁴ Expresamente W. HASSEMER, *Unverfügbares im Strafprozess*, en: *Festschrift für W. MAIHOFER*, 1988, p. 183 ss.

Renunciar a la acción penal a cambio de la puesta en libertad de los rehenes, en casos de robo con toma de rehenes;

Sobreser el proceso penal en caso de peligro para la vida o la salud del inculcado.

Lo verdaderamente notable en todas estas decisiones no es tanto su existencia sin más (pues en todo caso, efectivamente la ineficacia de la Administración de Justicia penal sería una amenaza para todos), sino su fundamentación sistemática (a) y su utilización práctica (b).

(a) En lugar de considerar estas decisiones como lo que de hecho son, es decir, como verdaderas limitaciones de los principios de Justicia y formalización del proceso en aras de una mayor eficacia de la tarea de persecución de los delitos que incumbe a la Administración estatal de Justicia penal, poniendo así, de algún modo, de relieve el conflicto inmanente a la misma, los Tribunales consideraron que no eran más que consecuencia de la idea de Justicia. Esto no sólo produjo una auténtica perversión sistemática²⁵, sino también la consagración

²⁵ Un ejemplo de ello lo ofrecen los cuatro jueces que firman la sorprendente sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania de 14.9.89, recogida por ej., en *Strafverteidiger* 1990, 1. Se trataba de un condenado por asesinato a prisión perpetua que recurrió al Tribunal Supremo por haber utilizado el Tribunal de instancia que lo condenó en la fundamentación de la sentencia unos datos sacados de su diario. Estos jueces fundamentan el mandato constitucional de una pena adecuada al hecho y a la culpabilidad (principio de culpabilidad) esencialmente en la obligación del Estado de respetar la dignidad humana, pero luego mantienen que una correcta obtención de la sentencia exige tener también en cuenta datos sobre la personalidad del sospechoso, deduciendo

totalmente injustificada de esta fundamentación principio normativo básico, provocando una concepción armónica del proceso que borraba el contraste entre seguridad jurídica y Justicia, investigación de la verdad y protección de los derechos del inculpaado, eficacia y informatización.

- (b) Y en lugar de decir con toda claridad que, aquí y ahora, nadie cuestiona verdaderamente la funcionalidad de la Administración de Justicia penal, y en lugar de indicar por lo menos en qué condiciones se considera en peligro esta funcionalidad, los Tribunales operan en un estadio todavía muy alejado de la auténtica amenaza, cuando en el peor de los casos sólo se trata de perturbar o prolongar el proceso, dramatizando esta amenaza en perjuicio de la informatización y de los derechos del inculpaado.

b) Ponderación de intereses

La ponderación de intereses es un respetable método jurídico. Quien quiera resolver o también decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos. Actualmente este método se recomienda por su flexibilidad y capacidad de adaptación a la situación concreta: puede legitimar decisiones cambiantes en cada caso y simplificar complejas situaciones decisorias. La ponderación de intereses es, por tanto, también método *moderno*,

incidentalmente que de este modo queda abierta la posibilidad de valorar los datos íntimos, aunque sean en perjuicio del acusado. Afortunadamente, los otros cuatro jueces que componían el tribunal manifestaron clara y contundentemente que una argumentación de este tipo instrumentaliza la dignidad humana con el principio de culpabilidad. También hubieran podido decir que la dignidad humana se emplea como arma contra las personas.

del que se hace uso frecuente y gustosamente en el Derecho penal, como lo demuestran los siguientes ejemplos:

En casos de terrorismo y cuando realmente se ha llegado a un verdadero *estado de necesidad en la investigación*, la impunidad del llamado *testigo de la corona*, es decir, del terrorista que delate a sus compañeros o colabore con la policía;

En casos de narcotráfico, la pena de comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente, aunque hayan pasado a otras personas, algo desconocido en otros ámbitos del Derecho penal;

En casos de grave criminalidad, la valoración prueba de datos privados provenientes de diarios íntimos.

En todo esto opera un mecanismo evidente: en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede por ej., con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, *in dubio pro reo*, protección de la intimidad, etc. Precisamente, prescindiendo en parte de estos principios y funcionando como un instrumento contundente, es como el Derecho penal aumenta su eficacia.

III. DOS CUESTIONES

Ante esta situación debería reflexionarse sobre estas dos cuestiones:

¿es realmente seria la amenaza?

¿es verdaderamente eficaz el Derecho penal que se preconiza?

1. La seriedad de la amenaza

La intensidad de la violencia que nos amenaza, hace ya tiempo que se discute entre los expertos y los propios ciudadanos, es previsible que continúe esta discusión todavía durante algún tiempo. La percepción de la violencia es ante todo un fenómeno político y comunicacional²⁶. Ya sólo con este simple dato se evitaría que se pudiera politizar esta dramatización de la violencia.

Por otra parte, como se puede observar en la evolución de la Criminología²⁷, el *fenómeno de la violencia* sólo en parte se entiende, cuando se le contempla desde el punto de vista de la violencia individual o grupal. También hay una *violencia desde arriba*, que está relacionada con la otra violencia. De lo que se deduce, que una actitud racional ante la amenaza de violencia, sea ésta estatal, social o individual, no puede consistir en una simple actitud represiva ante la misma, sino que debe tener en cuenta también las complejas relaciones existentes entre ambas desde el principio

²⁶ Cfr. supra

²⁷ Cfr. supra I, 2b. -196

2. La eficacia del Derecho penal

Un miope entendimiento de lo que se considera hoy como un Derecho penal eficaz puede ser, a la larga, contraproducente.

Las experiencias habidas con los *déficits de funcionamiento* del moderno Derecho penal y con el llamado *Derecho penal simbólico*²⁸ enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos jurídico penales (*more of the same*) siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizás podría deberse a que la subsidiariedad del Derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o Sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídico penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas

Pero sobre todo debe tenerse en cuenta, que un Derecho penal contundente tiene también sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener. No es imaginable que, por ejemplo, se pueda renunciar en parte al principio de culpabilidad o a de dignidad humana; cuando esto ocurre en *tiempos de necesidad* perderán importancia para nuestra cultura jurídica. Desde ese momento, ya no serán su valor e importancia el criterio decisivo para su vigencia, sino la problemática percepción de la *necesidad* o de la *grave amenaza*.

En última instancia hay que preguntarse si un Derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son en cada

²⁸ Cfr. supra II, 2

caso disponibles, perderá -incluso a largo plazo a los ojos de la población- su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social.

IV. RESUMEN

Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una Política criminal que tiende a hacer del Derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica, no deben ser tenidos en cuenta o considerarse vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga Derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.

NORMAS PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y LIBROS

**INSTRUCCIONES A LOS AUTORES
PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS
EN LA REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL**

1. La Revista Derecho Penal Central es una publicación de la Colegio de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del Derecho en el Ecuador y otros países.

2. Los autores al presentar sus contribuciones a la Revista Derecho Penal Central, declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas. Si el autor llegare a presentar el artículo, ya publicado, a otra revista deberá notificar el particular al editor de la revista.

3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec
revistacapjurídica@gmail.com, a la atención de Revista Derecho Penal Central

4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:

- Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
- Las colaboraciones en Revista Derecho Penal Central pueden ser: Artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y, deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* MLA o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.
- Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y, al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
- En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
- Debido a que la revista Derecho Penal Central se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.

- Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
- Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones.
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la Revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial, o un miembro del

Consejo y otro que será escogido por el Director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.

- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles, para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
 - Si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación.
 - Comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar),
 - Sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).

