

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 13

Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima

Demelsa Benito Sánchez / Alfonso González-Guija Jiménez / Enrique Peñaranda Ramos / Abraham Castro Moreno / Eva Carballo García / Jesús Agustín Pueyo Roderó / Carmen Adán del Río / Josep M. Tamarit Sumalla / Ignacio José Subijana Zunzunegui / Marta Isabel Fernández Fernández / Lourdes Pérez Rebollar

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 13

Modificaciones sustantivas
en Derecho penal
y el Estatuto de la víctima

Demelsa Benito Sánchez
Alfonso González-Guija Jiménez
Enrique Peñaranda Ramos
Abraham Castro Moreno
Eva Carballo García
Jesús Agustín Pueyo Rodero
Carmen Adán del Río
Josep M. Tamarit Sumalla
Ignacio José Subijana Zunzunegui
Marta Isabel Fernández Fernández
Lourdes Pérez Rebollar

Bilbao
Universidad de Deusto
2017

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Soledad Gil Nobajas
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-16982-22-6
Depósito Legal: BI - 591-2017

Índice

Presentación <i>Demelsa Benito Sánchez / Alfonso González-Guija Jiménez</i>	9
Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal <i>Enrique Peñaranda Ramos</i>	13
Delitos relacionados con la gestión del patrimonio ajeno público y privado <i>Abraham Castro Moreno / Eva Carballo García</i>	47
Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero <i>Jesús Agustín Pueyo Rodero</i>	75
Los delitos relacionados con la gestión del patrimonio público <i>Carmen Adán del Río.</i>	95
Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas <i>Josep M. Tamarit Sumalla</i>	115
El modelo de justicia restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	139
Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal <i>Marta Isabel Fernández Fernández.</i>	177
La prensa ante los derechos de las víctimas <i>Lourdes Pérez Rebollar.</i>	201

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, pág. 7

Presentación

Demelsa Benito Sánchez

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Deusto

Alfonso González-Guija Jiménez

Magistrado. Audiencia Provincial de Bizkaia

1. Esta edición de *Cuadernos Penales* recoge las ponencias presentadas en las XIII Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón, celebradas en el Palacio de Justicia de Bilbao los días 3 y 4 de noviembre de 2016 bajo los auspicios del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco y del Consejo General del Poder Judicial, tituladas, en esta ocasión, «Modificaciones sustantivas en Derecho Penal y el Estatuto de la víctima».

Estas jornadas se celebran 15 años después de que el juez y profesor fuera asesinado por ETA el 7 de noviembre de 2001, provocando con ello un inmenso dolor a sus familiares y a su familia universitaria y judicial, a amigos y compañeros a los que día a día mostraba sus conocimientos del Derecho y ayudaba a la conquista de transmitir una convivencia basada en el respeto al ser humano y a las reglas de las que está dotado un Estado social y democrático de Derecho. Impartía Justicia desde el profundo respeto al principio de legalidad, pero con el inestimable valor añadido del vasto conocimiento que poseía en la interpretación y aplicación de la norma jurídica, funciones que, aunque inherentes al ejercicio de la jurisdicción, no todo juez posee en la misma medida para el buen ejercicio de la misma. Poseía la sabiduría del docente enriquecida con el contacto diario con la práctica judicial, la casuística variada que proporciona y el contacto directo con la valoración y enjuiciamiento de situaciones y de conductas humanas, en ocasiones verdaderamente dramáticas o críticas. Qué duda cabe que ello contribuyó a su formación personal, a su conocimiento de las personas, y de la sociedad en la que viven, y desde esta atalaya, insistimos, intentó prestar su aportación a la trasmisión de ideas y valores basados en el

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 9-11

respeto a la dignidad humana y en todas las normas que se inspiran de este superior principio. Sabemos que en términos de balance se puede consignar «misión cumplida», pero tristemente de manera anticipada por la sinrazón de unos asesinos que no consiguieron —porque no estaba a su alcance— acabar con su recuerdo. Éste permanece entre nosotros, sus compañeros, de manera silente y constante, y lo exteriorizamos con voz sobresaliente en las Jornadas que anualmente celebramos para testimoniarle nuestro homenaje.

2. Las XIII Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón debían abordar, y eso quedó patente desde las primeras reuniones preparatorias entre los compañeros y amigos de José María, algunas de las modificaciones más importantes incorporadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al Código penal, toda vez que su entrada en vigor se produjo poco más de un año antes de la celebración de las mismas y aún eran muchas las dudas que suscitaba, y que continúa suscitando. Abordar todas las modificaciones habría sido, por otra parte, tarea imposible ante la profunda revisión del texto punitivo llevada a cabo por la citada ley.

Pero estas Jornadas, como todas las que precedieron, no se dedican en exclusiva al Derecho penal sustantivo, siendo igualmente objeto de debate, año tras año, cuestiones procesales. En esta ocasión, la elección del tema tampoco fue complicada pues solo un año antes entraba en vigor la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, despertando también muchos interrogantes entre los teóricos y prácticos del Derecho.

3. El primer día de las jornadas se presentaron y debatieron con ahínco las ponencias relacionadas con la última reforma del Código penal. La primera de ellas, a cargo de José Manuel Maza Martín, por entonces magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y actual Fiscal General del Estado, sobre un tema que no ha faltado en foros de debate similares en los últimos años: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Incorporada al texto punitivo en 2010 y modificada por el legislador cinco años después, lo novedoso en estas Jornadas fue analizar las recientes y pioneras sentencias del Tribunal Supremos que abordan esta materia.

A continuación, el catedrático de Derecho penal, Enrique Peñaranda Ramos, abordó una de las cuestiones que más polémica ha suscitado tras la reforma, por afectar a unos tipos penales que permanecían inmutables desde el código penal de 1995 pese a las cerca de 30 reformas que se han sucedido desde entonces. Nos referimos a los nuevos

tipos penales de homicidio y asesinato, haciendo especial hincapié en las nuevas modalidades agravadas y su posible vulneración del principio de *non bis in idem*.

La tarde de ese mismo día tuvo lugar una mesa redonda bajo el título «Delitos relacionados con la gestión del patrimonio ajeno público y privado», en la que intervinieron Abraham Castro, catedrático de Derecho penal, Jesús Pueyo Rodero, magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, y Carmen Adán del Río, fiscal jefe de la Fiscalía Provincial de Bizkaia. Cada ponente realizó una detallada exposición de las modificaciones incorporadas a los tipos penales de apropiación indebida, administración desleal y malversación, desde la perspectiva particular que corresponde a la función que cada uno desempeña. La mesa suscitó amplio debate entre los asistentes y entre los propios ponentes.

La jornada del segundo día albergó, de nuevo, una mesa redonda dedicada, en esta ocasión, al Estatuto de la víctima del delito. En ella intervinieron expertos procedentes de ámbitos muy diversos, lo que arrojó como resultado un completo y minucioso estudio de tal texto legal, a la vez que generó uno de los más intensos debates de estas Jornadas. Fueron ponentes Josep Tamarit Sumalla, catedrático de Derecho Penal, Ignacio Subijana Zunzunegui, presidente de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Marta Isabel Fernández Fernández, fiscal coordinadora de Fiscalía en protección de víctimas, y Lourdes Pérez, directora adjunta de El Diario Vasco.

4. Las últimas líneas de esta presentación del número 13 de *Cuadernos Penales* quisiéramos que fueran de agradecimiento a todos aquellos que intervinieron en las Jornadas, bien como ponentes, moderadores, asistentes, así como a las instituciones que año tras año posibilitan su celebración y la publicación de esta revista (Gobierno Vasco, Consejo General del Poder Judicial y Universidad de Deusto).

Estamos convencidos de que la intención de todos los que han hecho posible estas Jornadas ha sido la de estar a la altura, o al menos lo más cerca posible, de la importancia del legado de José María.

Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal

Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: I. Introducción. II. Las nuevas modalidades agravadas del delito de homicidio doloso (art. 138.2 CP). 1. El homicidio cualificado por ser la víctima menor de dieciséis años de edad o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2. El homicidio cualificado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. 3. El homicidio cualificado por haberse cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. 4. El homicidio cualificado por ser los hechos además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP. III. La nueva configuración del delito de asesinato y de sus modalidades agravadas (arts. 139 y 140 CP). 1. El aumento del marco penal del delito de asesinato del art. 139.1 CP. 2. Las nuevas circunstancias cualificativas del asesinato: matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (art. 139.1.4.^a CP). a) La intención de facilitar la comisión de otro delito. b) La intención de ocultar la comisión de otro delito. 3. La nueva regulación del asesinato pluralmente cualificado (art. 139.2 CP). 4. El asesinato hipercualificado o hiperagravado del nuevo art. 140 CP y la pena de prisión permanente revisable. IV. Bibliografía.

Resumen: En este artículo se analizan los delicados problemas interpretativos y de aplicación que suscitan las nuevas modalidades cualificadas del delito de homicidio del art. 138.2 CP y las modificaciones introducidas en la regulación del delito de asesinato y, en particular, la ampliación de las circunstancias que cualifican dicho delito y de su marco penal ordinario, la nueva forma de determinación

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 13-45

de la pena en el caso de concurrencia en un asesinato de «más de una» de esas circunstancias cualificativas y la modalidad hipercualificada de asesinato para la que se prevé la imposición de la pena de prisión permanente revisable. Sin perjuicio de considerar que una solución plenamente satisfactoria de los distintos problemas señalados obligaría a renunciar a la imposición de una pena tan cuestionable, como es la de prisión permanente o perpetua, y a repensar desde unas bases más rigurosas la regulación de las distintas formas del homicidio doloso, el autor propone diferentes líneas de interpretación restrictiva para limitar al menos los más graves defectos detectados.

Palabras clave: homicidio, homicidio cualificado, asesinato, asesinato cualificado e hipercualificado.

I. Introducción

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal ha introducido muy importantes modificaciones en la regulación que en el mismo se contiene de los delitos homicidio y asesinato. Tales modificaciones consisten fundamentalmente en el establecimiento de nuevas modalidades de ambos delitos y en la asignación a dichas figuras delictivas o, al menos, a sus supuestos más graves de marcos penales sustancialmente más elevados que los anteriormente previstos.

En otros trabajos anteriores he tenido ya ocasión de ocuparme de las cuestiones que trataré en esta ponencia y, al mismo tiempo, de señalar que la nueva regulación de estos delitos está estrechamente vinculada al propósito de asegurar un campo de aplicación que pudiese parecer razonable para la pena de «prisión permanente revisable», introducida en esa misma reforma; así como que las modificaciones producidas a tal efecto han venido a crear una regulación abigarrada y casuística de ambos delitos, que contrasta vivamente con la tendencia a la simplificación apreciable a nivel internacional en los más recientes movimientos de reforma en esta materia y en la evolución que había seguido hasta ahora la propia legislación española¹.

¹ En relación con ambas cuestiones puedo remitirme a lo expuesto en PEÑARANDA RAMOS, E., «Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 485 ss.; e ID., «Informe crítico sobre la reforma de los delitos de homicidio, asesinato y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.) y AN-

Sin dejar de señalar que la reforma me parece carente de una suficiente reflexión sobre los criterios que pueden y deben orientar racionalmente la regulación de los delitos contra la vida y, en concreto, la de sus formas más graves, así como profundamente equivocada tanto en su orientación general como en muchos de sus detalles, no voy a insistir aquí más en ello. El propósito de mis siguientes consideraciones será principalmente el de analizar los problemas que para la aplicación de tales preceptos suscita la proliferación de hasta cinco categorías distintas de homicidios dolosos, susceptibles de presentarse además en múltiples modalidades y de solaparse ampliamente entre sí y con otras infracciones punibles, dando lugar con ello a complejas cuestiones concursales.

Para ello, examinaré en primer lugar (II) los problemas aplicativos que plantean las modalidades cualificadas del delito de homicidio a las que se refiere el nuevo art. 138.2 CP, definidas bien por la concurrencia de algunas de las circunstancias que pueden dar lugar a su vez al tipo hipercualificado de asesinato (las del art. 140. 1 CP) o bien porque la acción homicida concorra con un delito de atentado del art. 550 CP.

A continuación (III), analizaré algunas implicaciones de las modificaciones introducidas en la regulación del delito de asesinato y en concreto las consecuencias que pueden tener: 1) la ampliación de las circunstancias cualificativas dicho delito, a las que se añade una más (o dos si se computan diferenciadamente la intención de facilitar la comisión de otro delito y la de evitar su descubrimiento); 2) la ampliación del marco penal previsto para esas modalidades básicas o primarias del

TÓN BOIX, J. R. (coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 98 ss. Más recientemente he examinado también el conjunto de la problemática de que aquí se trata en PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio y asesinato», en *Cuadernos Digitales de Formación* 46-2015, número monográfico sobre la Reforma del Código Penal (dir. M.^ª del P. Rasillo López), CGPJ, Madrid, 2016, pp. 140 ss.; e ID., «Los delitos de homicidio y de asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal», en BACIGALUPO SAGESSE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y ECHANO BASALDUA, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1257 ss. Se muestran de acuerdo con mis puntos de vista a ese respecto, entre otros, ALONSO ÁLAMO, M., «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 117, 2015, pp. 6 ss.; y SANZ MORÁN, A., «La reforma de los delitos contra la vida», en MARQUEDA ABREU, M.^ª L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜCHSEL, A. (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016, pp. 821 ss. y 824.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 13-45

asesinato en el art. 139.1 CP; 3) la nueva forma de determinación de la pena de la modalidad agravada por la concurrencia en un asesinato de «más de una» de esas circunstancias cualificativas en el art. 139.2 CP; y 4) la introducción de una forma hipercualificada de asesinato cuando en el mismo concorra cualquiera de las circunstancias a las que se refiere el art. 140.1 y 2 CP.

II. Las nuevas modalidades agravadas del delito de homicidio doloso (art. 138.2 CP)

El Preámbulo de la LO 1/2015 atribuye la decisión de establecer un tratamiento agravado del delito de homicidio cuando en él concurren las circunstancias del nuevo art. 140.1, al propósito de mantener la «coherencia» con la agravación que se ha introducido para el asesinato cuando es cometido en esas mismas circunstancias. Y, ciertamente, la introducción de estas nuevas modalidades agravadas o cualificadas del homicidio constituye la respuesta del legislador a la crítica formulada por el Consejo Fiscal al anterior Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012 de que se habría incurrido en él en una incongruencia sistemática al definir como elementos de las modalidades más graves del delito de asesinato, aquellas a las que se proponía aplicar la pena de prisión permanente revisable, circunstancias que carecían de un particular significado agravatorio en el delito de homicidio.

En el Informe emitido sobre dicho Anteproyecto, el Consejo Fiscal había advertido en efecto «una clara incongruencia sistemática», en el hecho de que el proyectado artículo 140.1 recogiese «tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuran como agravantes específicas del delito base de homicidio» y había sugerido que tal «deficiencia sistemática» debería ser «solventada» haciendo «que las circunstancias cualificadoras que se introducen en sede de asesinato por medio del art. 140.1 sean previstas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio del art. 138 CP, aunque no con el efecto de aplicar la pena de prisión perpetua revisable, como se hace en el asesinato, sino de exasperar la pena de prisión prevista en el art. 138 mediante su aplicación en su mitad superior, o, si se estima pertinente, mediante la previsión de su elevación, obligatoria o facultativamente, en un grado».

El Proyecto finalmente presentado en las Cortes y, a partir de él, la regulación definitivamente incorporada al art. 138.2 CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, han seguido al pie de la letra esta recomendación del Consejo Fiscal, inclinándose en ambos casos, además, por la

más severa de las opciones ofrecidas por dicho Órgano: la de conminar estos supuestos agravados de homicidio, de forma obligatoria, con la pena superior en grado. Con ello se han desoído los reparos que algunos formulamos a la desproporción que supone que homicidios en los que, pese a todo, siguen sin concurrir los elementos necesarios para poder ser calificados como asesinato terminen por sancionarse con penas superiores a las previstas para este delito en el Derecho hasta ahora vigente y muy similares incluso a las establecidas para el mismo tras la reforma².

Aparte de esta censurable desproporción cabe hacer notar que la coherencia pretendida deja, por lo demás, mucho que desear. Pues, por un lado, las circunstancias agravatorias no son, en contra de lo que se dice en el Preámbulo de la LO 1/2015, «las mismas», sino que sólo coinciden parcialmente: a diferencia de lo que sucede en el asesinato, falta en el homicidio cualquier agravación especial para la producción reiterada o en serie de la muerte y, en sentido inverso, se establece un tipo cualificado de homicidio «cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550», que carece de cualquier parangón en el delito de asesinato. Y, por otra parte, tampoco son congruentes los efectos que las circunstancias de agravación comunes despliegan respectivamente en el *quantum* de la pena de ambas infracciones: mientras que la pena del homicidio se incrementa por tales circunstancias de una forma importante pero sólo relativa (entre cinco y siete años y medio), la concurrencia de aquéllas en un asesinato da paso a una pena absoluta, potencialmente perpetua.

En definitiva, la incongruencia, por no decir la arbitrariedad, con la que se ha procedido a enunciar los factores que agravan el simple homicidio y las que lo convierten en un asesinato o en un asesinato cualificado, así como los diferentes efectos que las mismas circunstancias despliegan en uno y otro delito son claramente indicativas de la ausencia de una concepción globalmente consistente de estos delitos, en los que la coherencia de la que se presume ha sido en realidad sacrificada a la pretensión de dotar a cualquier costa de una apariencia de racionalidad y legitimidad a la conminación de la pena de prisión permanente revisable.

² Cfr. en este sentido PEÑARANDA RAMOS, E., «Delito de asesinato», cit. (n. 1), pp. 502 ss.; e ID., «Informe crítico», cit. (n. 1), pp. 110 ss. En un sentido similar denunciaron el carácter desproporcionado de esta solución algunas enmiendas presentadas por distintos grupos parlamentarios durante la tramitación en las Cortes del proyecto de reforma.

De acuerdo con el nuevo art. 138.2 CP, se habrá de imponer la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico de homicidio, esto es, la de prisión de quince a veintidós años y seis meses, en los siguientes cuatro casos.

1. *El homicidio cualificado por ser la víctima menor de dieciséis años de edad o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*

El alcance de esta modalidad agravada de homicidio, así como su fundamento resultan altamente dudosos, a la vista de la jurisprudencia que viene manteniendo de un modo constante la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la llamada «alevosía por desvalimiento».

En efecto, como se recuerda, entre otras muchas, en la STS 225/2014, de 5 de marzo, según la jurisprudencia establecida por dicha Sala:

«La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas».

La compatibilidad de esta nueva circunstancia cualificativa o agravatoria del homicidio con dicha jurisprudencia es controvertida. Cuenca García, por ejemplo, estima que la previsión de tal circunstancia para configurar un supuesto específicamente agravado de homicidio hace directamente «insostenible» aquella jurisprudencia. Más aún, la reforma de 2015 habría venido a excluir la existencia de la llamada alevosía por desvalimiento y a acoger la tesis del sector mayoritario de la doctrina penal que defendía en estos casos la aplicación del delito de homicidio con la agravante genérica de abuso de superioridad y la reducción de la circunstancia de alevosía a sus modalidades proditoria y sorpresiva³.

Otros autores mantienen una posición algo más matizada. Según Muñoz Conde, el hecho de que la cualificación de la que estamos tratando esté prevista no sólo en el art. 140.1.1.^a CP para el delito de ase-

³ CUENCA GARCÍA, M.^a J., «Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 118, 2016, pp. 116 ss., 131 ss. No obstante, esta autora termina por admitir la posibilidad de que la jurisprudencia se resista a abandonar tan fácilmente la tesis mantenida hasta ahora.

sinato, sino —por remisión del art. 138.2 a) CP a dicho precepto— también para el de homicidio, «hace insostenible la interpretación de que *toda* muerte de un ser desvalido es *automáticamente* alevosa»⁴. Alonso Álamo entiende que, «de acuerdo con la *mens legis*, la alevosía es incompatible con la nueva circunstancia en los casos de menores recién nacidos, niños de corta edad o personas absolutamente incapaces de defenderse»⁵.

En mi opinión, es necesario efectuar un análisis diferenciado del caso de los menores de dieciséis años de edad y de los supuestos relativos a otras personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

En el primer caso, la compatibilidad de la nueva circunstancia agravatoria con el criterio seguido por nuestros Tribunales podría parecer en principio justificada porque, como recuerda la STS 225/2014, de 5 de marzo, antes citada, «cuando aplica la jurisprudencia la alevosía por desvalimiento en relación con niños, se refiere a menores de muy corta edad: 3 años (STS 772/2004, de 16 de junio); 14 meses (STS 978/2007, de 5 de noviembre); 3 meses (STS 657/2008, de 24 de octubre) y 4 años (596/2006, de 28 de abril)». De este modo, el marco penal establecido en el art. 138.2 CP podría quedar reservado, sin perturbar esa consolidada interpretación jurisprudencial de la alevosía, a casos en los que la menor edad de la víctima sólo conducía hasta ahora a la apreciación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad (calificada a menudo como «alevosía de índole menor») y, en consecuencia, a la calificación del hecho como un simple homicidio, que es lo que ocurrió precisamente en el caso enjuiciado en la mencionada STS 225/2014, de 5 de marzo, en el que las víctimas fueron dos menores que contaban ya 10 años de edad y no se consideraron cumplidos los requisitos de ninguna otra modalidad de la alevosía.

Algunas dudas más se plantean, incluso en el plano formal en el que a efectos dialécticos he querido situarme por el momento, respecto de la segunda variante de la agravación prevista en el nuevo art. 138.2 a), en relación con el art. 140.1.1.^a CP, esto es, en el caso de que el homicidio recaiga sobre una persona especialmente vulnerable por razón de su (avanzada) edad, enfermedad o discapacidad. En tales hipótesis, la mención a la *especial* vulnerabilidad de la víctima por alguna de esas razones parece dejar un escaso espacio de juego a planteamientos gra-

⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 252 (sin cursivas en el original).

⁵ ALONSO ÁLAMO, M., cit (n. 1), p. 38.

duales, como el anteriormente expuesto respecto de los menores, para distinguir las circunstancias de alevosía en sentido estricto y esta nueva especie de «alevosía menor». No cabe descartar sin embargo que también en este ámbito se pretenda seguir efectuando en adelante pese a todo tal distinción, al modo en que a menudo se hace para delimitar la alevosía del abuso de superioridad⁶.

Ciertamente una solución punitiva como la establecida en este art. 138.2 a), en relación con el art. 140.1 a) CP, podría parecer más adecuada allí donde nos hallemos ante hipótesis muy próximas en su gravedad a aquellas en las que se viene apreciando la concurrencia de un comportamiento alevoso, pero no podría considerarse tan oportuna cuando la distancia con éste sea significativamente mayor. Por ello es criticable la equiparación de «la muerte causada a un niño de dos, cinco o diez años con la causada a uno de quince años», máxime cuando, bajo la conminación de un marco penal unitario de quince a veintidós años y medio de prisión, se somete a su vez todo ese amplio y muy diverso conjunto de casos prácticamente al mismo tratamiento punitivo que corresponde al asesinato alevoso⁷.

Por consiguiente, es conveniente una interpretación restrictiva del alcance de esta circunstancia agravante específica o cualificativa del homicidio y exigir, para apreciar su concurrencia en todos los casos (esto es, también en los de los menores de dieciséis años), que se haya dado un abuso o aprovechamiento de la especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, enfermedad o discapacidad⁸.

⁶ Esto es, atendiendo, respectivamente, a que la conducta en cuestión conlleve una completa exclusión de las posibilidades de defensa del ofendido o produzca, tan sólo, una disminución notable de las mismas, sin llegar a eliminarlas del todo: *vid.* en este sentido por ejemplo la citada STS 225/2014, de 5 de marzo: «la circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación» que la superioridad sea «tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando». Como es bien sabido, no siempre nuestros tribunales trazan el límite entre la alevosía y el abuso de superioridad de este modo. Sin ir más lejos, en la STS 227/2014, de 19 de marzo, que se cita a continuación en el texto, se advierte que la alevosía exige «que los medios estén orientados directa y especialmente al aseguramiento de la ejecución, disminuyendo, aunque no necesariamente eliminando, las posibilidades de defensa del agredido».

⁷ Cfr. en este sentido ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VENTURA PÜSCHEL, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 323.

⁸ A ello parece apuntar también SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma*

Sin perjuicio de todo lo que se ha expuesto hasta aquí, tampoco se debe pasar por alto que la construcción judicial de la llamada «alevosía de desvalimiento», por muy asentada que esté en la jurisprudencia española, no deja de suscitar graves dificultades de fundamentación, especialmente en lo que se refiere a su compatibilidad con la definición auténtica de la alevosía en nuestro Derecho y, por tanto, con la vigencia del principio de legalidad⁹.

La propia jurisprudencia parece admitir la existencia de tales dificultades, sin que ello hasta ahora le haya conducido a desistir de una doctrina tan consolidada. Así, en la STS 227/2014, de 19 de marzo, en la que se comienza por reconocer que «es cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos», se insiste en apreciar la llamada «alevosía de desvalimiento» con el dudoso argumento de que «la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo».

No obstante, la introducción de esta nueva modalidad agravada del homicidio puede dar ocasión para que nuestro Tribunal Supremo reflexione sobre la incompatibilidad de la interpretación que viene manteniendo con el tenor literal de la definición legal de la alevosía y, en particular, sobre la imposibilidad de seguir equiparando la selección de los medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, con la ejecución del hecho sobre una víctima cuya posibilidad de defensa está de antemano excluida por su propio «estado o condición» y respecto de la que, por lo demás, no cabe decir con propiedad que se haya producido «selección» alguna¹⁰.

penal de 2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 467, cuando señala que «la razón agravatoria [sc. de toda esta circunstancia cualificativa del homicidio] radica en una pretendida mayor vulnerabilidad, ya sea derivada de una edad escasa o bien de un estado físico o psíquico de cierto desvalimiento».

⁹ Cfr. en este sentido PEÑARANDA RAMOS, E., «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, n.º marg. 7067 y 7069.

¹⁰ Es, desde luego difícilmente comprensible el sentido en que se puede hablar de «selección de la víctima» en casos como el de la STS 227/2014, de 19 de marzo, citada en el texto o el de la STS 335/2015, de 9 de junio, en la que la acusada privó de la vida a dos hijos suyos recién nacidos, pero en cualquier caso tal «selección» no se corresponde con la de los medios o modos de ejecución a la que la ley apunta.

2. *El homicidio cualificado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*

La aplicación de este supuesto agravado *del homicidio* previsto en el art. 138.2 a) —en relación con el art. 140.1.2.^a— CP habrá de resultar en principio muy limitada en la práctica, pues (por el efecto propio de un concurso de leyes a favor de otros preceptos que captan de un modo más específico el hecho) quedará desplazada, en primer lugar, en todos aquellos casos en los que el propio comportamiento homicida haya de recibir, ya sea por las características de su ejecución (con alevosía o ensañamiento) o bien —en un supuesto sin duda infrecuente, pero que es posible también imaginar— por mediar precio, recompensa o promesa, la calificación de asesinato, conforme a lo dispuesto en el art. 139.1.º, núms. 1.º a 3.º CP; y, en segundo lugar, en todos aquellos otros supuestos en los que el homicidio no sólo sea «subsiguiente» a un delito contra la libertad sexual cometido sobre la víctima sino que se ejecute precisamente «para facilitar su comisión» o «para evitar que se descubra» y proceda por tanto igualmente, por este motivo, la calificación de asesinato, en este caso del art. 139.1.4.^a CP¹¹.

A la vista de tal restricción de su alcance efectivo, cabe poner seriamente en duda la oportunidad de una agravación como ésta, que ha provocado entre los autores que se han ocupado de ella una notable perplejidad¹².

Es patente que en el conjunto de la reforma de 2015 se ha tratado de caracterizar como casos particularmente graves de producción de la muerte aquellos que se realizan en un contexto de violencia sexual contra la misma víctima, pero esto, que —como luego veremos— podría tener algún sentido en relación con el delito asesinato a fin de indicar la presencia de un caso de extrema gravedad, justificativo, por tanto, de la imposición de la máxima pena que se encuentre disponible, carece por completo del mismo cuando, por definición, no nos hallamos ante un caso de una gravedad semejante y las reglas propias de la apreciación de un concurso real de delitos entre el tipo básico del homicidio y el delito contra la libertad de que se trate permitirían llegar a un tratamiento punitivo muy semejante. Sólo la búsqueda de una

¹¹ Pasa por alto lo que se indica en el texto SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., cit. (n. 8), p. 469, cuando afirma que —al parecer, también en este punto— «la *ratio legis* inspiradora de la reforma parece ser desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual con fines de eludir la identificación».

¹² *Vid.* en este sentido SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., cit. (n. 8), pp. 468 ss.; y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A., cit. (n. 7), pp. 323 s.

«coherencia» que, como antes se ha señalado, era en realidad imposible lograr en este contexto, explica (pero no justifica) la existencia de esta modalidad agravada del homicidio.

De todos modos, parece claro que ha de quedar descartada en estas hipótesis la apreciación de un concurso (real) de delitos entre esta modalidad cualificada o agravada de homicidio y el correspondiente delito contra la libertad sexual¹³, pues ello entrañaría una flagrante vulneración del principio *non bis in ídem*: la relación es más bien la de un concurso de leyes, en el que resultaría en general de preferente aplicación (en virtud de la regla de alternatividad del art. 8.4.ª CP) el art. 138.2 a) CP (en relación con la circunstancia prevista en el art. 140.1.2.ª CP), frente a un concurso real entre el delito del tipo básico de homicidio del art. 138.1 CP y el delito contra la libertad sexual de que se trate.

3. *El homicidio cualificado por haberse cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*

Esta tercera modalidad agravada, prevista en el art. 138.2 a) por remisión al art. 140.1.3.ª CP, resulta asimismo problemática.

En este caso, el problema principal estriba en explicar cómo la mera pertenencia a una organización criminal, esto es, una infracción susceptible de ser sancionada, en principio, conforme al art. 570 bis CP con penas de prisión de uno a tres años o de dos a cinco años, según la gravedad de los delitos que tuviese por objeto cometer tal organización, podría justificar el salto punitivo (de entre cinco y siete años y medio) que va desde la pena ordinaria del homicidio hasta la señalada en el art. 138.2 CP. Si ello es difícilmente justificable, menos explicable es aún que produzca el mismo efecto agravatorio la comisión de una infracción de menor gravedad, como es la de pertenencia a un grupo criminal del art. 570 ter, que puede llevar aparejada tan sólo, en el caso más leve, una pena de tres meses a un año de prisión.

La solución adoptada plantea serias dudas de legitimidad desde la perspectiva de los principios constitucionalmente reconocidos para la responsabilidad criminal y ello, tanto desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, según se desprende de las consideraciones anteriores, como del principio del hecho.

¹³ De otra opinión es, sin embargo, FELIP I SABORIT, D., «Tema I. El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Atelier, Barcelona, 2015, p. 34.

Por lo que a este último se refiere, parecen haber operado a la hora de establecer esta cualificación oscuras consideraciones de corte preventivo-especial negativo acerca de la necesidad de neutralizar la peligrosidad de los individuos integrados en grupos y organizaciones criminales; unas consideraciones que, aparte de tener unas bases muy débiles cuando se formulan con tal generalidad, son más propias de un modelo de Derecho penal de autor, como el del llamado «Derecho penal del enemigo», que de un Derecho penal del hecho, el único, por cierto, compatible con un Estado democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución¹⁴.

Hay que señalar además que, aunque nada de esto sería suficiente para justificar una agravación semejante, la formulación literal del art. 140.1 c) CP, al que el art. 138.2 a) se remite, ni siquiera requiere que el grupo o la organización criminales tengan por finalidad la comisión de delitos particularmente graves y violentos, ni que el asesinato (o, por extensión, el homicidio) se haya cometido en estrecha conexión con dicho objeto, sino tan sólo la pertenencia de su autor a cualquier organización o grupo criminal. Una interpretación conforme a la exigencia constitucional de proporcionalidad en el recurso a las sanciones penales tendría que partir como mínimo de una restricción de la agravación del delito de homicidio a aquellos supuestos más graves, con lo que se reduciría significativamente aquí (esto es, en el ámbito del homicidio agravado) la diferencia con el tratamiento punitivo que habría de resultar sin tal agravación, conforme a las reglas generales, de la apreciación de un concurso real de delitos entre los delitos de pertenencia al grupo o a la organización criminales y el homicidio concretamente perpetrado¹⁵.

En la regulación establecida en el art. 140.1. c) CP se aprecia además una falta de concordancia entre la redacción literal del precepto y la caracterización que del supuesto en él contenido se hace en el

¹⁴ No está de más recordar aquí que el Tribunal Constitucional español ha declarado reiteradamente que «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» (así en la STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.º, que se remite, entre otras, a las SSTC 65/1986, de 22 de mayo, y 14/1988, de 4 de febrero).

¹⁵ Como señaló en su momento el Consejo General del Poder Judicial para la correspondiente agravación del delito de asesinato del art. 140.1 c), la relación del homicidio agravado por la pertenencia a organizaciones o grupos criminales con las infracciones penadas en los arts. 570 bis y 570 ter es aquí necesariamente, si no se quiere incurrir en *bis in idem*, la de un concurso de normas y no de delitos. Se muestran de acuerdo también con este criterio SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., cit. (n. 8), pp. 471 s.; y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A., cit. (n. 7), pp. 324 s. De otra opinión nuevamente FELIP I SABORIT, D., cit. (n. 13), p. 34.

Preámbulo de la LO 1/2015, cuando refiere esta agravación a los supuestos de «asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal» y no meramente por uno de sus integrantes. De ello cabría extraer un argumento adicional, de carácter «histórico», a favor de la restricción de este tipo cualificado a los casos en que el grupo o la organización criminales tengan por finalidad la comisión de delitos particularmente graves y violentos y a que el homicidio o el asesinato se hayan cometido en estrecha conexión con tal objeto.

4. *El homicidio cualificado por ser los hechos además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP*

El Preámbulo de la LO 1/2015 trata de justificar esta última agravación, prevista en el art. 138.2 b) exclusivamente para el delito de homicidio, con el argumento de que este tratamiento cualificado «del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad —cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas—» tendría «la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Nada se dice aquí, ni en ningún otro lugar, sin embargo, de por qué sería necesario un «refuerzo» de esa índole precisamente en el caso del homicidio y no en el del asesinato (o en el de las lesiones), donde —con razón— se considera suficiente la protección que se brinda a autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad a través de la apreciación del correspondiente concurso (ideal) de delitos entre tales infracciones punibles y la de atentado.

III. **La nueva configuración del delito de asesinato y de sus modalidades agravadas (arts. 139 y 140 CP)**

En el nuevo art. 139 CP se introducen dos modificaciones principales con respecto a la regulación vigente, de las que da cuenta el Preámbulo de la LO 1/2015 en los siguientes términos:

«Se revisa la definición de asesinato (no agravado), que pasa a incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento. Y se amplía el marco penal dentro del cual los tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de varias de las circunstancias que cualifican el asesinato».

Junto a esas dos modificaciones hay todavía una tercera de bastante menor calado, que consiste en incorporar al propio art. 139, en un segundo apartado, el contenido del anterior art. 140 CP. La cuarta y más importante modificación estriba en el establecimiento, ya en el nuevo art. 140 CP, de un conjunto de modalidades hiperagravadas del delito de asesinato, conminadas con la pena de prisión permanente revisable.

A continuación, se analizarán brevemente esas cuatro modificaciones.

1. *El aumento del marco penal del delito de asesinato del art. 139.1 CP*

Este aumento del marco penal se produce por la elevación del límite máximo de la pena de prisión establecida para este delito desde los veinte hasta los veinticinco años, quedando situado su límite mínimo, como hasta ahora, en quince años.

El Preámbulo de la LO 1/2015 contiene, como hemos visto, una vaga alusión a que esta «ampliación» se habría producido para permitir que los tribunales puedan fijar dentro de ese marco ampliado «la pena justa».

Una discusión sobre «la justicia» en abstracto de la pena a aplicar a cualquier infracción penal resulta racionalmente inaprehensible e incontrolable. Seguramente por ello los vocales del Consejo General del Poder Judicial que decidieron formular un voto particular contra la decisión de la mayoría de dicho Órgano de no considerar contraria a la Constitución la pena de prisión permanente revisable, plantearon la cuestión de un modo sustancialmente distinto: no en términos de justicia absoluta, sino de necesidad preventiva (y, por tanto, relativa) de las penas propuestas.

En ese voto minoritario se pueden encontrar algunos datos estadísticos que no sólo permiten cuestionar la introducción de la pena de prisión permanente revisable que está en la base de la reforma del delito de asesinato, sino también poner en cuestión la oportunidad de elevar la sanción (ordinaria) del delito de asesinato por encima del máximo hasta ahora previsto, pues, como allí se dice, la regulación anteriormente vigente no ha impedido que la tasa de homicidios en España sea una «de las más bajas de Europa»¹⁶. La reiterada apela-

¹⁶ Concretamente, la tasa de homicidios dolosos y de asesinatos consumados por cada 100.000 habitantes, según los datos recogidos por Eurostat para el año 2009, era en España en 2009 de 0.89, una cifra inferior, por lo tanto, a la de los restantes países europeos a excepción de Alemania (0.88), Dinamarca (0.85), Suiza (0.66),

ción a la «justicia» del endurecimiento de tales sanciones en el caso del asesinato parece obedecer por lo tanto más a un prejuicio, en el sentido etimológico del término, que a una decisión fundada en genuinas razones político-criminales que, en cualquier caso, no han sido aportadas.

Ese prejuicio es tributario a su vez del propósito de establecer la pena de «prisión permanente revisable» y de extender su ámbito de aplicación a algunos supuestos de asesinato. Una vez tomada esta decisión de forma muy precipitada y muy poco explicada, en los meses estivales de 2012, el trecho existente entre aquella pena y la de quince a veinte años de prisión, prevista hasta ahora para los casos «normales» de asesinato se hubo de antojar excesiva al pre-legislador, que, por ello, se apresuró a acortarlo.

Ello confirma, de paso, la suposición que algunos hicimos acerca de que la introducción de la pena de prisión permanente habría de conllevar, entre otras consecuencias indeseables, un efecto de intensificación general del rigor punitivo que no quedará limitado a los casos a los que esa pena directamente se aplica. El establecimiento de una nueva pena máxima más grave impulsará, en efecto, como ya ha ocurrido en este caso, un endurecimiento generalizado de todo el sistema punitivo. Y ello, más temprano que tarde, se terminará traduciendo en una agravación sistemática de los marcos penales, así como de las penas impuestas y de las efectivamente cumplidas¹⁷.

Eslovenia (0.64), Austria (0.61), Noruega (0.60) e Islandia (0.31). Cabe completar ahora tales datos señalando que esa tasa ha ido cayendo todavía en España hasta 0.69 en el último año reportado (2014), en el que ya sólo tres países (Austria, Suiza y Noruega) figuran con unas tasas inferiores (0.47, 0.50, y 0.57, respectivamente). La información completa está disponible en: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=crim_off_cat&lang=en (fecha del último acceso: 16 de enero de 2017).

¹⁷ Hay que hacer notar, en este sentido, que la decisión de aumentar el máximo de la pena de prisión hasta los veinticinco años no se concilia tampoco con lo dispuesto en el párrafo primero del nuevo art. 36.2 CP (que reproduce lo dispuesto en el art. 36.1, en su redacción anterior). Según dicho precepto, «la pena de prisión tendrá una duración (...) máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código». Pues bien, en la sistemática del Código Penal, el asesinato no constituye *per se* uno de esos casos excepcionales, sino nada más —y nada menos— que el más grave de los supuestos ordinarios. Por ello, la modificación introducida en relación con la pena prevista en el art. 139.1 CP obligará seguramente en un futuro próximo, si la actual tendencia legislativa se mantiene, a reformar lo dispuesto en ese párrafo primero del art. 36.2 CP, para hacer explícita la intensificación punitiva que, respecto del sistema en su conjunto, la misma conlleva.

Por otra parte, el criterio del legislador de 2015 de sancionar el asesinato «simple» con penas de quince a veinticinco años de prisión ha sido también censurado por la extensión, inusual en el contexto del CP español, de tal marco penal¹⁸. Esta crítica, por más que no sea concluyente en sí misma, no puede ser desdeñada en el contexto de una reforma que, según se proclama en su propio Preámbulo, tiene como uno de sus principales objetivos poner a disposición de la Administración de Justicia «un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles»¹⁹.

En cualquier caso, la sensible elevación de las penas previstas para el delito de asesinato tras la reforma de 2015, unida a la posibilidad de que, a partir de ella, la comisión de este delito lleve aparejada incluso la imposición de una pena de prisión permanente revisable refuerza la necesidad, que existía ya antes de la reforma²⁰, de efectuar una interpretación restrictiva de los distintos elementos que cualifican la producción de una muerte como asesinato, a fin de que esta calificación se reserve efectivamente para los homicidios más graves²¹.

¹⁸ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe definitivo sobre el texto del Anteproyecto sometido a su consideración, señaló que una extensión semejante del marco penal podría «hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal».

¹⁹ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E., «Delito de asesinato», cit. (n. 1), pp. 482 s. Se adhiere a mi punto de vista CUENCA GARCÍA, M.ª J., cit. (n. 3), p. 119. Una crítica similar se encuentra también ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A., cit. (n. 7), pp. 330 s.

²⁰ Cfr. ya en este sentido PEÑARANDA RAMOS, E., «Asesinato», cit. (n. 9), n.º marg. 7054.

²¹ Como certeramente advirtió BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 60, la pervivencia del delito de asesinato a lo largo del tiempo y en el Derecho comparado sólo se explica por el convencimiento «de que determinadas formas de muerte deben ser castigadas con la máxima severidad». Ello, por cierto, no constituye un argumento favorable a la previsión actual de la pena de prisión permanente (como no lo fue antes para el mantenimiento de la pena de muerte), porque esa «máxima severidad» se ha de referir a las máximas penas disponibles en cada momento en el ordenamiento jurídico de que se trate, sean esas penas las que fueren. Por ese motivo, tampoco existe contradicción alguna en considerar exagerada (como en efecto considero en mis *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 70) la vinculación que a menudo se establece entre la existencia misma del delito de asesinato y la aplicación de alguna de aquellas penas. *Vid.* sin embargo SANZ MORÁN, A., cit. (n. 1), p. 824, n. 11.

2. *Las nuevas circunstancias cualificativas del asesinato: matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra* (art. 139.1.4.^a CP)

Distintas consideraciones hacen cuestionable la introducción como nueva circunstancia cualificativa del asesinato que el hecho de matar se ejecute «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra».

Tales consideraciones derivan, en parte, de las dudas que se vienen expresando desde distintos sectores acerca de que la concurrencia de cualquiera de esos propósitos nos sitúe sin más ante un caso tan grave del homicidio que merezca ser tratado precisamente como asesinato. Con independencia de ello, que —según luego veremos— se podría evitar al menos en parte a través de una interpretación restrictiva de estas nuevas modalidades del asesinato, se aducen también contra ellas importantes razones de principio.

Sin pretender agotar aquí la cuestión²², se hacen a continuación algunas indicaciones, necesariamente muy breves, en relación con cada uno de los propósitos mencionados en el art. 139.1.4.^a del Proyecto.

a) LA INTENCIÓN DE FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO

Si lo decisivo fuese (como algunos sugieren²³) el mayor contenido de injusto que pudiese derivar de la conexión entre el homicidio cometido y la infracción propuesta, habría que tomar en cuenta correspondientemente de una forma diferenciada la mayor o menor gravedad de esta otra infracción. E igualmente se tendría que atender diferenciadamente a la mayor o menor proximidad de la lesión del segundo bien jurídico, así como la mayor o menor idoneidad objetiva de la preparación o el intento para conseguir producirla. En otros términos: el hecho de que, pasando por alto todas esas diferencias, la producción de la muerte se califique por igual como asesinato con la intensificación de la pena que ello comporta, cuando se comete para facilitar cualquier

²² Para un análisis más completo de estas dos nuevas modalidades del delito de asesinato puedo remitirme al excelente estudio de PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», en *Libertas —Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales—* n.º 2 (2014), pp. 318 ss. [=Revista Jurídica UAM 29 (2014), pp. 213 ss.].

²³ Vid. por ejemplo las referencias en PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), p. 329, n. 34.

otro delito provoca graves fricciones con el principio de proporcionalidad de la sanción penal²⁴.

De un modo más general todavía, una justificación semejante de esta modalidad de asesinato *criminis causa* se expone además a la fundamental objeción de que una agravación de la responsabilidad basada en un dato puramente subjetivo, como es el plan delictivo del autor, podría resultar absolutamente ilegítima por suponer en definitiva la anticipación del castigo por un hecho futuro, algo más propio de un ilegítimo Derecho penal de autor que del Derecho penal del hecho consagrado en nuestra Constitución²⁵.

Si, por el contrario, se viese el fundamento de esta cualificación en la especial «reprochabilidad» de un motivo semejante o en la infravaloración de la vida humana que manifiesta quien actúa movido por él²⁶, no sólo se suscitarían también serias dudas acerca de si a tales elementos de la actitud interna puede corresponder un papel legítimo en el Derecho penal actual²⁷, sino también otras enojosas cuestiones, como, por ejemplo, la de por qué ha de constituir precisamente un ilícito penal (un «delito») el hecho que se pretende facilitar con la conducta homicida y no, por ejemplo e incluso con mayor razón, un ilícito administrativo o una ilegalidad de cualquier otro carácter²⁸.

²⁴ Como señalan PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), pp. 329 s., surgen así en efecto «problemas de proporcionalidad de la sanción. Ello se debe a que el homicidio, cuando se contempla como acto preparatorio de otro delito, se convierte siempre en asesinato y la agravación de la pena es, por consiguiente, *fija*, sin que se le dé ninguna importancia al delito que se dirija a facilitar. Este tratamiento contrasta con el que el Ordenamiento español da, en general, a los actos preparatorios: no se castigan en relación con todos los delitos —prima, de hecho, la *excepcionalidad* de su punición— y cuando se castigan, su pena se define siempre por referencia a la del delito al que sirven. Establecido esto, ¿no deberían merecer penas distintas, por ejemplo, el homicidio perpetrado para facilitar la comisión de un hurto y el perpetrado para facilitar la comisión de otro homicidio?».

²⁵ *Vid.* en este sentido, por ejemplo, PERALTA, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 301.

²⁶ Sobre los motivos como factor de variación de la culpabilidad por una reprochable actitud interna del autor, *vid.* críticamente, con numerosas referencias, PERALTA, J. M., cit. (n. 25), pp. 175 ss.

²⁷ Expresando una idea muy extendida, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A., cit. (n. 7), p. 326, sostienen en este contexto que una valoración de los motivos del autor desemboca en un juicio referido a su personalidad y no al hecho por él cometido. Análogo es el punto de vista de ALONSO ÁLAMO, M., cit. (n. 1), pp. 40 ss.: la circunstancia se edifica de manera indirecta o encubierta sobre el especial desprecio por la vida, «una actitud interna especialmente reprobable», que se puede calificar incluso como «una característica del ánimo pura que se desliza hacia el Derecho penal de autor».

²⁸ Adhiriéndose a mi punto de vista consideran «determinante» esta objeción PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), p. 332.

b) LA INTENCIÓN DE OCULTAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO

Análoga perplejidad provoca la consideración de esta segunda intención como circunstancia cualificativa del asesinato. Las distintas explicaciones que se han ensayado para tratar de dotar de un fundamento razonable a esta cualificación se encuentran expuestas también a objeciones muy importantes.

De un lado, el entendimiento de dicho propósito como un caso particular de móvil abyecto o reprobable se enfrentaría, aparte de a las cuestiones de principio anteriormente expuestas, al dato de que el auto-encubrimiento es considerado en general, también desde un punto de vista normativo, como un motivo comprensible y en sí mismo no censurable²⁹.

De otro lado, parece aquí todavía menos plausible que en el caso anterior que la *ratio* de la cualificación se pueda encontrar en la conexión entre el injusto del delito contra la vida y un contenido de injusto adicional, que en este supuesto se relacionaría con la afectación del interés público en la persecución del delito precedente. Pues, aparte de que con ello se produce de nuevo alguna fricción con la valoración que en general corresponde al auto-encubrimiento, no se puede entender fácilmente que la combinación de la destrucción dolosa de una vida humana con un atentado contra la Administración de Justicia haya de tener precisamente como consecuencia que un homicidio se convierta en asesinato.

De forma muy expresiva han señalado Pantaleón y Sobejano en este mismo sentido lo siguiente:

«Si el fundamento de la agravación fuera realmente una lesión de los intereses estatales de administración de justicia, habría que superar otro evidente problema de proporcionalidad de la sanción: la pena que se asigna en nuestro Ordenamiento al delito de encubrimiento, tipo penal que más claramente se asemeja a la agravante objeto del presente análisis, depende siempre de la pena señalada al delito encubierto, de forma que nunca puede imponerse al encubridor una pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto (cfr. art. 452 del CP). Por el contrario, en el asesinato para evitar que otro delito se descubra el incremento de la pena respecto del homicidio es constante: no depende en absoluto de cuál sea la pena asignada al delito que se pretende encubrir»³⁰.

²⁹ *Vid.* al respecto, aunque este autor no comparta finalmente tal criterio, PERALTA, J. M., cit. (n. 25), p. 302.

³⁰ PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), p. 339.

Por su parte, tampoco se halla exenta de complicaciones una tercera fundamentación, conforme a la cual lo decisivo serían aquí exigencias de carácter preventivo, en la medida en que la vida humana se halla necesitada de una mayor protección en situaciones especialmente peligrosas, como es la que se da allí donde el autor de una infracción precedente pretende eludir su responsabilidad a toda costa, esto es, aun al precio de la muerte de otra persona. Una interpretación semejante, al igual que sucede por cierto con las dos anteriores, no explica satisfactoriamente, entre otras cosas, por qué es solo esa intención de *ocultar* el delito y no también la de huir simplemente o la de evitar de otro modo, sin ocultamiento alguno, la aprehensión y el castigo de sus responsables la que da paso a la cualificación del homicidio en asesinato en nuestro Derecho, que sigue en este punto el modelo alemán: la respuesta de los autores del Proyecto Alternativo alemán en materia de delitos contra la vida, que pretenden fundamentar de aquel modo el injusto específico del asesinato para ocultar otro delito, de que en esos otros casos de mero aseguramiento de la huida o de evitación de la aprehensión o el castigo bastaría con la larga privación de libertad que corresponde ya al tratamiento no agravado de la producción de la muerte³¹ no aclara por qué no podría suceder exactamente lo mismo en los casos en los que el propósito es de genuina ocultación.

Por lo demás, existe un amplio consenso, incluso entre quienes encuentran algún fundamento a las cualificaciones que estamos comentando, en que ni la intención de facilitar la comisión de otro delito, ni la de ocultarlo son por sí solas suficientemente indicativas de que nos hallemos ante supuestos en los que la causación dolosa de una muerte tenga tal gravedad que justifique por sí misma su calificación como asesinato³².

Por ello, en aquellos ordenamientos, por ejemplo el Derecho alemán desde su reforma de 1941, en los que tales propósitos sirven para cualificar como asesinato la producción de una muerte, se ha terminado por plantear la necesidad de diferentes formas de interpretación restrictiva que, curiosamente, muestran un fuerte parecido con las que se vienen ya practicando o postulando en relación con la circunstancia cualificativa de la alevosía: así, entre otras, que el hecho en su conjunto no responda a una singular relación de conflicto entre el autor y la víc-

³¹ Cfr. HEINE, G. *et al.*, «Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)», en *GA*, 2008, pp. 193 ss., p. 236.

³² *Vid.* entre nosotros en este sentido MUÑOZ CONDE, F., cit. (n. 4), p. 47.

tima, que exista una significativa cesura temporal entre el hecho precedente que se trata de ocultar y la producción de la muerte o que medie una especial deliberación o planificación de la conducta homicida con respecto al delito cuya comisión se quisiera facilitar³³.

Se trata con ello de evitar que queden comprendidos en el radio de acción de estas circunstancias cualificativas del asesinato casos en los que, si se sigue una exégesis meramente literal, se habrían cumplido todos los requisitos para considerar producida la muerte de otra persona para facilitar u ocultar un delito: el de quien mata a quien estaba sometiéndole a un chantaje, mediante la amenaza de revelar que aquél había cometido un delito; el de quien, con el propósito de evitar ser descubierto, mata a la víctima de la tentativa de homicidio que él mismo acababa inmediatamente de cometer³⁴; o el de quien sin haberlo planificado o preparado, surgiendo en él la decisión más bien de una forma repentina, mata a quien trata de dificultar la comisión de un delito cuya ejecución se ha «torcido» inesperadamente; o el de quien, de forma igualmente «espontánea» y no calculada, se enfrenta a quien podría descubrir la comisión de un delito y termina dándole muerte³⁵.

A la vista de esto, la introducción de estas nuevas modalidades de asesinato previstas en la circunstancia 4.^a del art. 139.1 CP resulta muy problemática desde una perspectiva sistemática que tome en cuenta el alcance que tenía el concepto de asesinato en el Derecho hasta ahora vigente. Y ello por la sencilla razón de que los supuestos en los que se tiende a considerar, una vez efectuadas las restricciones anteriormente

³³ Es instructivo a este respecto el artículo de BRUNHÖBER, B., «Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht», en *HRRS*, 12/2011, pp. 513 ss., con amplias referencias al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia alemanas.

³⁴ Sobre este caso y algunas de sus posibles variantes, *vid.* PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), p. 336; y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PÜSCHEL, A., cit. (n. 7), pp. 329 s.

³⁵ La propia Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187) en la que se vino a declarar la conformidad con la Constitución alemana de la aplicación de la pena de cadena perpetua al delito de asesinato, declaró que en supuestos como los mencionados en el texto podría estar indicada una interpretación restrictiva que exija p.ej. que el hecho de matar haya sido planificado para ocultar el delito. Rechaza una restricción semejante PERALTA, J. M., cit. (n. 25), p. 303, haciendo un artificioso paralelismo con el instituto de la *actio libera in causa*, que, en cualquier caso, como señalan PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., cit. (n. 22), p. 341, n. 80, carecería de todo sentido en los casos en los que el autor del homicidio y el del delito que se pretende ocultar son personas distintas o en las que el delito encubierto es un delito imprudente.

apuntadas, que la intención de facilitar o de ocultar la comisión de otro delito dota a la conducta homicida de una especial gravedad muestran de un modo muy general aquellas características que permitían ya considerarlos como asesinatos cualificados por la concurrencia de la circunstancia cualificativa de alevosía.

El Consejo Fiscal, en su Informe sobre la redacción del Anteproyecto que está en el origen de la reforma, se pronunció en contra de la introducción de estas nuevas modalidades de asesinato, aduciendo que «suscitará delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto y podría incluso lesionar el principio *non bis in idem*».

Probablemente esos problemas concursales no sean tan graves, ni tan decisivos para justificar una toma de posición semejante, pues sólo se suscitan para quien pretenda interpretar estas nuevas modalidades de asesinato como si tuvieran la estructura típica de delitos complejos, al modo por ejemplo de la antigua figura delictiva del robo con homicidio. Más relevante podría ser que no se haya meditado suficientemente antes de emprenderse esta reforma sobre las posibilidades que la regulación precedente ya ofrecía para dar una respuesta suficiente a los casos de los que aquí se trata³⁶ y sobre la muy dudosa legitimidad de una cualificación semejante.

3. *La nueva regulación del asesinato pluralmente cualificado* (art. 139.2 CP)

En principio la regulación del caso de que «en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior», no ha experimentado más variación que la referente al modo en que se designa la pena aplicable. Ésta sigue siendo en principio la misma que antes (prisión de veinte a veinticinco años), pero a ella se llega a través de la imposición en su mitad superior de la pena prevista en el nuevo art. 139.1 para el «supuesto básico» de asesinato (prisión de quince a veinticinco años).

³⁶ No me parece casual por lo tanto que MUÑOZ CONDE, F., cit. (n. 4), p. 47, advierta que «el verdadero problema que suscita» esta nueva modalidad del asesinato es el de «su autonomía respecto del caso en que la finalidad de facilitar la comisión de otro delito dé lugar a que la muerte se produzca con alevosía», pues «de admitirse la compatibilidad entre ambas, ello determinaría la aplicación del tipo cualificado del art. 139.2, lo que puede ser dudosamente conciliable con el principio *ne bis in idem*». Sobre esta cuestión *vid.* lo que a continuación se expone en el texto.

En ello se hallan implícitas algunas otras diferencias. La primera de ellas es que las circunstancias potencialmente concurrentes en un delito de asesinato no son ahora ya tres, sino cuatro (o cinco si se computan de un modo diferenciado las de matar para facilitar y para ejecutar otro delito). La segunda es que el marco de pena previsto para el supuesto de tal concurrencia no es ya superior al del «tipo básico de asesinato», sino que está incluido en el amplio marco previsto ahora para éste. Y la tercera es que, con ello, sin que se produzca una completa igualación de su régimen respectivo, se aproxima de algún modo el efecto de las circunstancias cualificativas «sobrantes» al de las circunstancias genéricas de agravación de la pena. Todo lo cual puede afectar a la interpretación futura de este nuevo art. 139.2 CP.

Por otra parte, cabe recordar que, bajo la vigencia del CP de 1973, ya fue muy discutido el tratamiento de aquellos supuestos en los que en la producción de la muerte concurrían varias de las circunstancias cualificativas del asesinato³⁷.

En la jurisprudencia y en la mayor parte de la doctrina se impuso la tesis de que en estos casos una (cualquiera) de tales circunstancias debería servir para calificar el hecho como asesinato y las restantes operar como circunstancias genéricas de agravación, conforme a las reglas generales de determinación de la pena, dentro del marco penal previsto para el asesinato. Sin embargo, en los últimos tiempos se habían propuesto otras soluciones. Algunos autores consideraban que las circunstancias «excedentes» no deberían tener ningún efecto agravatorio específico (en esta línea se pronunciaron, en su momento, Bustos y Mir Puig). Por el contrario, Gracia Martín sostuvo que la solución correcta sería la de apreciar tantos asesinatos como circunstancias cualificativas se hubieran cumplido, que entrarían en un concurso ideal de delitos.

El Código Penal vigente optó inicialmente por establecer una solución que no coincidía con ninguna de las anteriormente propuestas: «cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de 20 a 25 años» (art. 140 CP, en su redacción original).

Con ello no se resolvieron, sin embargo, todos los problemas que suscitaban tales supuestos. Entre otras, quedó en pie la cuestión relativa a la justificación material de la solución legislativamente adoptada. Pese a las discrepancias que se observaban respecto de la cuestión anterior, hubo una general coincidencia en que la solución establecida en

³⁷ En relación con lo que sigue cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios*, cit. (n. 21), pp. 239 ss., 291 ss., con referencias.

el art. 140 CP en su redacción original, que era aún más severa que la que derivaría de la admisión de un concurso ideal de delitos entre varios asesinatos y, desde luego, de la que correspondería a la calificación del hecho como un único delito de asesinato con una o varias circunstancias genéricas de agravación, resultaba desproporcionada, y en que, por tanto, de *lege ferenda* se debería eliminar aquel precepto y permitir que entrasen en juego las reglas generales.

En mi opinión, la solución establecida anteriormente en el CP art.140 y ahora en el nuevo art. 139.2 CP resulta adecuada para el caso de que en un asesinato ya cualificado en atención al contexto de la acción por la alevosía o el precio, la recompensa o la promesa (y, ahora, por la intención de facilitar u ocultar la comisión de otro delito) se añada el desvalor objetivo correspondiente al ensañamiento sobre el ofendido. A estos casos debería limitarse el alcance de la agravación extraordinaria prevista en dicho precepto.

Hay que reconocer que no lo ha entendido así hasta ahora nuestra jurisprudencia, que ha aplicado también el antiguo art. 140 CP a los casos en que sólo concurrían las circunstancias cualificativas de alevosía y precio, recompensa o promesa (por ejemplo, en las SSTS 798/2009, de 9 julio, 278/2014, de 2 de abril, y 555/2014, de 10 julio). Es probable, por tanto, que nuestros Tribunales consideren asimismo aplicable el nuevo art. 139.2 CP a los casos en que con cualquiera de aquellas circunstancias concorra la de matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento, sin reparar en que con ello se podría producir una consideración reiterada de la especial gravedad del hecho de matar en atención al contexto en que éste se ha realizado³⁸.

4. *El asesinato hipercualificado o hiperagravado del nuevo art. 140 CP y la pena de prisión permanente revisable*

Como señalé al comienzo, la clave de toda la reforma introducida por la LO 1/2015 en la regulación de los delitos de homicidio doloso y de asesinato se encuentra el propósito de procurar a la nueva pena de «prisión permanente revisable» un campo de aplicación que, por sus implicaciones emotivas o sentimentales, pudiese parecer aceptable.

Desde tal perspectiva, se han seleccionado en este precepto, como supuestos en los que procede la imposición de esa pena, algunos casos que —en el imaginario colectivo y, particularmente, en el que agitan

³⁸ *Vid.* supra en nota 36 la advertencia que en tal sentido efectúa Muñoz Conde.

los medios de comunicación— se vienen presentando como crímenes especialmente odiosos: las muertes de niños, de ancianos o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen en el contexto de la comisión de delitos contra la libertad sexual; las relacionadas con el crimen organizado; o las cometidas por asesinos en serie. Probablemente se tuviesen en mente algunos acontecimientos concretos, fuertemente aireados por los medios de comunicación en los meses que precedieron a la redacción del Proyecto.

Esta estrategia, claramente orientada a la pretensión de legitimar la introducción de la pena de prisión perpetua, generaba ciertamente, en la línea apuntada por el Informe del Consejo Fiscal, la paradoja de que circunstancias que se presumen tan sumamente odiosas, no tuviesen, sin embargo, al proyectarse sobre un simple homicidio, otro efecto que el de una agravante genérica y, en ocasiones, ni eso siquiera. Para evitar ese reproche, se procedió irreflexivamente, como ya he señalado, a extender el efecto agravatorio de «esas mismas circunstancias» (aunque en realidad sólo de algunas de ellas) al homicidio común.

Aquella «incoherencia» no era sin embargo la más grave, pues —con independencia de ella— existía y sigue existiendo una patente incongruencia en lo que se refiere al peso concedido *en la magnitud de la pena del propio delito de asesinato* a las circunstancias cualificativas del art. 139 y a estas otras circunstancias de agravación previstas en el art. 140.1 CP. Unas y otras tienen en efecto una muy desigual influencia en el *quantum* de la pena: mientras que las primeras sólo lo aumentan relativamente (entre cinco y diez años), las segundas dan paso (al sumarse a alguna de aquéllas) a una pena absoluta, en principio perpetua³⁹.

Las dificultades no acaban ahí, sino que se extienden a la concreta formulación de las circunstancias previstas en el apartado primero del nuevo art. 140 y a su relación con las circunstancias cualificativas del asesinato del art. 139.

1.^a) En cuanto a la primera de ellas (la de «que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapaci-

³⁹ Esta incoherencia valorativa se suma por lo demás a la señalada por ARTZ, G., «Die Delikte gegen das Leben», en ZStW, 83 (1971), pp. 1 ss., p. 12 ss., y oportunamente recordada por SANZ MORÁN, A., cit. (n.1), p. 826, n. 19, de que la sobrevaloración de los elementos característicos del asesinato implica una minusvaloración correlativa de la importancia concedida a la vida humana en sí misma considerada.

dad»), aparte de lo arbitrario del límite de los dieciséis años, cabe señalar ante todo el automatismo con el que se pretende identificar la existencia de un caso de especial gravedad del asesinato (o del homicidio), atendiendo simplemente a la condición de la víctima y, en particular, a su edad.

Para que se comprenda mejor a qué me estoy refiriendo bastaría pensar en los casos que en la literatura alemana se denominan como intentos de «suicidio extendido» o «ampliado» («*erweiterter Suizid*»), en los que un padre o una madre, resuelto a morir, produce primero la muerte de uno o varios de sus hijos y luego intenta sin éxito quitarse la vida. O en aquellos otros supuestos que en nuestro Código penal anterior se calificaban como «infanticidios»: en estos últimos casos, la conjunción de la construcción jurisprudencial de la alevosía por objetiva indefensión o desvalimiento de la víctima con la especial protección que se pretende dispensar al menor a través del nuevo art. 140.1 CP podría determinar que hechos que hasta hace menos de veinte años se castigaban con una pena máxima de seis años de prisión pasasen ahora a ser sancionados sin más con la pena de prisión permanente.

Es verdad que cabe imaginar distintos remedios para que eso finalmente no ocurra: por ejemplo, interpretar restrictivamente —como yo mismo he propuesto— la circunstancia de alevosía o descartar la aplicación conjunta de tal circunstancia con la de la minoría de edad o especial desvalimiento para no vulnerar el principio *ne bis in idem* —como sugirió a su vez el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de esta reforma—; o aplicar circunstancias atenuantes muy cualificadas o eximentes incompletas que corrijan, parcialmente, ese rigor punitivo⁴⁰.

⁴⁰ Cabe, sin embargo, mencionar como muestra tanto de la desproporción en el castigo que puede llegar a producirse, como de las dificultades a las que se pueden enfrentar los «remedios» indicados para corregirla, la ya citada STS 227/2014, de 19 de marzo, en el que la Sala segunda del Tribunal Supremo descartó finalmente aplicar, ni siquiera como circunstancia atenuante ordinaria, la de arrebató u obcecación a una mujer, que por haber dado muerte a su hijo recién nacido había sido condenada por un delito de asesinato con la circunstancia agravante de parentesco a la pena de diecisiete años, seis meses y un día de prisión. No se entendió posible la apreciación de tal circunstancia en el caso enjuiciado por tratarse de una «cuestión nueva», no planteada previamente en la instancia, pero también porque sería «además una cuestión polémica la posibilidad de su apreciación en estos supuestos». Y ello, a pesar de reconocer que «el hecho de enfrentarse sola al alumbramiento, el shock sufrido por la llegada de un segundo niño que no esperaba, la situación en que se encontraba dolorida, nerviosa y aturdida por la experiencia que estaba viviendo, así como por la falta de oxígeno que llegaba a su cerebro por

Sea como fuere, los ejemplos mencionados vienen a poner en cuestión que la condición de objetivo desvalimiento de la víctima sea un indicador infalible de la existencia de un asesinato (o de un homicidio) de la máxima gravedad.

Por otro lado, la relación, ya apuntada, entre la circunstancia cualificativa de alevosía y esta circunstancia de especial desvalimiento, habrá de provocar, si se la interpreta como una circunstancia agravatoria al uso, graves perplejidades. Su consideración como una suerte de «alevosía menor» o de «segundo grado», esto es, como un caso particular de la circunstancia de abuso de superioridad, impediría desde luego su apreciación conjunta con la alevosía propiamente dicha, en virtud del principio *ne bis in idem*. Ahora bien ¿cómo es posible explicar desde tal entendimiento que en orden a la imposición de la pena de prisión permanente esta alevosía de segundo grado despliegue una eficacia que la de primer grado no puede alcanzar?

Veámoslo con un ejemplo. Si un sujeto mata a otro con ensañamiento y alevosía, la consecuencia es, conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 CP, la imposición de una pena de veinte a veinticinco años de prisión. Pero si ese mismo sujeto mata «sólo» con ensañamiento y aprovechamiento del especial desvalimiento de la víctima, la pena aplicable es, de acuerdo con el art. 140.1.1.ª CP, la de prisión permanente revisable. Evidentemente algo falla en esta exégesis, de modo que es necesario hallar una interpretación alternativa que resuelva la incongruencia señalada, lo que desde luego no parece sencillo.

2.ª) También la segunda circunstancia del art. 140.1 CP (la de «que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima») suscita algunas perplejidades, pues, aparte de plantear también delicadas cuestiones en cuanto a su apreciación cumulativa con la circunstancia de actuar «para ocul-

la cantidad de sangre perdida en el parto» y, acaso, «el temor a que conociesen su estado su madre, abuela y hermano menor con quien vivía y la tensión, desorientación y alteraciones psico-físicas sufridas durante el parto y el inmediato post-parto, podrían haberle ocasionado una obcecación o estado pasional de entidad semejante, encuadrable en el art. 21.3.º CP». No obstante, el Tribunal Supremo admitió muy significativamente en dicha sentencia que, «dada la gravedad de la pena impuesta» (que el Tribunal *a quo* había reconocido que podría resultar excesiva, a pesar de imponerla en el mínimo legalmente disponible), el estado en que la mujer se encontraba «podría tomarse en consideración a la hora de informar la solicitud de indulto parcial que eventualmente pudiera plantear la defensa de la joven condenada».

tar la comisión de otro delito»⁴¹ y, de un modo más general, con la de alevosía, no se comprende fácilmente por qué, en el contexto de la ejecución de un delito contra la libertad sexual, se ha considerado de particular gravedad que la producción de la muerte de la víctima sea «subsiguiente» a la comisión de un delito contra la libertad sexual y no que sea antecedente o concomitante al mismo o de cualquier otro modo preordenada a la satisfacción del deseo sexual (por ejemplo con el cadáver, en casos de necrofilia), supuestos todos ellos que, en otros ordenamientos que atienden a tales factores en la configuración del delito de asesinato, se suelen equiparar en sus efectos.

3.ª) La tercera circunstancia (la de «que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal») resulta asimismo cuestionable, por razones que, en lo esencial, ya han sido expuestas al tratar del homicidio agravado por tal circunstancia. El problema, acentuado ahora por la extraordinaria gravedad de la pena de la que se trata, estriba en cómo justificar que la mera pertenencia a un grupo o una organización criminal, determine aquí el salto punitivo que va desde una pena temporal de prisión hasta la pena, cualitativamente distinta, de prisión permanente.

4.ª) Una grave discordancia entre la motivación y el tenor literal del correspondiente precepto se observa por último en el caso del art. 140.2 CP. Mientras que la Exposición de Motivos se refiere a los «asesinatos reiterados o cometidos en serie», el apartado segundo del art. 140 dispone la imposición de una pena de prisión permanente revisable «al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas».

El Consejo General del Poder Judicial advirtió en su Informe que este artículo «adolece de una imprecisión que debería ser corregida,

⁴¹ ALONSO ÁLAMO, M., cit. (n. 1), p. 44, no considera sin embargo que se produzca una vulneración del principio *non bis in idem* por el hecho de que se aprecien conjuntamente la circunstancia cualificativa del asesinato de matar para evitar que se descubre otro delito (art. 139.1.4.ª CP) y la de que el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2.ª CP), en cuanto que, «aunque referidas a una misma realidad, ambas circunstancias presentan espacios propios, la una se refiere al lado externo del acontecimiento, la otra al fin del autor». La imposición de la pena de prisión permanente revisable sería pues la «respuesta procedente en atención al derecho positivo» para tal caso, por más que la misma le parezca «cuestionable *de lege ferenda*». A mi juicio, en cambio, el solapamiento al menos parcial de ambas circunstancias debería impedir, ya *de lege lata*, su consideración acumulada.

pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones» y consideró, que de ellas, la más adecuada sería aquella que limitase su alcance a un supuesto especialmente agravado por el concurso de, al menos, tres delitos de asesinato ordinarios (del art. 139 CP), pues «parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia».

Dicho Informe reconocía que «la redacción del precepto permite otras interpretaciones» (como por ejemplo que bastaría que solo una de las muertes sea asesinato), pero las descartó finalmente con el argumento de que «que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece» y exigió finalmente que la redacción del precepto fuese en todo caso más precisa. A ese parecer se sumó también el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto, pero ninguna de estas recomendaciones ha sido finalmente atendida.

En la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión las interpretaciones son muy divergentes. Según Alonso Álamo «el tiempo verbal permite entender, en primer lugar, que procede la agravación siempre que el autor del asesinato sea condenado en la misma sentencia por la muerte de más de dos personas. En definitiva, se trataría de supra-agravar aquellos casos en los que el sujeto, bien de forma reiterada más o menos próxima en el tiempo (siempre que proceda el enjuiciamiento conjunto), bien simultáneamente (unidad de acción y pluralidad de muertes), causa la muerte de una pluralidad de personas, al menos tres»⁴².

A mi juicio, precisamente el tiempo verbal empleado impide una interpretación semejante, que —por lo demás, como esta misma autora reconoce— resulta también incompatible con el tenor del Preámbulo de la Ley, que —con la referencia a «asesinatos reiterados o cometidos en serie»— remite en todo caso a asesinatos ejecutados sucesiva y no simultáneamente. Como señalé en su momento, el hecho de que se haya utilizado en la redacción del precepto el tiempo verbal del pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo permite referirlo a los casos en los

⁴² ALONSO ÁLAMO, M., cit. (n. 1), p. 47. Formula en cambio serios reparos a una interpretación semejante SANZ MORÁN, A., cit. (n.1), pp. 833 s, pero a cambio no rechaza la hipótesis de que, habiéndose enjuiciado de forma separada las diferentes acciones de matar, se llegase a imponer la pena de prisión permanente revisable «retrospectivamente, vía “refundición de condenas”».

que un reo de asesinato «hubiera sido condenado» previamente, esto es, en una o varias sentencias anteriores, «por la muerte de más de dos personas». Con tal interpretación, nos hallaríamos aquí ante hipótesis de (multi-)reincidencia, en las que la pena no se encuentra sólo en función de la culpabilidad, sino también de la peligrosidad real o supuesta del sujeto al que se impone⁴³. Esta interpretación, que puede apoyarse además en el parecido tenor literal del art. 66.1.5.^a CP, en el que se regula la circunstancia agravante de multirreincidencia⁴⁴, es también, en líneas generales, la acogida por Muñoz Conde⁴⁵. Una cuestión diferente es la de si, con tal alcance, lo dispuesto en el art. 140.2 CP respetaría materialmente los límites en los que la STC 150/1991, de 4 de julio, consideró constitucionalmente legítima una agravación de la pena por reincidencia.

Por lo demás, tanto el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial como el del Consejo Fiscal señalaron en su momento el error que se había deslizado en el segundo inciso del correspondiente precepto del Anteproyecto al decir que «en este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código», cuando estaba claro que esa remisión se pretendía efectuar a lo establecido en los apartados 1.b) y 2.b) del nuevo artículo 78 bis. En la versión definitiva del Proyecto y en la versión finalmente aprobada por la LO 1/2015 se pretendió corregir ese error, pero al hacerlo se ha incurrido en una nueva equivocación, fruto del descuido y la improvisación tan característicos de esta reforma⁴⁶.

A partir de la constatación de los problemas y defectos advertidos en la actual regulación de los supuestos más graves del delito de asesinato, la búsqueda de una solución que, sin ser plenamente satisfactoria, limite al menos el alcance de aquellos defectos pasa, a mi juicio, en primer término, por tomar plenamente en serio la observación del Consejo General del Poder Judicial de que el carácter excepcional de la pena que establece el art. 140 CP obliga, por razones de proporcionalidad, a reservar su aplicación a casos que tengan también una excepcional gravedad; y pasa, en segundo término, por reconocer que esos supuestos de excepcional gravedad han de hallarse entre aquellos a los

⁴³ PEÑARANDA RAMOS, E., «Delito de asesinato», cit. (n. 1), p. 507.

⁴⁴ Así lo reconoce también ALONSO ÁLAMO, M., cit. (n. 1), p. 47.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., cit. (n. 4), p. 54.

⁴⁶ El error consiste en que el art. 140.2 CP remite ahora a «la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis» y a «la letra b) del apartado 2 del mismo artículo», sin advertir que el contenido del primero de esos preceptos no se corresponde ya con el designado en tales términos en el Anteproyecto, sino con el del nuevo art. 78 bis 1.c), que es el que ahora se refiere al caso más grave.

que desde el principio apuntó la reforma como crímenes extraordinariamente odiosos: muertes de niños, de ancianos o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen contra las víctimas de delitos contra la libertad sexual de inusitada violencia y crueldad; los asesinatos relacionados con el crimen organizado; y las cometidas por «asesinos reiterados o en serie».

El tenor del art. 140 CP —que obliga a la imposición de esta pena cuando concurren las circunstancias en él previstas— se encuentra en una evidente tensión con la pretensión de que el recurso a la pena de prisión permanente revisable se contraiga efectivamente a casos de excepcional gravedad, pues puede muy bien suceder que la concurrencia formal de una circunstancia cualificativa del asesinato con alguno uno de los factores mencionados en el art. 140 CP no suponga necesariamente la existencia de un hecho de gravedad suficiente para justificar la imposición de la pena de prisión permanente, aunque se pudiese considerar que tal pena es, en términos generales, conforme a la Constitución.

Puesto que la conminación de una pena fija y absoluta de privación de libertad cierra de antemano el paso a una medición de la pena que permita ajustarla de forma proporcionada a la diversa medida del injusto y de la culpabilidad⁴⁷, sería, como mínimo, necesario efectuar una interpretación restrictiva tanto de los elementos específicos del delito de asesinato como de las circunstancias previstas en el art. 140 CP y analizar la compatibilidad de unos y otras desde la perspectiva del principio *non bis in idem* para tratar de garantizar que en el ámbito de aplicación de dicho precepto sólo queden comprendidos hechos de la máxima gravedad, que son los únicos para los que —a lo sumo y por principio— se podría considerar adecuada la pena de prisión permanente⁴⁸.

Una solución plenamente satisfactoria de este y de los demás problemas señalados en este artículo obligaría sin embargo a desandar el camino emprendido en la reforma del Código penal de 2015 y, renunciando a establecer una pena cuestionable por tantos motivos, como es la de prisión permanente o perpetua, a repensar desde unas bases más rigurosas la regulación de las distintas formas del homicidio doloso.

⁴⁷ Vid. en este sentido SOETELSEK, M., *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Main (et al.), 2012, p. 3.

⁴⁸ Vid. en esta dirección la sentencia de 21 de junio de 1977 del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45, 187, pp. 259 ss. y 264 ss.)

IV. Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 117 (2015), pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VENTURA PÜSCHEL, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 313-332.
- ARTZ, G., «Die Delikte gegen das Leben», en *Zeitschrift für die gesammte StrafrechtsWissenschaft*, 83 (1971), pp. 1-38.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- BRUNHÖBER, B., «Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht», en *HRRS-Strafrecht.de*, 12/2011, pp. 513-518.
- CUENCA GARCÍA, M.^a J., «Problemas interpretativos y de «non bis in ídem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 118 (2016), pp. 116-150.
- FELIP I SABORIT, D., «Tema I. El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.^a ed., Atelier, Barcelona, 2015, pp. 27-47.
- HEINE, G. et al., «Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, pp. 193-271.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. y SOBEJANO NIETO, D., «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español», en *Libertas —Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales—* n.º 2 (2014), pp. 318 ss. [=Revista Jurídica UAM 29 (2014), pp. 213-237].
- PEÑARANDA RAMOS, E.: «Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 485-509.
- ID., «Informe crítico sobre la reforma de los delitos de homicidio, asesinato y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.) y ANTÓN BOIX, J. R. (coord.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 98-127.
- ID., «Homicidio y asesinato», en *Cuadernos Digitales de Formación* 46-2015, número monográfico sobre la Reforma del Código Penal (dir. M.^a del P. Rasillo López), CGPJ, Madrid, 2016, pp. 140 ss.

- ID., «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 768-792 (núms. margs. 7025-7122).
- ID., «Los delitos de homicidio y de asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal», en BACIGALUPO SAGESSE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y ECHANO BASALDUA, J. I. (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1257-1281.
- ID., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- PERALTA, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012
- SANZ MORÁN, A. «La reforma de los delitos contra la vida», en MAQUEDA ABREU, M.^a L., MARTÍN LORENZO, M. Y VENTURA PÜCHSEL, A. (coords.): *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2016, pp. 821-838.
- SOETELSEK, M., *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Frankfurt am Main (et al.), 2012.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 465-486.

Delitos relacionados con la gestión del patrimonio ajeno público y privado¹

Abraham Castro Moreno

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

Eva Carballo García

Abogada

Sumario: I. Administración desleal del patrimonio ajeno (art. 252 CP). 1. Ámbito de aplicación. 2. Sujetos activos. 3. Acción típica. 4. Elemento subjetivo específico. 5. Resultado. 6. Sujetos pasivos. 7. Penalidad. II. Apropiación indebida propia (art. 253 CP). 1. Sujetos activos y títulos de recepción. 2. Acción típica. 3. Objeto material. 4. Penalidad y concursos. 5. Tipos agravados. III. Apropiación indebida impropia (art. 254 CP). 1. Acción típica y objeto material. 2. Elemento subjetivo específico. 3. Resultado. 4. Penalidad. 5. Tipo agravado. IV. Malversación propia (arts. 432-434 CP). Sujetos activos y títulos de recepción. 2. Acción típica. 3. Objeto material. 4. Elemento subjetivo específico. 5. Tipos agravados. 6. Tipos atenuados. 7. Penalidad. V. Malversación impropia (art. 435 CP). 1. Sujetos activos (títulos). 2. Acción típica.

Resumen: El presente trabajo realiza un estudio detallado de los delitos relacionados con la gestión de un patrimonio ajeno, ya sea éste público o privado. En concreto, se analizan los tipos penales de administración desleal, apropiación indebida (propia e impropia) y malversación (propia e impropia).

Palabras clave: administración desleal, apropiación indebida, malversación.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-46523-RReferencia), sobre «Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada».

I. Administración desleal de patrimonio ajeno (art. 252 CP)

1. *Ámbito de aplicación*

Para llevar a cabo un estudio de este tipo penal es preciso realizar una comparación entre la redacción del Código Penal anterior a la vigente, es decir, en vigor hasta el 1 de julio de 2015, y la redacción actual que surge como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En primer lugar, el ámbito de aplicación del delito ha variado. Mientras que con la redacción anterior, el artículo 295 CP se encontraba vinculado al ámbito societario, el nuevo delito del artículo 252 CP se configura como un delito genérico patrimonial.

Con la entrada en vigor de la reforma, cabe plantearnos diversas cuestiones en relación con el ámbito de aplicación del delito. La primera de ellas es si el nuevo delito abarca todos los supuestos de sociedades de los artículos 295 y 297 CP. La respuesta es afirmativa. Están incluidas tanto las sociedades en formación recogidas en el artículo 295 CP derogado, como las sociedades irregulares, al poseer los administradores designados facultades de administración en virtud del contrato jurídico fundacional. El nuevo delito abarca igualmente supuestos de dudosa cabida en el artículo 297 CP, como las comunidades de bienes o de propietarios.

Otra cuestión controvertida es si se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a los gestores del contrato de cuentas en participación. En este caso, la respuesta es negativa, pues aunque en el artículo 295 CP derogado se preveía específicamente como sujetos pasivos a los cuenta-partícipes, las gestiones desleales del gestor de la empresa en su perjuicio (destinar los bienes recibidos del cuenta-partícipe a fines distintos de los pactados) no tienen cabida en el nuevo artículo 252 CP, ya que éste radica en la infracción extensiva de las facultades de administración de un patrimonio ajeno. Sin embargo, el gestor de las cuentas en participación no administra el patrimonio del cuenta-partícipe, ni bienes concretos propiedad del cuenta-partícipe, ya que la aportación en virtud de este contrato transmite la propiedad de los bienes recibidos (STS 03/03/1991, RJ 1040), que de este modo se integran entre los propios del negocio del gestor.

La conducta sí habría sido punible, en cambio, a través del amplísimo tipo de deslealtad contenido en el número 2 del artículo 252 de los Anteproyectos, que sancionaba el quebrantamiento del deber de velar por «intereses patrimoniales ajenos» asumido mediante un negocio jurídico.

Asimismo, otro punto de debate radica en si se puede aplicar, o no, el nuevo artículo 252 CP a los administradores de un trust y a los administradores de un patrimonio autónomo. Pues bien, cuando el trust se rige por el modelo continental es de aplicación el artículo 252 CP. Por el contrario, cuando el trust se constituya conforme al sistema anglosajón no se puede aplicar dicho precepto. La explicación es similar a la dada a la cuestión anterior. El nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno no abarca negocios jurídicos que otorguen al administrador (*trustee*) la propiedad de los bienes patrimoniales que le son confiados para su administración en beneficio de terceros. Dado que en el modelo anglosajón, el *trustee* adquiere la propiedad del patrimonio recibido para gestionarlo y administrarlo de acuerdo y en beneficio con lo establecido por el constituyente, no puede decirse que administre un patrimonio ajeno.

Sin embargo, en el modelo continental, regido por el Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985 (artículo 2, letra a)), los bienes aportados por el constituyente para su administración por el *trustee* no pasan a formar parte del patrimonio de éste, sino que constituyen un patrimonio separado autónomo y, por tanto, «ajeno» a efectos del artículo 252 CP. Igual sucede en los patrimonios protegidos en el CCC (artículo 227-2.1).

Del mismo modo, se nos plantea la cuestión de si se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a los administradores de bienes comunes de los que el gestor es copropietario. La exigencia de que el patrimonio administrado sea ajeno impide aplicar el delito a los administradores de bienes comunes de los que el propio gestor es copropietario. Por lo tanto, no resulta aplicable el artículo 252 CP. Así sucede, por ejemplo, en los casos de sociedades universales de todos los bienes presentes, donde los bienes aportados que antes pertenecían a cada socio, pasan a ser propiedad común de los socios (artículo 1674 CC); incluido, de aquél que tiene encomendada la administración.

Por último, cabe preguntarnos si se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP al cónyuge gestor tanto de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales como en los casos de fondos depositados en cuentas corrientes indistintas. Con relación al delito de apropiación indebida, la jurisprudencia (STS 1013/2005, de 7 de noviembre) ha establecido la posibilidad de condenar al gestor de la sociedad de gananciales que en situación de crisis matrimonial despatrimonializa la sociedad mediante actos dispositivos, sin perjuicio de la apreciación, en su caso, de la excusa absoluta del artículo 268 CP. Por

tanto, considerado patrimonio ajeno el que conforma la sociedad de gananciales a efectos del delito de apropiación indebida, la misma interpretación debe extenderse respecto del delito de administración desleal.

Lo mismo debe aplicarse al supuesto de las cuentas corrientes indistintas, para aquéllos casos en que se pueda acreditar que los fondos en ellas depositados pertenecen a uno sólo de los cotitulares, a pesar de la cotitularidad común formal de la cuenta.

2. *Sujetos activos*

Del mismo modo que sucede en relación con el ámbito de aplicación del delito, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, da un giro a los sujetos activos del mismo. Mientras que con la redacción anterior era sujetos activos los socios y administradores sociales de hecho o de derecho, ahora son los administradores por Ley, designación de la autoridad o negocio jurídico. Por ende, el nuevo delito se configura como un delito especial, del que sólo pueden ser autores quienes tengan facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanado de la Ley, por designación de la autoridad o asumido mediante un negocio jurídico.

Este delito es aplicable también a los administradores de hecho de una sociedad. La asunción de facultades de administración sobre un patrimonio ajeno en virtud de un negocio jurídico, comprende numerosos de los casos que en el ámbito societario se vienen identificando con la figura del administrador de hecho, como el apoderado de la sociedad, o el exadministrador social que continúa estando inscrito en el Registro Mercantil después de haber cesado en el cargo. Lo relevante será el poseer facultades de administración que se obtuvieron por alguna de las fuentes descritas en el precepto.

No es oportuno, en estos casos, acudir al artículo 31 CP para sancionar a los administradores de hecho, pues los representantes o administradores de hecho allí mencionados no deben poseer personalmente la cualificación para poder ser autores, y sí la persona jurídica en cuyo nombre o representación actúan. Lo que claramente no es el caso que nos ocupa del nuevo artículo 252 CP, salvo casos muy remotos como que el del administrador de la sociedad sea una persona jurídica que esté representada, a su vez, por un administrador de hecho.

Asimismo, se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a los cuasicontratos, como la agencia o administración de negocios de otro, sin mandato de éste. El artículo 1888 CC dispone que quien se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro,

sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión, debiendo desempeñar el cargo de «gestor oficioso» con toda la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1889 CC), indemnizando por los perjuicios causados al dueño del negocio gestionado. De ello deriva el que el administrador de negocio ajeno sin mandato del dueño haya asumido el correcto y leal ejercicio de facultades de administración en virtud de negocio jurídico que, en este caso, está conformado por el cuasicontrato derivado de la asunción voluntaria, del que legalmente derivan obligaciones. Así, dispone el artículo 1887 CC que son cuasicontratos (a los que pertenece la gestión de negocios ajenos regulada en los artículos 1888 y ss. CC) los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero.

Con relación al ámbito familiar, se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a los padres, respecto de los bienes pertenecientes a sus hijos incapaces o menores no emancipados. Esto es porque poseen dichas facultades de administración por disposición inmediata de la Ley (artículo 154.III.2.º CC). A este respecto, la nueva redacción dada por la reforma a la excusa absolutoria de parentesco en el ámbito de los delitos patrimoniales (artículo 268 CP), permite en diversos casos sancionar delitos patrimoniales cometidos entre sí por ascendientes y descendientes, cuando concurra vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad o por tratarse de una persona con discapacidad.

En tales casos, no procedería apreciar la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 CP), ni como agravante, al haber tenido ya en consideración el legislador la conjunción de la relación parental con la especial vulnerabilidad de la víctima para permitir la punición de estos supuestos; ni como atenuante, al haberse ya tenido en cuenta estas mismas circunstancias para excluir estos supuestos del ámbito de operatividad de la excusa absolutoria.

De la misma forma, se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a tutores, curadores o albaceas respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, pues los tutores (artículo 270 CC) y albaceas (artículos 901 y 902 CC) poseen ciertas facultades de administración, bien por disposición de la Ley, bien por asunción voluntaria, aunque el sometimiento de los actos dispositivos relevantes de los tutores a autorización judicial (artículo 271.2.º CC), limita en gran medida las posibilidades de comisión del delito. La inclusión de estos sujetos en el delito de administración desleal no es extraña en Derecho comparado, donde el § 263 del Proyecto de CP alemán de 1962, contemplaba expresamente a los tutores, curadores, albaceas y ejecutores testamentarios como sujetos activos del delito, junto a otros sujetos como los administradores concursales.

En todo caso, deberá respetarse la autonomía y la especialidad del delito impropio de negociaciones prohibidas del artículo 440 CP respecto al delito genérico de administración desleal del artículo 252 CP. Cuando la conducta desleal realizada no vaya dirigida a la causación de un perjuicio, y consista en la facilitación de cualquier forma de participación en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad en la que aquéllos deban intervenir por razón de su condición, deberá apreciarse el artículo 440 CP. En caso contrario, el artículo 252 absorberá el artículo 440 CP.

Por el contrario, no se puede aplicar el nuevo artículo 252 CP a los administradores concursales, respecto de los bienes y derechos patrimoniales integrados en la masa del concurso. Aun cuando en principio podría darse una respuesta afirmativa a la cuestión, en tanto que son nombrados para administrar el patrimonio del concursado por designación de la autoridad judicial, lo cierto es que la respuesta debe ser negativa. Ello es así porque la reforma ha incluido los casos de administración desleal cometidos por los administradores concursales como un supuesto más de malversación impropia (artículo 435.4.º CP). Quienes, de este modo, deberán responder por el delito más especial de malversación del artículo 432.1 CP.

En todo caso, al igual que en los supuestos anteriores, deberá respetarse la autonomía y especialidad del artículo 440 CP que, en su redacción operada por la actual reforma, incluye expresamente a los administradores concursales que aprovechen tal condición, para forzarse o facilitarse cualquier forma de participación en los negocios o actividades en que deban intervenir en tal calidad. Cuando la conducta desleal realizada no vaya dirigida a la causación de un perjuicio, y consista en la facilitación de cualquier forma de participación en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad en la que aquéllos deban intervenir por razón de su condición, deberá apreciarse el artículo 440 CP. En caso contrario, los artículos 435.3.º-432.1 absorberán al artículo 440 CP.

3. *Acción típica*

La acción típica del nuevo delito se configura de una forma mucho más amplia que en la anterior redacción, al no identificarse modalidades específicas de comisión (disposición de bienes o contracción de obligaciones). Lo que obliga a delimitar el nuevo tipo por vía de interpretación jurisprudencial. Con la redacción anterior a la vigente cometían el delito los socios y administradores de hecho o de derecho que

disponían fraudulentamente o contraían obligaciones a cargo de la sociedad, con abuso de las funciones propias del cargo. Sin embargo, con la modificación, tiene lugar el delito cuando los administradores por Ley, designación de la autoridad o negocio jurídico infringen excediéndose en el ejercicio de las facultades de administración.

El nuevo delito abarca tanto conductas apropiatorias del administrador, como conductas desleales no apropiatorias (usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de mero uso), ya que la enorme amplitud con la que el legislador ha configurado la nueva conducta típica permite la incriminación en el delito tanto de conductas de apropiación definitivas de los bienes administrados, como de conductas desleales no apropiatorias con las que se causa conscientemente un perjuicio patrimonial. A ello abunda la exclusión de las apropiaciones definitivas cometidas por administradores del nuevo delito de apropiación indebida del artículo 253 CP.

No obstante, la diferente gravedad que puede apreciarse en relación con conductas apropiatorias y no apropiatorias, en orden a aplicar el mismo delito de administración desleal a ambas conductas, aconseja adecuar la pena impuesta a la mayor o menor gravedad del hecho concreto realizado, en el momento de determinación de la pena.

La manera en la que el legislador ha querido redactar el tipo, tiene como consecuencia que surjan dudas sobre cómo debe entenderse el «exceso» en el ejercicio de las facultades: en sentido extensivo (externo) o intensivo (interno). El exceso en el ejercicio de las facultades de administración no debe entenderse en el mismo sentido con que venía haciéndolo la última línea jurisprudencial iniciada con las SSTS 915/2005, de 11 de julio y 841/2006, de 17 de julio, para delimitar los delitos de apropiación indebida (exceso extensivo) y de administración desleal (exceso intensivo). Conforme a esta línea jurisprudencial, el administrador desleal abusa de las funciones propias de su cargo, pero actuando dentro de los límites y de las facultades que procedimentalmente se señalan a sus funciones, incurriendo así en un exceso intensivo; mientras que el administrador que comete apropiación indebida supera las facultades, actuando fuera de lo que el título de recepción permite.

Sin embargo, con la nueva redacción típica, el delito no debe limitarse a las conductas de exceso intensivo, sino que también debe abarcar las conductas de exceso extensivo que, conforme a la anterior línea jurisprudencial, antes de la reforma debían calificarse como apropiación indebida.

Por ello, el término «exceso» debe referirse a cualquier «infracción» del empleo de las facultades de administración, ya sea de los lí-

mites internos, ya externos. De ahí la enorme amplitud típica, al consistir el nuevo delito en una simple infracción del deber de lealtad en el uso (activo) de las facultades de administración, con la intención de causar un perjuicio.

Por su parte, el artículo 252 CP no está limitado a la realización de conductas dispositivas. El texto publicado en el *BOE*, a diferencia de los proyectos, no delimita los sujetos en torno a la tenencia de facultades para «disponer», sino para «administrar». Término más amplio que el primero, en cuyo seno pueden tener cabida conductas no propiamente dispositivas (contracción de obligaciones perjudiciales).

En este sentido, la nueva redacción del delito de insolvencias punibles del artículo 259 CP ofrece algunos ejemplos de conductas desleales, como la realización de actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos, o la asunción de deudas que carezcan de justificación económica o mercantil; la realización de operaciones de venta o prestaciones de servicios por precio inferior al de mercado; de adquisición o de producción, sin justificación económica; el reconocimiento de créditos ficticios; o, incluso, la participación en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica o mercantil, de forma contraria al deber de lealtad. Ello, junto a la inclusión de conductas clásicas de administración desleal como la constitución de garantías sobre el patrimonio administrado para deudas ajenas al interés patrimonial administrado.

La conducta omisiva no encaja en la nueva configuración delictiva, pues a pesar de la amplitud de la conducta típica, la aplicación del tipo requiere del «exceso en el ejercicio» de las facultades, y no de una mera infracción de los deberes de administración. Aun cuando pudiera entenderse que el ejercicio de las facultades, se refiere al «desempeño» de las mismas, y que este desempeño puede ser activo u omisivo, lo cierto es que el precepto tipifica el «exceso» en el ejercicio, no el «defecto» en el mismo, que es lo que sucede en los casos de omisiones dolosas y perjudiciales de las facultades de administración.

De no ser así, la exigencia típica de que se excedan las facultades que se infringen, no aportaría nada al contenido típico, que concurriría por la mera infracción del deber, por defecto, que no exceso, en su (no) ejercicio.

A ello abunda la supresión del número 2 del artículo 252 del Proyecto, que incriminaba el simple quebrantamiento del deber de velar por los intereses patrimoniales administrados, donde sí hubiera tenido cabida la conducta omisiva.

4. *Elemento subjetivo específico*

El nuevo delito de administración desleal no requiere ánimo de lucro en el autor, ni otros elementos subjetivos específicos añadidos al dolo. El legislador ha suprimido la imposición de que el delito se ha de cometer en beneficio propio o de un tercero. De esta forma, se configura como un delito de daños con infracción de deber. El texto final, a diferencia de los proyectos, ha suprimido también el tipo agravado por ánimo de lucro.

Por ello, a diferencia del anterior artículo 295 CP, en el que se requería que la actuación del administrador estuviese guiada por el ánimo de obtener un beneficio propio o ajeno, la supresión de esta exigencia en el nuevo delito, facilita la apreciación del dolo eventual cuando el administrador realice de este modo la conducta respecto del perjuicio patrimonial.

5. *Resultado*

Al igual que el artículo 295 CP derogado, el nuevo delito del artículo 252 CP continúa requiriendo para su consumación la causación de un perjuicio, configurándose como un delito de resultado lesivo.

Dicho perjuicio debe entenderse necesariamente en sentido patrimonial. Aunque el artículo 252 CP no sea tan específico al respecto como lo era el artículo 295 CP derogado, el perjuicio debe ser igualmente de naturaleza patrimonial o económica, al igual que en la apropiación indebida o en la estafa, a cuyo marco punitivo se remite el delito de administración desleal. De ahí su ubicación sistemática entre las defraudaciones patrimoniales. Debe tenerse en cuenta al respecto, que la remisión penológica al artículo 249 CP, debe entenderse comprensiva no sólo de la pena, sino también de los criterios de determinación de la misma referidos en dicho precepto. Entre los cuales, se encuentran el importe de lo defraudado y el quebranto económico causado al perjudicado, lo que abunda en el carácter patrimonial del perjuicio.

La supresión de la pena de multa alternativa que contenía el artículo 295 CP derogado, permite superar las dificultades que existían en torno a la apreciación del delito en grado de tentativa. Bajo la anterior redacción, por un lado, el sometimiento a condición de procedibilidad de la persecución no solía judicializar las meras tentativas. Y, por otro lado, se entendía problemática su comisión intentada, al reservarse en gran medida la pena de multa a los delitos consumados, dado su carácter proporcional respecto del beneficio obtenido que generalmente era indicativo y correlativo del consiguiente perjuicio, con

las dificultades de imponer la pena de multa proporcional a los delitos intentados, que se veían prácticamente abocados a la pena más grave de prisión. Superado este problema con la eliminación de la pena de multa, no existe ningún obstáculo para apreciar la comisión intentada del delito de resultado lesivo.

El perjuicio patrimonial al que alude el tipo penal comprende el lucro cesante, incluso con más razón que en la anterior regulación del delito societario, en el que la exigencia de que el perjuicio fuera «directo» podía interpretarse en el sentido de que sólo comprendiera el daño emergente, pero no el lucro cesante, que constituye un perjuicio «indirecto» que podría tener reflejo en la responsabilidad civil derivada del delito, pero no como elemento típico. En sentido contrario, cabía argumentar que el vocablo «directo» era una simple expresión de la exigencia de una relación de causalidad e imputación entre la conducta y el perjuicio, pero que no calificaba la naturaleza del mismo, permitiendo perjuicios indirectos o lucro cesante como sucedía, por ejemplo, en el caso del cuenta-partícipe, cuyo único perjuicio posible se limita al lucro cesante. Sin embargo, con la nueva redacción, y suprimido el término «directo», no deben haber ya dudas sobre la consideración del lucro cesante como perjuicio típico en el actual artículo 252 CP.

6. *Sujetos pasivos*

La superación del ámbito societario como marco de aplicación del delito de administración desleal, origina la supresión de menciones a socios y terceros relacionados con las sociedades y actividades mercantiles. El nuevo artículo 252 CP protege a los titulares del patrimonio administrado.

Pueden ser sujetos pasivos los terceros titulares de «intereses patrimoniales» sobre el patrimonio administrado del que no son titulares, siempre que el patrimonio administrado por el sujeto activo sea «ajeno» para éste. Así sucederá, por ejemplo, en los casos de administración desleal de patrimonios separados protegidos o autónomos, en los que ni el administrador ni los beneficiarios son titulares de dicho patrimonio, aunque los últimos tengan evidentes intereses patrimoniales en su correcta administración, pudiendo resultar perjudicados por su gestión desleal.

En cambio, los terceros no titulares del patrimonio administrado que ostenten intereses patrimoniales sobre el mismo que puedan verse perjudicados por la gestión desleal no lo podrán ser cuando el patrimonio administrado sea titularidad del propio administrador como puede suceder, por ejemplo, con el gestor mercantil individual de un contrato

de cuentas en participación o con el *trustee* de un trust constituido bajo el modelo anglosajón.

En el caso concreto de los socios o accionistas de entidades con personalidad jurídica propia, la titular del patrimonio administrado será exclusivamente ésta, y no aquéllos, que son terceros con intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado. Ello no supone que no puedan constituirse en acusación particular, en defensa del patrimonio social y de sus propios intereses patrimoniales.

7. Penalidad

Al configurarse el nuevo delito como una defraudación patrimonial de resultado lesivo, su penalidad se establece en iguales términos que la estafa y la apropiación indebida. La Ley Orgánica 1/1995, 23 noviembre, contemplaba en su artículo 295 una pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido. De otro modo, y como hemos mencionado, la norma vigente hace una remisión a la penalidad establecida para el delito de estafa, esto es, desde multa de uno a dos meses (perjuicio hasta 400 euros), prisión de seis meses a tres años (supuestos no agravados), hasta prisión de uno a seis años, o de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (supuestos hiper agravados).

En relación con la pena que debe imponerse a las conductas apropiatorias y a las no apropiatorias del administrador es de interés mencionar que esta difiere de unas a otras, pues, aunque el marco penológico establecido para ambas conductas desleales (apropiatorias y no apropiatorias) es el mismo, se trata de conductas de muy diferente gravedad (STS núm. 867/2002, de 29 de julio: «Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad»), lo que debe tener reflejo en la determinación de la pena concreta.

II. Apropiación indebida propia (art. 253 CP)

1. Sujetos activos y títulos de recepción

Cometen este delito los que hubieran recibido dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que

produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Con respecto al pasado artículo 252 CP, se mantienen los títulos de recepción de los bienes que determinan los sujetos activos del delito, pero se sustituye la administración por la custodia.

Este remplazo no aporta nada nuevo, ya que el Código Civil no contempla el contrato de custodia como tal. Quien recibe la cosa con la obligación de guardarla y restituirla en un momento posterior, actúa como depositario (artículo 1766 CC). O, en su caso, como prestatario, para el caso de que la custodia de la cosa conllevara el permiso para servirse o usar de la misma (artículo 1768 CC). Dado que el depósito y el préstamo comunes ya están incluidos dentro del ámbito del precepto —el segundo por la vía de «cualquier otro título»—, la mención a la custodia no añade nada nuevo al contenido típico.

La creación del nuevo delito de administración desleal en el artículo 252 CP impide que un administrador pueda cometer el delito de apropiación indebida de los bienes administrados. Ello porque aunque el título de administrador podría enmarcarse sin dificultad dentro de la amplia mención final a «cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos», su expresa supresión del catálogo ejemplificativo de títulos permiten concluir que la reforma pretende sancionar por la vía del artículo 252 CP las conductas desleales de los administradores, ya sean apropiatorias o no, reservando el delito de apropiación indebida para las conductas apropiatorias de quienes poseen por títulos diferentes del de administración.

2. *Acción típica*

La Ley Orgánica 1/2015, 30 marzo, introduce dos cambios en el delito de apropiación indebida. En primer lugar, se suprime el verbo típico distraer (distrajeren), manteniéndose en el nuevo artículo 253 CP la apropiación y la negación de la recepción del bien apropiado.

Un sector de la jurisprudencia (STS 224/1998, de 26 de febrero; STS 530/1998, de 3 de abril) había considerado que el verbo distraer contenía una forma de administración desleal de bienes fungibles. Dado que la reforma refiere las conductas de administración desleal al nuevo delito del artículo 252 CP, era necesario suprimir esta pretendida forma de gestión desleal a la que según este sector se referiría el verbo distraer, manteniéndose en el nuevo artículo 253 CP las conductas estrictamente apropiatorias, como son la apropiación propiamente dicha y la negación de la recepción del bien apropiado. Con ello, la reforma pretende marcar una tajante diferencia entre las conductas de verdadera

apropiación (nuevo artículo 253 CP), y las de administración desleal o distracción de bienes (nuevo artículo 252 CP).

En segundo lugar, la nueva norma incluye una mención a la apropiación «para sí o para un tercero». Bajo la anterior regulación, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia había mantenido que los dos verbos típicos, apropiarse y distraer, eran manifestaciones de conductas definitivas de apropiación de los bienes (STS 867/2002, de 29 de julio), sin que el verbo distraer se refiriera a conductas de administración desleal. Por eso la doctrina había ubicado la diferencia entre ambos en que la conducta apropiatoria era para el propio sujeto activo, mientras que la distracción suponía la enajenación definitiva a favor de un tercero.

Con la supresión del verbo distraer, podría caber la duda de que se hubieran suprimido las conductas apropiatorias a favor de terceros, a las que se solía referir el verbo distraer. Tales dudas se disipan, al incluirse de forma expresa en la nueva redacción típica la posibilidad de que el beneficiario sea tanto el propio autor del delito como un tercero.

Este nuevo tipo penal abre un debate sobre si se puede seguir aplicando el delito de apropiación indebida a los supuestos de no devolución de cantidades entregadas a cuenta en la construcción y venta de viviendas. La respuesta es negativa. En tanto que la jurisprudencia (SSTS 760/2010, de 15 de septiembre; 1241/2012, de 2 de diciembre; 253/2014, de 18 de marzo; 286/2014, de 8 de abril; 309/2014, de 15 de abril; 228/2012, de 28 de marzo; 605/2014, de 1 de octubre), refiere la aplicación del delito de apropiación indebida anterior a la reforma de 2015 a la concurrencia de la modalidad de «distracción» realizada en virtud del título de «administración», las conductas analizadas deben quedar fuera del ámbito típico del nuevo artículo 253, al haber suprimido éste tanto la modalidad de distracción de dinero, como el título de administración. Y, en su caso, ser sancionadas por la vía del nuevo delito de administración desleal del artículo 252. El mero incumplimiento de obligaciones legales del promotor (DA 1.ª Ley 20/2015, 14 julio, Ordenación Entidades Aseguradoras) únicamente origina una infracción de consumo). Todo ello, sin perjuicio de la posible apreciación del delito de estafa en aquellos casos en los que el promotor vendedor no tuviera desde el primer momento, intención alguna de construir ni de entregar las viviendas.

Otra de las cuestiones controvertidas consiste en determinar si el delito de apropiación indebida es todavía aplicable a los supuestos de apropiación de fondos depositados en cuentas corrientes indistintas en los mismos términos que hasta ahora. Al igual que sucede en el supuesto anterior, la respuesta es negativa. Con la nueva regulación, ha perdido trascendencia la posible apreciación del delito en los casos de cotitula-

res de cuentas corrientes indistintas; muy especialmente, en el supuesto de cónyuges en régimen de gananciales, que dio lugar al Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS, de 25 de octubre de 2005, porque la jurisprudencia que aplicaba el Acuerdo (STS 1013/2005, de 7 de noviembre) basaba la apreciación del tipo en la concurrencia de la modalidad de distracción, ahora suprimida. Ahora, se trata de una cuestión que debe valorarse en sede del nuevo delito de administración desleal. En el caso de los cónyuges en régimen de gananciales, ello es especialmente claro, en tanto que «administradores» de los bienes que la integran (artículos 1375 y ss. CC). El anterior Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS respecto del delito de apropiación indebida, se deba ahora entender referido al nuevo delito de administración desleal, en igual sentido, con la apreciación de la excusa absolutoria del artículo 268 en los casos en que la *affectio maritalis* no esté rota. La anterior STS 1013/2005, de 7 de noviembre, y otras (STS 100/2013, de 14 de febrero), son especialmente ilustrativas al respecto, al señalar que: «La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino».

3. Objeto material

El nuevo artículo 253 CP mantiene la mención a los bienes que integran el antiguo 252 CP artículo. Estos son el dinero, los efectos, los valores o cualquier otra cosa mueble. No obstante, se elimina del catálogo de objetos materiales la referencia a los activos patrimoniales, ubicada tras la enunciación de las cosas muebles.

Cabe por ello plantearse si es posible cometer un delito de apropiación indebida sobre bienes inmuebles. La supresión de la referencia al «activo patrimonial» excluye toda posibilidad de aplicar el delito a las conductas de apropiación de bienes inmuebles, legalmente excluidos del depósito extrajudicial en virtud del artículo 1761 CC. La redacción del delito antes de la reforma, en cambio, dejaba la puerta abierta a la posible inclusión de los bienes inmuebles en el ámbito típico, al tratarse sin duda de activos patrimoniales, y estar realizada su mención en el precepto con posterioridad a la expresión «cualquier otra cosa mueble», que se contraponía con «activo patrimonial». Es claro que en el balance de cualquier empresa, la primera partida que figura es, precisamente, el inmovilizado. Así lo habían mantenido diversos autores en la doctrina tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en coherencia con la pretendida exclusión del delito de administración desleal del artículo 295 CP de las conductas apropiatorias. No había ninguna

razón para que las apropiaciones indebidas de bienes inmuebles se sancionaran por el delito societario más leve, mientras que las apropiaciones sobre bienes muebles debieran serlo por la vía del delito de apropiación indebida más gravemente penado.

Otro aspecto que suscita interés es la manera de sancionar las conductas de apropiación indebida sobre bienes inmuebles cometidas por administradores o depositarios. Así las cosas, al margen de la posible apreciación del nuevo delito de administración desleal (artículo 252 CP) cuando la apropiación del inmueble sea realizada por el administrador, es posible sancionar la apropiación indebida de bienes inmuebles cometida por un depositario por la vía del delito de malversación impropia (artículo 435.3.º CP, con relación al artículo 432.2 CP), en los casos de depósito judicial o secuestro que, a diferencia del extrajudicial, sí puede recaer sobre bienes inmuebles (artículo 1786 CC).

4. *Penalidad y concursos*

Los sujetos que cometan este delito serán castigados con las penas de los artículos 249 o 250 CP, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código (delito), y multa de uno a tres meses (delito leve).

La pena se sigue estableciendo por remisión a las de la estafa, estableciéndose el principio de exasperación como regla concursal específica para casos de posibles concursos de normas. Se reconvierte la falta de apropiación indebida (artículo 623.4 CP) en el delito leve del nuevo artículo 253.2 CP.

Aun así, existe otro precepto de este Código que sancione la misma conducta con una pena más grave. Aunque por aplicación de las reglas del concurso del normas del artículo 8 CP, ya se hubiera alcanzado igual solución, al ser más especiales estos otros delitos más graves. Así sucede, por ejemplo, con el nuevo delito de apropiación indebida de patrimonio público cometido por funcionario público o autoridad, que la reforma excluye del artículo 438 CP, para pasar a integrarse dentro de la malversación del artículo 432.2 CP.

A tener en cuenta que, el nuevo delito de apropiación indebida de patrimonio público, también puede ser cometido (con igual pena que la malversación) por particulares (artículo 435 CP), pudiendo incluso, ser cometido el delito de malversación apropiatoria del artículo 432.2 CP sobre bienes que pertenecieran a particulares, cuando la conducta sea cometida por los depositarios de bienes depositados por autoridad pública (artículo 435.3.º CP).

5. *Tipos agravados*

Los tipos agravados se continúan configurando por remisión a los de la estafa, y se suprime el tipo agravado específico de apropiación indebida en casos de depósito necesario o miserable.

Es posible incluir los supuestos de apropiación indebida de depósito necesario o miserable en otros tipos agravados o delitos. La apropiación indebida de los bienes depositados en cumplimiento de una obligación legal (artículo 1781.2.º CC), que dan lugar al depósito miserable, podrían ser agravados por la vía del artículo 250.1, supuestos 1.º (bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social), 4.º (especial gravedad, en atención a la situación económica en la que se deje a la víctima o a su familia), pudiendo operar incluso la agravación cualificada del artículo 250.2 CP, por la combinación de los dos supuestos anteriores. Y en los supuestos de depósito constituido en cumplimiento de una obligación legal (artículo 1781.1.º CC), salvo por la vía de la malversación impropia (artículo 435.3.º CP), o cuando se tratare de particulares legalmente designados depositarios de bienes públicos (artículo 435.2.º CP), de darse los requisitos de estos preceptos.

De otro modo, no es posible incluir en otros tipos agravados o delitos los supuestos de depósito necesario (artículo 1783 CC) de bienes depositados en fondas y mesones, donde la agravación suprimida carece hoy día de fundamento.

III. **Apropiación indebida impropia (art. 254 CP)**

1. *Acción típica y objeto material*

La reforma sustituye los tipos específicos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (artículo 253 CP), y de cosa transmitida por error (artículo 254 CP), por un tipo genérico de extraordinaria amplitud aparente, que sanciona cualquier otra conducta apropiatoria que no constituya apropiación indebida (artículo 254 CP).

El problema surge a la hora de dilucidar si comprende el nuevo artículo 254 CP los antiguos supuestos de apropiación de cosa perdida, de dueño desconocido, o transmitida por error. La respuesta en este caso es afirmativa, de tal forma que el nuevo artículo 254 CP viene a sustituir a los anteriores artículos 253 y 254 CP, comprendiendo los supuestos de apropiación de cosa perdida, de dueño desconocido, o transmitida por error, que quedan absorbidos en el mismo, dada la enorme amplitud con la que se describe la conducta típica. A ello

abunda el hecho de que las sanciones previstas en el nuevo delito, sean esencialmente las mismas que las contempladas por los artículos 253 y 254 CP anteriores a la reforma.

En el supuesto de la apropiación de cosas recibidas por error del transmitente, la supresión de las conductas de negar haber recibido la cosa (que se mantiene, en cambio, en el nuevo artículo 253 CP) y de no proceder a su devolución, no supone su exclusión del nuevo delito, al ser tales conductas simples formas de la apropiación referida en el artículo 254 CP, cuya mención expresa no resulta imprescindible en el precepto.

Asimismo, el nuevo artículo 254 CP abarca otros supuestos distintos a los antiguos de apropiación de cosa perdida, de dueño desconocido, o transmitida por error. Por ejemplo, el depositario del bien que descubre que fue hurtado y que, tras conocer el depósito el dueño de la cosa la reclama (artículo 1771.II CC), no siéndole entregada por el depositario, incurrirá en este nuevo delito del artículo 254 CP, y no en el delito de apropiación indebida del artículo anterior, ya que la obligación de entrega de la cosa al dueño no deriva del depósito en virtud del cual la ha recibido. Cuestión diferente es que, vencido el plazo legal (un mes), el dueño no la reclame, y el depositario la haga suya sin entregársela al depositante como dispone el artículo 1771.III CC, en cuyo caso sí estaría incumpliendo la obligación de devolución derivada directamente del título de recepción, incurriendo en el artículo 253 CP.

2. Elemento subjetivo específico

El nuevo artículo 254 CP no contiene mención expresa alguna a elementos subjetivos específicos como el ánimo de lucro. Si bien, la misma esencia de la conducta apropiatoria, y el entendimiento general de este elemento en sentido amplio, como comprensivo de cualquier beneficio, provecho, ventaja o utilidad obtenida, incluida la meramente contemplativa, para sí o para terceros, hacen difícilmente imaginables supuestos en los que no concurra ánimo de lucro.

3. Resultado

Con relación al resultado no existen diferencias sustanciales entre ambas regulaciones. El legislador ha mantenido la consideración de delito leve cuando la cuantía de lo apropiado no exceda de 400 euros.

4. *Penalidad*

Respecto a la penalidad, no existen diferencias sustanciales entre ambas regulaciones, salvo la exclusión de la pena de localización permanente contemplada en la antigua falta (artículo 623.4 CP), en el nuevo delito leve del artículo 254.2 CP. Con la nueva redacción se conserva la multa de tres a seis meses (tipo básico), prisión de seis meses a dos años (tipo agravado), y multa de uno a dos meses (delito leve).

5. *Tipo agravado*

La nueva regulación extiende el tipo agravado por el valor artístico, histórico, cultural o científico de las cosas perdidas o de dueño desconocido del anterior artículo 253 in fine CP, al supuesto de apropiación de cosas recibidas por error del transmitente, para el que el anterior artículo 254 CP no preveía esta agravación. Con la refundición de los anteriores artículos 253 y 254 en el nuevo artículo 254 CP, y la previsión del tipo agravado referido para todos los supuestos del nuevo precepto, la agravación también resulta ahora aplicable a los supuestos del anterior artículo 254 CP.

IV. **Malversación propia (arts. 432-434 CP)**

1. *Sujetos activos y títulos de recepción*

Los nuevos delitos de malversación ya no precisan la tenencia de los bienes a cargo del funcionario público o autoridad por razón de sus funciones, integrando el tipo la tenencia en administración o por cualquier título de los contemplados para el delito de apropiación indebida.

El delito de malversación configurado con la LO 1/2015, de 30 de marzo, comprende los antiguos supuestos de apropiación indebida cometidos por autoridad o funcionario público con abuso del cargo (artículo 438 CP). Dado que la malversación ya no requiere de ninguna relación entre sujeto activo y objeto material distinta de la de administración o de la derivada de los títulos de la apropiación indebida, todos los supuestos de apropiación indebida con abuso de cargo público del anterior tipo agravado de apropiación indebida del artículo 438 CP suprimido por la reforma, quedan ahora comprendidos en la nueva malversación apropiatoria del artículo 432.2 CP.

Por otra parte, la realización de conductas de administración desleal o apropiación sobre bienes públicos tenidos por títulos diferentes de los contemplados en los artículos 252 y 253 CP no es impune. Aunque no puedan ser objeto de sanción por la vía de los delitos de malversación propia del artículo 432 CP, limitado a los títulos contemplados en los delitos de administración desleal y apropiación indebida de los arts. 252 y 253 CP, respectivamente, la realización de estas mismas conductas ilícitas de bienes públicos poseídos por otros títulos será punible por la vía del delito de malversación impropia del artículo 435.1.º CP, que sanciona a los encargados «por cualquier concepto». Expresión ésta, de ilimitada amplitud, que incluye todo título, e incluso situaciones de hecho. El artículo 435.1.º CP no se limita a particulares, pudiendo ser igualmente aplicable a funcionarios públicos.

En la práctica, lo anterior supone que el título de la malversación es cualquiera («cualquier concepto»), y no sólo los contemplados en el artículo 432 CP, por remisión a los de los artículos 252 y 253 CP.

Por último, los funcionarios de hecho no encajan dentro del delito de malversación propia del artículo 432 CP (STS de 23 de febrero de 1990), sin perjuicio de su posible punición por la vía del delito de malversación impropia del artículo 435.1.º CP, que sanciona a los encargados —incluidos los particulares— «por cualquier concepto» de los bienes públicos.

2. *Acción típica*

Los nuevos delitos de malversación no describen la acción típica, reñitiéndose a la comisión de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida de los nuevos artículos 252 y 253 CP.

Es considerable mencionar que el nuevo delito engloba los antiguos supuestos de malversación definitiva (sustracción) y malversación de uso (destinar a usos ajenos a la función pública y dar una aplicación privada). El nuevo delito sanciona en el mismo precepto tanto las conductas apropiatorias como las de simple uso desleal. Dentro de la nueva modalidad de administración desleal de patrimonio público del nuevo artículo 432.1 CP tienen cabida tanto las conductas apropiatorias de los funcionarios y autoridades que tienen facultades de administración sobre el patrimonio público, como las conductas de gestión desleal no apropiatorias, inclusivas de los usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de mero uso realizados por el funcionario administrador, consistentes en destinar los bienes a usos ajenos a la función pública o en dar a los mismos una aplicación privada (malversación de uso).

Igualmente, la nueva regulación ha despenalizado las conductas de malversación de uso realizadas por funcionarios o autoridades que no tienen en administración esos bienes, sino por alguno de los títulos de la apropiación indebida. Las anteriores conductas de malversación de uso de los artículos 433 y 434 CP ahora se encuentran incluidas en la nueva modalidad de administración desleal de patrimonio público, que comprende tanto conductas definitivas como de uso. Sin embargo, al estar ésta limitada a los funcionarios y autoridades que tengan los bienes en administración, la tenencia por otros títulos distintos de éste (depósito, comisión, custodia, etc.), queda excluida del ámbito típico, al no tener cabida ni en el artículo 432.1 CP (por ausencia del título posesorio requerido), ni en el artículo 432.2 CP (por no tratarse de conductas apropiatorias del artículo 253 CP). Se ha producido pues una despenalización de los usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de uso por funcionarios no administradores, a excepción del nuevo tipo del artículo 258 bis CP, cuando el depositario hiciere uso sin autorización de los bienes embargados por autoridad pública.

De otro modo, la modalidad omisiva ya no es punible, a excepción de la modalidad apropiatoria de no devolución de la cosa que se niega haber recibido, para el caso de que esta modalidad concreta se quisiera entender como una forma omisiva de comisión. La nueva regulación, a diferencia de la anterior, no contempla expresamente la comisión omisiva del delito de malversación, sin que resulte posible la aplicación del artículo 11 CP a estos supuestos. A pesar de la enorme amplitud del nuevo artículo 252 CP al que se remite el artículo 432.1 CP, la aplicación del tipo requiere del «exceso en el ejercicio» de las facultades, y no de una mera infracción de los deberes de administración. El precepto tipifica el «exceso» en el ejercicio, no el «defecto» en el mismo.

De no ser así, la exigencia típica de que se excedan las facultades que se infringen, no aportaría nada al contenido típico, que concurriría por la mera infracción del deber, por defecto, que no exceso, en su (no) ejercicio.

El texto aprobado suprimió del delito de administración desleal de patrimonio ajeno y, por extensión, del de malversación, la modalidad del artículo 252.2 CP, de quebrantamiento del deber de velar por intereses patrimoniales ajenos, en el que habría cabido la omisión.

Tampoco sanciona el nuevo delito de malversación por administración desleal conductas de despilfarro de los bienes públicos. En la medida en los fondos despilfarrados hayan tenido un destino público, por inoportuno o inapropiado que pueda considerarse éste, esta conducta

no colma las exigencias típicas. A pesar, incluso, de que el nuevo delito ya no requiera ánimo de lucro. No puede decirse que en las conductas de despilfarro concurra un exceso típico en el ámbito del ejercicio de las facultades que se infringen. Las cuestiones de valoración sobre la oportunidad del gasto en el ejercicio de las facultades de administración, no supone la actuación fuera (exceso) del ámbito de las facultades, sino el ejercicio desviado (dentro del ámbito) de las mismas. A ello abunda la supresión de la segunda modalidad de administración desleal contenida en los anteproyectos, caracterizada por la simple infracción perjudicial del deber de velar por los intereses patrimoniales administrados, en la que quizás habría sido más fácil incluir las conductas de despilfarro.

Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad contable por alcance correspondiente.

3. *Objeto material*

La nueva redacción del precepto simplifica la definición del objeto material del delito, al identificarlo con el patrimonio público, en su conjunto.

A pesar de esta simplificación, puede identificarse el patrimonio público con la anterior mención a los caudales o efectos públicos. La jurisprudencia ha venido interpretando el concepto de caudales o efectos públicos en un sentido muy amplio, tanto en la naturaleza de los bienes que comprende, como en la determinación de su carácter público. Así, comprende todos los bienes muebles que se hallen integrados en el patrimonio público, sin exclusión de ninguna clase (STS 986/2005, de 21 de julio).

Con respecto a la malversación de bienes inmuebles, puede cometerse únicamente en el caso de malversación por administración desleal de patrimonio público (artículo 432.1 CP), al igual que sucede en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno (artículo 252 CP). El patrimonio público se compone tanto de bienes muebles como de inmuebles, sin que la conducta del artículo 252 CP a la que se remite el artículo 432.1 CP contenga impedimento alguno que impida la apreciación del delito cuando el exceso en el ejercicio de las facultades de administración que se infringen, recaiga sobre bienes inmuebles.

No así, en cambio, en los supuestos de malversación apropiatoria propia (artículo 432.2 CP). Aunque el artículo 432.2 CP se remite a la conducta del artículo 253 CP y no al objeto material, que sí está defi-

nido en el propio artículo 432.2 CP como el patrimonio público, compuesto, en principio, por todo tipo de bienes, muebles o inmuebles, la propia conducta típica del artículo 253 CP y la relación de títulos posesorios allí contemplada, resulta ordinariamente incompatible con los bienes inmuebles.

4. *Elemento subjetivo específico*

La nueva redacción suprime la mención a la exigencia de ánimo de lucro funcional, que fue introducida por el Código Penal de 1995, volviendo a una situación similar a la existente en el artículo 394 del anterior Código Penal. Tampoco ha optado finalmente, por incluir un tipo agravado específico por la concurrencia de ánimo de lucro como se hacía en los Anteproyectos previos a la reforma. Lo que es coherente con la supresión de dicho elemento en el nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno del artículo 252 CP.

5. *Tipos agravados*

La nueva redacción mantiene la agravación por razón del valor de las cantidades sustraídas (que ahora cifra en 50.000 euros y en 250.000 euros, en la línea de otras infracciones patrimoniales), y la modalidad de grave daño o entorpecimiento al servicio público (cuya autonomía respecto al criterio anterior resulta ahora clara en la nueva redacción con el cambio de la conjunción copulativa «y» por la disyuntiva «o»). Se añade un nuevo criterio agravante relativo al valor del perjuicio causado, por superación de los mismos parámetros económicos de 50.000 y 250.000 euros. Se suprimen los tipos agravados relativos al valor histórico o artístico de los bienes (que ordinariamente dará lugar a la apreciación de las agravaciones por razón del valor de los bienes o del perjuicio causado), o a su afectación al alivio de calamidades públicas, en la misma línea de lo acontecido en el delito de apropiación indebida general, con la supresión de la agravación en los casos de depósito miserable.

En la fijación de la pena debe tenerse en cuenta el valor histórico, artístico, cultural o científico de los bienes malversados, como una circunstancia del hecho, en la determinación de la pena, dentro de las modalidades básicas de malversación (si su valor no superara los 50.000 euros), o dentro de los subtipos agravados (cuando su valor superara los 50.000 o los 250.000 euros).

Una cuestión que nos planteamos es si se puede aplicar el tipo agravado por el valor de los bienes a los supuestos de malversación por administración desleal no apropiatoria. La respuesta en este supuesto es negativa. Aunque el nuevo artículo 432.3 CP se remite a «los hechos a que se refieren los dos números anteriores» y, por tanto, parece operar sobre todos ellos sin exclusiones, la redacción de la letra b) del precepto limita la apreciación del subtipo agravado al valor de los bienes o efectos «apropiados». Y a pesar de que la mención en el tipo atenuado por valor inferior a 4.000 euros (artículo 433 CP) también se refiera a los bienes o valores «apropiados» sí pueda aplicarse, en cambio, a las conductas de malversación de uso, la necesaria interpretación restrictiva de los elementos agravatorios impone su limitación a los supuestos de malversación definitiva o apropiatoria, ya sea del administrador (artículo 432.1 CP), ya del depositario o poseedor por otro título de los de la apropiación indebida (artículo 432.2 CP). La imposición de penas de prisión de 4 a 8 años, que pueden elevarse hasta 6 a 8 años o, incluso, hasta los 8 a 12 años, resultaría desproporcionada para sancionar simples conductas no apropiatorias de malversación de uso.

6. *Tipos atenuados*

La nueva redacción de los delitos de malversación mantiene el tipo atenuado para malversaciones inferiores a 4000 euros (artículo 433 CP), que se extiende ahora también a las conductas de malversación de uso incluidas en el nuevo artículo 432.1 CP, frente a la anterior limitación a la malversación definitiva. Lo que se acompaña de una variación penológica, al establecerse una pena de prisión de uno a dos años, frente a la anterior de seis meses a tres años. Junto a ello, la reforma operada crea un nuevo tipo atenuado (artículo 434 CP) para los supuestos de reparación efectiva e íntegra del perjuicio (similar al existente en el artículo 305.6 CP para el fraude fiscal, aunque con carácter obligatorio y no potestativo y sin las mismas limitaciones temporales), o para los supuestos de colaboración activa y efectiva con la Justicia (similar al existente en otros delitos, como el contemplado en el 376.I CP para los delitos contra la salud pública).

El tipo atenuado por valor inferior a 4.000 euros puede aplicarse a los supuestos de malversación de uso. A pesar de que el artículo 433 CP se refiera al valor de los bienes o valores «apropiados». Lo contrario supondría que las conductas de malversación menos graves que pueden concurrir, que son las de simples usos por pequeños importes, se verían necesariamente abocadas a penas de prisión de dos a seis años

(tipo básico), mientras que conductas de malversación apropiatoria por igual importe sí podrían beneficiarse de la benignidad punitiva del tipo atenuado, siendo sólo sancionadas con penas de uno a dos años de prisión. Lo que carecería del más mínimo sentido desde la óptica de la debida proporcionalidad entre penas y gravedad del hecho, y del debido respeto al principio de culpabilidad. En consecuencia, las mismas exigencias del principio de proporcionalidad imponen que el término «apropiados», referido a los bienes malversados, no debe interpretarse en el mismo sentido en los tipos agravados (interpretación estricta) que en el tipo atenuado (interpretación amplia).

Los parámetros de valoración del mencionado tipo atenuado deben interpretarse en sentido alternativo y no cumulativo. Así las cosas puede apreciarse el tipo atenuado cuando el valor de los bienes apropiados sea inferior a 4.000 euros, pero no el perjuicio causado. Aunque la redacción del precepto no es clara, la conjunción disyuntiva empleada por el precepto da pie a interpretar que la atenuación opera porque el perjuicio causado «o» el valor de los bienes apropiados —cualquiera de los dos—, no alcance los 4.000 euros, resultando dudoso cómo deben resolverse los supuestos en los que el valor de los bienes apropiados sea inferior a esa cifra, pero no así, en cambio, el importe del perjuicio causado a consecuencia de la misma. A este respecto, tratándose de un tipo atenuado, resulta correcto ampararse en una interpretación literal del precepto, que permita la atenuación punitiva en el supuesto indicado. No hacerlo así, inaplicando el tipo atenuado, daría lugar a una situación equiparable a la apreciación de una agravación (por la aplicación del tipo básico más grave), contrariando el tenor del precepto. Y ello, con independencia de cuál fuera la posible voluntad del legislador, y de que la redacción pudiera hipotéticamente obedecer a un error de técnica legislativa que, en ningún caso, debe recaer sobre el justiciable.

Por su parte, la exigencia de la reparación efectiva e íntegra del perjuicio debe valorarse desde la óptica de la reparación que es posible determinar, en el momento en que ésta se realiza. Ello supone que la reparación de la gran mayoría del perjuicio causado a resultas de su cuantificación exacta (lo que a menudo puede depender de la realización de la oportuna diligencia pericial), operará de forma plena, aplicándose la rebaja prevista por el artículo 434 CP, cuando el pago de la mayor parte del perjuicio causado acredite una voluntad de pago total en el autor.

Cuando el pago sea realizado por un tercero distinto del «culpable», sí procede aplicar el tipo atenuado de reparación del perjuicio causado. A pesar de que el artículo 434 CP prevea la atenuación puni-

tiva para las reparaciones realizadas por «el culpable», no habrá obstáculos para aplicar el precepto cuando el pago (u otra forma de reparación) por parte del tercero se haga por cuenta del culpable.

La atenuación no requiere motivaciones subjetivas en el beneficiario de la misma, colmándose por el hecho objetivo (utilitarista) de la reparación.

El momento para proceder a esta reparación del perjuicio causado no ha quedado fijado. El precepto no establece condicionantes temporales, a diferencia de lo que sucede con el artículo 305.6 CP o en la atenuante genérica del artículo 21.5.^a CP, o de lo que sucedía en el anterior artículo 433 CP. Por tanto, la reparación producirá el efecto atenuante en cualquier momento del procedimiento hasta que tras la finalización del juicio oral no llegue el momento de dictar sentencia.

En caso de que dicha reparación sea efectuada por uno de los responsables afecta al resto de autores o partícipes cuando el reparador lo haga también en nombre y por cuenta de los demás. No, en caso contrario. Piénsese que también la otra modalidad que da lugar al tipo atenuado, la de colaboración, es igualmente de tipo objetivo y no subjetivo —en cuanto no se precisa que el sujeto se arrepienta, pudiendo aplicarse aunque éste obre por meras razones «utilitarias»— y, sin embargo, se debe aplicar igual, únicamente, al responsable que efectivamente colabora, sin que existan razones para aplicarla al resto que no hubieren querido colaborar con la Justicia.

Respecto de la atenuante genérica de reparación (artículo 21.5.^a CP), se han producido resoluciones dispares. Mientras que alguna jurisprudencia ha considerado que dado el carácter objetivo de la misma, se permite su comunicabilidad a los copartícipes por la vía del artículo 65.2 CP (SAP A Coruña, Sección 3.^a, 12/1998, de 3 de febrero); otra, en cambio, ha entendido que únicamente debe favorecer al codelincuente que con la reparación del daño acredita la voluntad de restablecer el orden jurídico perturbado (SAP Islas Baleares Sección 1.^a, 127/2002, de 18 de julio).

7. Penalidad

La integración en un mismo apartado (artículo 432.1 CP) de los supuestos de malversación apropiatoria y de uso cometidos por el funcionario que posee los bienes en administración, de los antiguos arts. 433 y 434 CP, ha supuesto un aumento muy considerable de las penas de la malversación de uso, que han pasado de tener penas simples de multa y suspensión (artículo 433.I CP), o de prisión de 1 a 3 años e inhabilita-

ción, a penas de prisión de 2 a 6 años, en el artículo 432.1 CP resultante de la reforma. Los supuestos agravados, se siguen manteniendo entre cuatro y años de prisión, si bien la nueva hiper agravación del inciso final del artículo 432.3 CP permite su elevación a la mitad superior (6 a 8 años de prisión) e, incluso, su posible elevación en grado (8 a 12 años de prisión). Se modifica el marco punitivo del tipo atenuado por valor del importe apropiado, y se establece como pena principal la de privación del derecho de sufragio pasivo en las distintas modalidades típicas.

Es conveniente destacar que no deben pensarse igual las conductas de malversación definitivas que las de malversación de uso. Ello aunque el marco penológico establecido por la reforma es el mismo para ambos supuestos, al haber integrado las dos conductas en el mismo artículo 432 CP, el carácter definitivo o temporal de la conducta ilícita deberá ser tenido en cuenta en la determinación de la pena como una circunstancia del hecho, dada su diferente gravedad.

V. Malversación impropia (art. 435 CP)

1. *Sujetos activos (títulos)*

La reforma operada introduce un nuevo apartado 4.º en el artículo 435 CP, que regula la denominada malversación impropia, para las conductas de malversación realizadas por los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores.

Esta previsión específica de la extensión a los administradores concursales no era realmente necesaria, dado que la designación de los administradores concursales corresponde al Juzgado que conoce del concurso, y que su función es la de administrar y asegurar los bienes que integran la masa del concurso, los administradores concursales ya tendrían cabida en la modalidad prevista en el artículo 435.3.º CP, al tratarse de administradores de bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Dispone el artículo 1785 CC que el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o cualquier otra medida de aseguramiento de los bienes, como sin duda es la designación judicial de administración concursal de la masa.

Más aún. Los administradores concursales bien podrían ser considerados como funcionarios públicos a efectos penales, por aplicación del artículo 24.2 CP, y responder de malversación propia, sin necesidad de recurrir al supuesto del artículo 435.3.º CP, ya que ejercen funciones

públicas que competen a la autoridad judicial, por delegación de éste. Ejercen de este modo una función de auxilio judicial y, en tal sentido, «participan del ejercicio de funciones públicas» «por nombramiento de la autoridad competente».

2. *Acción típica*

El nuevo apartado contenido en el artículo 435.4.º CP refiere su ámbito de operatividad a las conductas de malversación que recaigan sobre la masa del concurso, por cuya conservación y administración adecuada deben velar los administradores concursales. En interés del propio concursado y, naturalmente, de la satisfacción de los acreedores.

Los tipos de malversación propia (artículo 432.1 CP) o impropia (artículo 435.3.º CP) no se pueden aplicar a las conductas contempladas en el nuevo artículo 435.4.º CP. Es de este modo porque aunque ya pudiera considerarse a los administradores concursales como sujetos activos idóneos de la malversación propia (artículos 432.1 y 24 CP) o impropia (artículo 435.3.º CP), el artículo 435.4.º CP introduce nuevas conductas que no tienen cabida en las descritas en el artículo 432 CP, como la alteración del orden legal de los pagos de los créditos concursales. Aunque el delito no requiera ánimo de lucro, no puede tildarse de conducta propiamente apropiatoria el pago de deudas reales y existentes, ni de perjudicial para el patrimonio administrado (masa del concurso), sino para terceros (acreedores) que tienen intereses patrimoniales legítimos frente a dicho patrimonio administrado.

Una novedad que introduce la LO 1/2015, de 30 de marzo, radica en la punibilidad afirmativa de la malversación impropia de uso. La reforma ha introducido como modalidad específica de frustración de la ejecución (artículo 258 bis CP), un nuevo supuesto consistente en hacer uso, sin estar autorizados para ello, de bienes embargados por autoridad pública que hubieren sido constituidos en depósito. Dicho precepto se aplica incluso, en ausencia de perjuicio, y con independencia de quién sea el sujeto activo.

Por su parte, cuando el autor del uso fuere el depositario o administrador judicialmente designado, podrá ser aplicable el delito de malversación impropia del artículo 435.3.º CP, con relación al artículo 432.1 CP, siempre que del uso resulte un perjuicio patrimonial, al poseer mayor pena que el artículo 258 bis CP y prever éste su aplicación para el exclusivo caso de que la conducta no pudiera ser sancionada por mayor pena en virtud de otro precepto del Código.

En aras a concluir con el análisis de este delito, es preciso aludir que la nueva configuración de las conductas de malversación propia no reduce el ámbito de aplicación de la malversación impropia del artículo 435.3.º CP. Podría pensarse que como el nuevo delito de administración desleal al que se remite el artículo 432.1 CP opera sólo sobre patrimonios ajenos, por tanto, la puesta en relación del artículo 435.3.º CP respecto del artículo 432 CP excluye a los propietarios de los bienes embargados por la autoridad.

Sin embargo, la reforma no ha despenalizado la malversación del propietario depositario o administrador de sus bienes embargados. El objeto material del delito de malversación está referido expresamente en el propio artículo 432 CP como el «patrimonio público». Lo que hace el artículo 435.3.º CP es extender este concepto, incluso al propio patrimonio que, por tanto, no tiene necesariamente que ser ajeno, siempre que se den las circunstancias reflejadas en el precepto y las garantías que actualmente viene exigiendo la jurisprudencia, en cuanto a la debida formalización del depósito, aceptación e información del cargo y de las responsabilidades asumidas, etc.

Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero

Jesús Agustín Pueyo Rodero

Magistrado. Audiencia Provincial de Bizkaia

Sumario: I. Introducción: la voluntad del legislador. II. Novedades (adicionales) de la reforma. III. La conducta típica. Plano objetivo. IV. Sujeto pasivo. Objeto material y resultado. V. Tipo subjetivo. VI. Concurso con la apropiación indebida de dinero. 1. La solución previa. Jurisprudencia y doctrina. 2. Evolución posterior. 3. Última jurisprudencia. 4. Toma de postura ante la nueva regulación. VII. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo aborda algunas cuestiones problemáticas en torno al nuevo delito de administración desleal. En concreto, se centra en la conducta típica del mismo y sus relaciones concursales con el tipo penal de apropiación indebida de dinero. Para ello, se presta especial atención a los pronunciamientos jurisprudenciales habidos en esta materia, partiendo de los inmediatamente anteriores y posteriores a la adaptación del Código penal de 1995, hasta llegar a las más recientes sentencias emanadas del Tribunal Supremo en esta materia.

Palabras clave: administración desleal, gestión desleal, patrimonios separados, distracción, dinero, apropiación, concurso de delitos.

I. Introducción: la voluntad del legislador

Habida cuenta del exhaustivo trabajo de Abraham Castro sobre el delito de administración desleal, la apropiación indebida y la malver-

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 75-93

sación de caudales públicos, como consecuencia de la reforma del CP operada por la LO 1/ 2015, me voy a limitar a realizar —como ya hice en 2002, tras el asesinato de nuestro querido José Mari¹— una aproximación a algunos de los problemas que plantea el nuevo delito patrimonial de administración desleal (art. 252 CP), especialmente, en lo relativo a la conducta típica y a su relación con el delito de apropiación indebida.

Con la finalidad de ofrecer un tratamiento punitivo específico a la gestión desleal de patrimonios ajenos, el Código penal de 1995 tipificó, por primera vez en nuestro derecho positivo, un nuevo delito de administración desleal (art. 295), si bien restringido al ámbito societario, planteándose, a partir de este momento, distintas cuestiones relativas a las relaciones concursales con el delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción de dinero, lo que dio lugar a una interesante polémica doctrinal en relación con la jurisprudencia, que ya había considerado, incluso con anterioridad a 1995, que la acción típica del delito de apropiación indebida era doble, la propia de apropiación estrictamente dicha, y la distracción, entendida como dar al dinero o bien recibido un destino diferente al pactado, de modo que el nuevo art. 295 no sustituía, sino que complementaba a esta figura de apropiación impropia.

Ya en el citado trabajo, haciéndome eco del sentir mayoritario de la doctrina penal, aventuré que el art. 295 del Código de 1995, debido a sus complejas interferencias con el delito de apropiación indebida de dinero, art. 252 CP, aconsejaba una reforma legislativa que debiera regular, de modo general, la administración desleal de todo patrimonio separado (societario o no) y, al mismo tiempo, establecer un tipo agravado cuando dicha conducta se produjera en el ámbito societario².

Pues bien, a dicho propósito se endereza la reforma del Código operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en cuya exposición de motivos, apartado XV, encontramos las claves de la misma:

- 1.^a A nivel sistemático, la reforma, para dar una regulación moderna y acorde con las distintas legislaciones europeas, elimina el delito societario del art. 295 CP y lo traslada y amplía al art. 253 CP, ubicado entre las defraudaciones, Cap. VI del Tít. XIII, disociando

¹ A quien tengo en la memoria, porque como dice Isabel Allende, «La muerte no existe. La gente solo se muere cuando la olvidan. Si puedes recordarme siempre estaré contigo».

² PUEYO RODERO, J.A., «Aproximación al delito societario de administración desleal», en ECHANO BASALDUA, J.I. (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto. Bilbao, 2002, pp. 495-511.

la antigua sección 2.^a, prevista únicamente para la apropiación indebida, en dos, una titulada «de la administración desleal», y la otra «de la apropiación indebida», y ello porque, en realidad, es un delito patrimonial que puede tener como sujeto pasivo a cualquier persona.

- 2.^a En el plano del bien jurídico, en relación con la acción típica, la Exposición Motivos incide en que esa visión patrimonial del tipo está ínsita en su propia naturaleza, pues «intenta proteger el patrimonio en general, de todo aquel que siendo una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardándose así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado». Debemos subrayar las palabras disposición y extralimitación, ya que son claves para ofrecer una interpretación auténtica, del propio legislador, de la conducta típica, esencial para solucionar problemas relativos a la (no) tipicidad de las conductas omisivas y a los solapamientos con la apropiación indebida. En consecuencia, cabría sintetizar que, mientras en la apropiación indebida el bien jurídico lo constituye la propiedad sobre cosas muebles no fungibles, el patrimonio en sentido estático, como señala la reciente jurisprudencia, la administración desleal protege el patrimonio del principal, o determinados aspectos del mismo, hacia el futuro, el patrimonio en sentido dinámico. Aprovecharé para discrepar de quienes pretenden otorgar al patrimonio un sesgo personal o de frustración del fin, ya que ni la Exposición de Motivos, ni la letra de la ley, ni su ubicación sistemática dan pie para ello, a lo que se une que la referencia a tal concepción en el borrador de preámbulo ha sido desechada en el actual texto de la Exposición de Motivos³.
- 3.^a La reforma pretende, además, delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Y utiliza una fórmula descriptiva aparentemente sencilla, aun-

³ GILI PASCUAL, A., «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 755-781.

que después veremos que la letra de la ley no siempre encaja plenamente con la *voluntas legislatoris*. Así, la apropiación indebida, en sentido propio, partiendo de una quiebra de los deberes de confianza con el propietario, consistirá en incorporar a su patrimonio o ejercer facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, de modo que queda fuera de la misma la administración desleal por distracción de dinero. Por el contrario, la administración desleal la comete quien recibe, como administrador, facultades de disposición de dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles (de las que adquiere la propiedad de las mismas), y no devuelve otro tanto de la misma calidad y especie, sino que realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando el patrimonio administrado (distracción del dinero). La alusión a lo previsto en los arts. 1740, 1753 y ss. CC sobre el contrato de préstamo simple y el comodato, así como al art. 309 del Código de Comercio sobre el depósito mercantil, resulta evidente.

- 4.^a Lógicamente, se adecuan a las nuevas formas típicas de administración desleal y apropiación indebida, las conductas típicas del delito de malversación de caudales públicos, ofreciendo una adecuada coordinación del tipo objetivo, sin perjuicio de las peculiaridades en el objeto material, fondos públicos, y del sujeto activo, funcionarios (a salvo las especificidades de la malversación impropia).

II. Novedades (adicionales) de la reforma

Con carácter general podemos aludir a las siguientes:

- 1.^a En el plano procesal, el traslado de los delitos societarios al capítulo de las defraudaciones determina que no sea aplicable la condición de procedibilidad de la denuncia previa, prevista en el art. 296 CP, para los primeros.
- 2.^a En el plano sustantivo, la descripción de la administración desleal y, en particular, de su estructura típica se simplifica, acaso excesivamente, como veremos más adelante, con previsibles defectos de taxatividad.
- 3.^a Respecto de la apropiación indebida, procede destacar que en cuanto a la acción típica se elimina la modalidad de distracción; en cuanto al objeto material se mantiene el dinero y se supri-

men los activos patrimoniales, lo que determina la exclusión de los bienes inmuebles; y en cuanto a los títulos jurídicos que producen obligación de entregar o devolver, se elimina la administración y se incluye la custodia, modificación esta última un tanto inútil, ya que ya se hallaba incluida en la fórmula abierta citada.

- 4.^a Penalidad. Se produce una equiparación absoluta de penas entre uno y otro delito, pues tanto el art. 252 CP como el 253 se remiten a las penas del tipo básico (art. 249 CP) y de los agravados (art. 250 CP) del delito de estafa, lo que, por un lado, desactiva gran parte de las consecuencias derivadas de la problemática y polémicas doctrinales sobre las relaciones concursales entre ambos delitos, aunque, por otro, procede resaltar que algunos de los subtipos agravados no serán aplicables a la administración desleal; uno de ellos, el abuso de relaciones personales por ser inherente (art. 67 CP), y otros dos, abuso de firma de otro o sustracción de protocolo... y estafa procesal, por ser propias del delito de estafa.
- 5.^a La reforma operada por la LO 1/2015 suprime todas las faltas, aunque muchas de ellas se reconducen normativamente como delitos leves, en particular, para los de apropiación indebida y de administración desleal (que no tenía una falta correlativa), se mantiene la cuantía de 400 euros como límite entre el delito grave y el leve.

III. La conducta típica

Con respecto al ya derogado art. 295 CP el nuevo art. 252 CP supone una acusada simplificación del comportamiento típico, que afecta a todos los elementos objetivos y subjetivos del mismo.

- 1.º Nos encontramos ante un tipo de resultado lesivo, único, que, únicamente, cuenta con una modalidad de conducta, infringir facultades de administración (emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad, o asumidas mediante un negocio jurídico) de un patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas.
- 2.º Durante la tramitación parlamentaria ha sido eliminada del texto definitivo la modalidad de infidelidad (existente en el Derecho alemán cuya influencia en la reforma parece evidente), entendida como quebrantamiento del deber de velar por los intere-

ses patrimoniales ajenos, que causaba un perjuicio, sin ánimo de lucro, lo cual es positivo, ya que extendía desmesuradamente el ámbito de lo criminalmente reprochable y podía dar lugar a resultados desproporcionados⁴.

- 3.º La nuclear conducta típica es el abuso de las funciones de administración, similar a la del antiguo art. 295 CP, pero se eliminan las modalidades del mismo (disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad; contracción de obligaciones a cargo de ésta; las cuales entrarán sin problema en la actual acción típica), lo cual puede causar en el futuro graves problemas de taxatividad que la jurisprudencia deberá afrontar. La propia Exposición de Motivos (apartado XV, párrafo 3.º *in fine*) describe el abuso como las extralimitaciones en el ejercicio de facultades de disposición, lo que debe conectarse con que un poco más adelante explique «que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, las infrinjan, excediéndose de las mismas», si bien en el párrafo 4.º alude a «actuaciones para las que no estaba autorizado».

Tal y como ya indiqué en 2002, el marco objetivo de actuación determina, lógicamente, que el sujeto actúe dentro del ámbito de las competencias que le han sido atribuidas, pues de lo contrario, no se podría hablar de abuso de funciones, lo que provoca, como consecuencia, que su comportamiento sea eficaz frente a terceros, al crear una apariencia de comportamiento legítimo y válido, a salvo, lógicamente de los supuestos de mala fe por parte de aquellos⁵.

Gallego Soler hace una interesante diferenciación con respecto a las facultades de administración: en las sociedades de capital el administrador viene legalmente obligado, art. 225 Ley de Sociedades de Capital, al cumplimiento de un deber genérico de lealtad, al desempeño de su cargo y a cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas al mismo, de modo que las facultades con respecto al patrimonio social son tan amplias como le permitan los estatutos societarios, generalmente de una gran amplitud, permitiéndose facultades de gravamen y disposición sobre la totalidad de aquel. En consecuencia el administrador de

⁴ PRECIADO DOMENECH, C. H., «La apropiación indebida», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2015, pp. 515-526.

⁵ PUEYO RODERO, J. A., «Aproximación al delito», cit. (n. 2), pp. 501-502

estas sociedades tendrá facultades de disposición sobre todo el patrimonio, tanto el activo como el pasivo, lo que le conduce a concluir que lo determinante, a efectos de tipicidad de la conducta, será, no si tenían o no facultades para la conducta que se enjuicia, sino el modo en que se han ejercitado.

Este razonamiento es discutible, ya que si, como a continuación señala, la esencia de la deslealtad es la vulneración de estos deberes extrapenales (legales, contractuales, judiciales; en realidad, en este ámbito, serían, sobre todo, los contractuales-estatutarios según su propio planteamiento) y, no tanto, la vulneración de las facultades de gestión⁶. No acierto a aventurar de qué modo pudieran infringirse aquellos deberes, que están expresamente previstos en el texto penal, sin exceder de las facultades de gestión, pues el precepto vincula directamente estas últimas con aquellas.

Por el contrario, continua este autor, en los restantes supuestos de administración patrimonial ajenos a las sociedades de capital, lo normal será que se tengan unas facultades de disposición concretadas y limitadas en el título habilitante de que se trate. Y, sobre la central cuestión de las facultades de disposición de dinero, bienes, valores, u otras cosas genéricas fungibles, el sujeto activo no viene obligado a devolver las mismas cosas sino otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC), por lo que no se podrá producir una apropiación indebida, sino una administración desleal, razonamiento totalmente coherente con el parágrafo 4.º y 6.º de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015. Creo, con todo, que este razonamiento sirve también para las sociedades de capital en las que el administrador distraiga fondos de la misma.

En consecuencia si queremos evitar problemas de falta de taxatividad del tipo penal, por la excesiva amplitud de la expresión «excederse en el ejercicio de facultades de administración», debemos excluir la infidelidad que esté desconectada de actos de disposición de bienes del principal y de actos de contracción de obligaciones, modalidades del antiguo 295 CP, que ofrecen un elemento interpretativo interesante, por su eminente significado de afección patrimonial y, así mismo, recordar las expresiones del legislador relativas a la disposición de bienes, con o sin apropiación, incorporando claro está la distracción como dar a un bien un destino distinto al pactado, y la extralimitación de las facultades de administración.

⁶ GALLEGO SOLER, J.A., en CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 880-891.

Al igual que en el antiguo art. 295 CP, nos encontramos ante actuaciones que desbordan los límites de las facultades de disposición del administrador y ante verbos típicos de naturaleza ontológicamente activa, lo que tiene consecuencias respecto de la admisibilidad de la comisión por omisión (art. 11 CP), ya que, encontrándonos ante un delito de resultado lesivo para el patrimonio administrado, parece evidente que, en la práctica, nos encontraremos ante conductas del administrador, como garante del patrimonio que administra, que infringiendo los deberes y obligaciones de su cargo (por ejemplo, dejando transcurrir el plazo para reclamar un crédito en favor de su principal, o no realizar una inversión factible y beneficiosa para aquel) causan un perjuicio patrimonial y típico a este último. Pero, de nuevo, nos encontraremos con el insalvable escollo que supone que, conforme al art. 11 CP, la conducta omisiva del resultado equivalga, según el sentido de la ley, a su causación. De modo que la modalidad de acción que significa o entraña el abuso, como desbordamiento de las obligaciones y facultades de administración, como exceso, no al defecto, insuficiencia o falta de ejercicio de aquellas, pues implica una conducta positiva activa a la que el no reclamar una deuda, o el no hacer una inversión rentable no puede equivaler según su sentido legal. Desde el prisma político-criminal hubiera sido necesario haber tipificado el defecto en el ejercicio de sus funciones de administración con causación de perjuicio, negativo, lucro cesante, al patrimonio administrado.

IV. Sujeto pasivo. Objeto material y resultado

Afortunadamente, con respecto al derogado art. 295 CP, ha sido eliminada esa disociación entre sujetos pasivos del delito (los socios, depositarios...) y de la acción, la sociedad, mero objeto material del delito, lo que podía comportar perniciosas consecuencias de atipicidad en el plano del resultado (en función de si el resultado lesivo alcanzaba a la sociedad sin alcanzar a las personas físicas) si bien la jurisprudencia posterior difuminó tal diferencia. De modo que, en el nuevo texto, el sujeto pasivo del delito es el titular, persona física o jurídica, del patrimonio administrado, y el objeto material es el patrimonio o algún elemento del mismo, sin más disquisiciones.

El resultado es el perjuicio patrimonial, que habrá de incluir, tanto el daño emergente, ya general, ya particular, como el lucro cesante o ganancia dejada de percibir, siempre que se den dos condicionantes: primero, que sea producido por una conducta activa,

conforme a lo expresado más arriba; segundo, que sea previsible y esperada conforme a la prueba que se practique. La eliminación de la expresión «causando directamente un perjuicio económicamente evaluable» no determina, necesariamente, prescindir de una determinación cuantitativa del perjuicio patrimonial, que no requiere ni el beneficio patrimonial del sujeto ni que actúe en búsqueda del mismo. Obsérvese, en este sentido, que la línea separadora del delito leve es, precisamente, que el perjuicio patrimonial exceda de 400 euros (en la apropiación indebida el importe de lo apropiado). Lógicamente, cabrá la tentativa cuando el sujeto se haya excedido de las facultades del cargo (acción peligrosa), pero no se produzca el perjuicio patrimonial por causas ajenas a su propio desistimiento (art. 16 CP).

V. Tipo subjetivo

Al haber eliminado del ya derogado art. 295 CP, las referencias a un elemento específico («en beneficio propio o de un tercero»), ánimo de lucro, se disipa el principal obstáculo para la admisión del dolo eventual, que debe abarcar el deber de custodia y la superación de los límites de sus facultades, así como el peligro de causar un perjuicio al patrimonio que maneja.

Ello pone en tela de juicio la problemática de los llamados «negocios de riesgo», en los que se compromete al patrimonio del principal a una operación de muy elevado nivel de fracaso. La cuestión cuenta con dos planos acusadamente interrelacionados: el objetivo, en el que se requiere la infracción extralimitadora de los deberes de un ordenado y diligente administrador, en el que operaran como elementos negativos de tipicidad la existencia de autorización del principal así como el respeto a los límites (legales, de la autoridad o contractuales) de su cargo y, en el plano subjetivo, el conocimiento suficiente, aun difuso, de tal desbordamiento, así como de su elevado peligro de perjuicio patrimonial.

Lo expuesto conduce a Gili Pascual, entre otros, a concluir que el tipo objetivo quedaría configurado como delito patrimonial, no de enriquecimiento, sino de daño, de modo que habría dificultades para alejarlos de los daños con abuso de confianza⁷.

⁷ GILI PASCUAL, A., «Administración desleal», cit. (n. 3), p. 776.

VI. Concurso con la apropiación indebida de dinero

Dejando de lado problemas concursales con otras figuras (estafa, malversación de caudales públicos, corrupción privada) el delito que ha suscitado, en las últimas décadas, mayor ámbito de interferencia con la administración desleal es el de apropiación indebida, en la modalidad de distracción de dinero, que, como cosa fungible, para la Exposición de Motivos y para gran parte de la doctrina queda con claridad fuera del ámbito típico de esta última, ya que, se entiende, que no cabe apropiación propiamente dicha, sino distracción del mismo, con obligación de entregar otro tanto de la misma especie y calidad, al igual que ocurriría con el resto de cosas fungibles. Sobre esta cuestión gravita la solución de la jurisprudencia inmediatamente anterior y posterior al CP de 1995, incardinando en la modalidad de distracción de la apropiación indebida la mayoría de estos supuestos, la búsqueda de un criterio diferenciador a partir de 2005, los planteamientos doctrinales y, una vez que contamos con una regulación general (no societaria) de la administración desleal de patrimonios separados, resulta interesante la exégesis que, en trance de retroactividad favorable, realizan la últimas sentencias emanadas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1. La solución jurisprudencial previa. Doctrina

La jurisprudencia inmediatamente anterior y posterior al CP de 1995, a partir de las sentencias de 7 de febrero, 7 y 14 de marzo de 1994, 1 de julio, 30 de octubre y 6 de diciembre de 1997, 26 de febrero de 1998 (caso «Argentia Trust») y 1995/2000, de 15 de diciembre, alcanza un nuevo entendimiento del delito de apropiación indebida en el sentido de que el tipo del art. 535 del CP de 1973, 252 del actual, alberga, yuxtapuestos, dos delitos independientes de distinta naturaleza: el delito de apropiación indebida, consistente en la apropiación de una cosa mueble (delito contra la propiedad); de otro lado, un delito de infidelidad en la administración de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción de dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio), del que la sentencia de 26 de febrero de 1998 señala las siguientes consideraciones:

- 1.^a Este tipo de infidelidad tiene la finalidad de proteger las relaciones internas existentes entre el titular del patrimonio administrado y el administrador.

- 2.^a La distracción sin razón alguna que la justifique consuma el delito, no siendo necesario el enriquecimiento del autor, bastando el perjuicio al patrimonio del sujeto administrado.
- 3.^a No es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los delitos de apropiación bastando con el dolo genérico consistente en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

A partir de lo expuesto y resuelto afirmativamente el dilema de si pueden ser subsumidas en el delito de apropiación indebida los actos de administración desleal o fraudulenta, la sentencia referida rechaza la tesis del recurrente que postula la aplicación del art. 295 CP y concluye que el viejo art. 535 CP (derogado) no ha sido sustituido por el nuevo 295 sino por el 252, pues el 295 ha venido a complementar a aquél, pero no ha venido a establecer un régimen sancionador más benévolo para los casos de distracción de dinero en el ámbito societario. Este argumento ha sido profundizado en la sentencia de 15 de febrero de 2000, en la que explica que el art. 252 y el 295 no se comportan como dos círculos concéntricos englobando el primero al segundo, pues el 295 no cumple con todos los requisitos del 252 entendido, como regla general, sino que se encuentran en relación de alternatividad cuya imagen es la de dos círculos secantes que tienen una zona común a ambos comportamientos, pero que también tienen zonas exclusivas en las que cada comportamiento solo satisface una previsión típica, no ambas: así en el art. 252 se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en el 295 comportamientos ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida, como la disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones. En consecuencia, el concurso de normas se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8. 4 CP optando por el precepto que impone la pena más grave, el art. 252 y no el 295, como pretendían los recurrentes en las dos últimas sentencias citadas, criterio seguido mayoritariamente por la doctrina.

Con todo, no faltaron autores que discreparon de esta doctrina legal que la consideraban sin sentido ante el texto del art. 295 CP de 1995, ofreciendo un punto de vista que resultará, en parte, incorporado a los textos de uno y otro delito en la reforma de la LO 1/2015 y del que se hacen eco sentencias recientes. Así, Bajo Fernández y Bacigalupo defendían que entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal hay una relación de subsidiariedad, siendo el art. 295 CP la norma subsidiaria y ello porque esta última nace para colmar una laguna existente entre el tradicional delito de apropiación

indebida y la responsabilidad extracontractual civil; de modo que la apropiación indebida, como norma principal, abarcará los supuestos en que la disposición, acto dominical por el que el sujeto se comporta como dueño, implica incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver con ánimo de no hacerlo, tanto en los casos en que se administren bienes de personas jurídicas o sociedades, como de las personas físicas. Sin embargo, la disposición de bienes del delito, subsidiario, de administración desleal comprende los supuestos en los que o no hay obligación de entregar/devolver, o, existiendo esta obligación, el sujeto actúa desde el principio con ánimo de entregar o devolver (uso ilícito no dominical) sólo en los casos en que se administran bienes de sociedades en sentido amplio⁸.

2. Evolución posterior

A partir de la STS 11 de mayo de 2015, seguida en otras posteriores, el principal criterio diferenciador se sitúa en si el administrador actuaba abusivamente, dentro o fuera del ejercicio de sus facultades. Si lo hacía abusando de las facultades que poseía o dentro de sus competencias, causando un perjuicio a la sociedad y a los socios a través de la disposición de bienes o contracción de obligaciones, se aplicaba el delito societario de administración desleal (exceso intensivo, porque actuaba dentro del perímetro de sus facultades). Pero si, careciendo de facultades de disposición, el sujeto actuaba fuera de los límites del título por el que poseía y gestionaba el bien, cometía un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, exceso extensivo, ya que desbordaba, por completo, el ámbito del título jurídico que le otorgaba la posesión y gestión del elemento patrimonial y le daba un destino diverso del permitido.

Otros criterios jurisprudenciales de distinción a tener en cuenta han sido el de atender a la temporalidad o carácter definitivo de la distracción, de modo que si no existe ánimo de hacer la cosa como propia, *animus rem sibi habendi*, existe administración desleal, y apropiación indebida en caso de existir dicho ánimo y no posibilidad de devolver o entregar la cosa, que recuerda a la teoría de los usos temporales lícitos en los que al haber tal posibilidad, no cabrá apropiación indebida, criterio más que discutible en lo que se refiere a la distracción de dinero.

⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 604-605 y 608-610.

3. Última jurisprudencia

A partir de junio de 2015 y a lo largo de 2016, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado múltiples sentencias, en las que —en la casi totalidad de supuestos— frente a recursos en los que los condenados por un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, esgrimen que la recepción de fondos para un fin determinado habría quedado despenalizada como consecuencia de la reforma, ya que el dinero, como tal, no puede ser objeto del delito de apropiación indebida, por lo que, en todo caso, deberían pensarse conforme al delito de administración desleal (con pena inferior), de existir acusación respecto de ella. A lo que el Tribunal Supremo responde, de modo reiterado, que la jurisprudencia sigue manteniendo la tipicidad de estas conductas conforme a la modalidad de distracción del antiguo art. 252 CP⁹.

Algunos, en realidad la mayoría, de los razonamientos utilizados revelan la influencia del tradicional planteamiento sobre la distracción de dinero como apropiación indebida y la influencia de elementos exógenos a la propia relación actual entre los dos tipos en concurso para la solución ofrecida.

La STS 433/2015 de 2 de julio (Pte. Granados Pérez) reconoce —de modo muy similar a la de 11 de mayo de 2015— que la doble dimen-

⁹ STS 163/2016, de 2 de marzo, señala: «Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (Pte. Sr. José Pedro, conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (Pte. Sr. Agustín, apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (Pte. Sr. Claudio, apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (Pte. Sr. Fulgencio, apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio (Pte. Sr. Luis, apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre (Pte. Don Luis, apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (Pte. Sr. Teodulfo, apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre (Pte. Don José Pedro, apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (Pte. Don Luis, apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (Pte. Sr. Pedro Jesús, apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (Pte. Don Teodulfo, apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (Pte. Sr. Celestino, apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero (Pte. Don Luis, apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (Pte. Don Celestino, apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc».

sión sobre la apropiación indebida, respecto de la distracción de dinero, puede provocar confusión, ya que «contamos, por un lado, con una administración desleal genérica en el art. 252 CP y, por otro, la administración desleal societaria prevista en el art. 295 CP». Pero con la reforma se resuelve el problema de diferenciación, superando el criterio de los círculos secantes —criterio de alternatividad, que resuelve conforme al delito que tuviera pena mayor (art. 8.4 CP)— y sustituyéndolo por el criterio de si la actuación delictiva se realiza o no dentro de las facultades del administrador, en definitiva, de la clase de exceso, extensivo en la apropiación indebida e intensivo en la administración desleal,

El resto de criterios aludidos en esta sentencia son asumidos en otras muchas posteriores, pero ninguno de ellos resulta especialmente clarificador.

Respecto del criterio del objeto indica:

«Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de la sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador.

No parece que este criterio clarifique la cuestión, no desde luego desde el prisma del objeto que analiza para la apropiación indebida pero no para la administración desleal».

Atendiendo al ánimo de apropiación o de incumplimiento definitivo de la apropiación la citada sentencia añade:

«... en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP».

La finalidad de aclarar la cuestión no parece que se alcance plenamente, ya que el forzamiento del significado tradicional de los verbos apropiarse y distraer, para evitar aplicar a los hechos la figura, menos penada, de la administración desleal, parece oscurecer más la solución. A continuación se describe el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido.

«Mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador».

Finalmente elige como criterio de distinción el de si existe o no apropiación definitiva, si hay o no expropiación del objeto:

«Estimamos que debe acogerse la concepción expresada en esta última resolución (STS 462/2009, 12 de mayo), en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP».

La STS 719/2015, de 10 de noviembre, insiste en que comete apropiación indebida el administrador que dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó y comete administración desleal si dándole un destino diferente al que tenía, sin ánimo de disponer de modo definitivo, cuenta con un retorno que después no se produce.

La STS 163/2016, de 2 de marzo (Pte. Conde-Pumpido), reconoce que una de las razones para mantener la aplicación retroactiva de la tipicidad de la apropiación indebida de dinero, estriba en las dificultades para aplicar retroactivamente el actual delito de administración desleal, si no ha habido acusación y defensa en el procedimiento, lo que es comprensible desde el prisma de la defensa de los derechos del acusado, pero revela que existen elementos exógenos (procesales) a la propia interpretación e interrelación entre los tipos de uno y otro delito. Insiste en que la reforma es coherente con la reciente doctrina jurisprudencial que diferencia entre la apropiación indebida y la administración desleal en el carácter definitivo de la disposición, aludiendo de nuevo al criterio ya expresado en otras sentencias anteriores de la superación del «punto de no retorno, es decir que se constate que se haya alcanzado un momento en el que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución»; y ofrece, además, un argumento legal de peso, cual es que mantiene específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art. 253 CP, que no es en absoluto despreciable, pero que demanda ser puesto en conexión con otros elementos de interpretación.

La STS 474/2016, de 2 de junio (Pte. Jorge Barreiro), admite y parte de la extrema fungibilidad del dinero en el que la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan, así como que la apropiación de dinero es normalmente distracción, es decir dar a lo recibido un destino distinto al pactado, pero insiste, de nuevo, en la jurisprudencia anterior en cuanto que, de los diversos criterios diferenciadores, atiende a lo que califica el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico, de modo que el art. 295 CP, abarca actos dispositivos abusivos de bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver que, en caso de producirse, conlleva mayor menoscabo del bien jurídico y constituye delito de apropiación indebida.

Como se ve, en el fondo, de nuevo subyace el criterio de la alternatividad o de la mayor gravedad de una conducta respecto de otra, de hecho en el párrafo siguiente se alude a la necesidad de sustentar con parámetros más acordes con la justicia material la diferencia punitiva entre ambos preceptos; de nuevo nos encontramos con un criterio comprensible pero que no podrá ser utilizado en el nuevo texto ante la igualdad de penas establecida para un delito y otro.

La STS 683/2016, de 26 de julio (Pte. Ferrer García), admite que la reforma ha excluido del ámbito de la apropiación indebida la adminis-

tración desleal por distracción de dinero, pero mantiene la aplicación de aquella cuando el sujeto activo se apropia, para sí o para otro, del dinero recibido por un título que produzca obligación de entregar o devolver, lo que, técnicamente, también existiría en las conductas de distracción, pues si al dinero recibido no se le da el destino pactado, el receptor deberá reintegrarlo a su titular.

Finalmente, a título ejemplificativo, en la misma línea que las anteriores, citaremos las SSTs 719/2015, de 10 de noviembre (Pte. Sánchez Melgar), 474/2016, de 2 de junio (Pte. Jorge Barreiro) y 627/2016, de 13 de julio (Pte. Del Moral García), que insisten en el criterio de la apropiación definitiva y de que el dinero se sigue manteniendo como objeto de la apropiación indebida, con el siguiente razonamiento:

«Compartimos pues la conclusión de la ya citada STS 163/2016 según la cual “En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253”».

4. *Toma de postura ante la nueva regulación*

Para ello es forzoso partir del significado de la distracción (dar a una cosa un destino diferente al pactado), así como de la naturaleza del dinero como cosa fungible cuyo traspaso a través de los signos representativos del mismo, determina su propiedad, siendo absolutamente anecdóticos los supuestos de la realidad económica en los que los signos que lo representan, adquieren especificidad que los hacen insustituibles.

A partir de aquí y recordando la sencilla, pero terminante, Exposición de Motivos de la reforma, partiendo de los siguientes presupes-

tos indiscutibles: (1) Si se ha eliminado expresamente la administración como título jurídico nominativo del delito de la apropiación indebida, (2) que, correlativamente, se crea un delito, precedente, de administración desleal de carácter patrimonial, (3) si, además, se elimina, como modalidad de comisión de la apropiación indebida, la distracción, (4) y, a todo ello, en convergencia ontológica, se une un elemento de la legislación civil precedente, que se mantiene ahora, como es que el dinero, entre otras cosas fungibles, transmite la propiedad a través de su entrega, que en contratos civiles como el préstamo y el comodato se traduce en la entrega de otro tanto (no del mismo dinero, sino del equivalente) de la misma especie y calidad; la conclusión, lógica e inevitable, a la que llegamos, es que, aún en supuestos en los que el administrador distrae y se apropia del dinero recibido en el marco de la gestión del patrimonio (social o personal) ajeno, aún con un destino concreto, sin las ataduras de la diferencia de pena entre un delito y otro; comete administración desleal, porque el verdadero desvalor de acción, el núcleo típico del injusto, estriba en la deslealtad para con su principal, por no haber destinado el dinero recibido para el fin patrimonial previsto o pactado, de modo que el hecho posterior de si es capaz o no de devolver o de regresarlo al patrimonio del principal, si hay punto de retorno o no, afecta a la fase de agotamiento del delito, pero no a su consumación.

En este sentido, las diversas sentencias anotadas (insistiendo en el argumento de que cuando se da al dinero recibido un destino diferente al pactado, sin ánimo de disponer de forma definitiva, porque no cuenta con un retorno que no se produce, existe apropiación indebida) están designando, en realidad, a la capacidad de devolución del sujeto, y están subyacentes, también, problemas de prueba, de modo que, sea o no la intención del sujeto, la restitución o no del equivalente al dinero recibido, nunca o casi nunca del mismo, el alto tribunal infiere el ánimo de apropiación, sustancialmente, del hecho de que no haya devuelto una cantidad equivalente a la recibida. Con este razonamiento se está haciendo tránsito hacia los delitos de insolvencia punible, porque, si uno recibe unos fondos para un determinado fin y les da otro distinto, incumple el deber de lealtad, abusa de su cargo y de sus facultades que ha utilizado para un fin distinto del concedido, que provoca un perjuicio en el patrimonio del principal, siendo un hecho posterior a la consumación que tenga o no capacidad patrimonial para reponer o no los fondos recibidos o manejados, que afecta, en definitiva, a otro bien jurídico, más propio de las insolvencias punibles, la capacidad patrimonial del deudor para hacer frente a sus créditos vencidos y exigibles o de previsible exigibilidad.

Es cierto que el art. 253 CP, tal y como la jurisprudencia reciente alude al dinero como objeto susceptible de la apropiación indebida, y que, además, ha mantenido la figura abierta de títulos jurídicos que producen obligación de devolver o entregar la cosa, entre los que, literalmente, se encontraría la administración de dinerario, pero se debe hacer una interpretación lógica y sistemática con el nuevo precepto patrimonial, inmediatamente anterior, que incorpora, expresamente, que traspasa conscientemente, de un tipo delictivo a otro, la condición del sujeto activo que designa, inevitablemente, las facultades a exceder (administración); que elimina la distracción como conducta típica de la apropiación indebida que encaja, fácilmente, en la amplia conducta de la administración desleal que el legislador manifiesta paladinamente su traspaso, por todo lo cual no creo que exista elemento alguno para la duda.

VII. Valoración final

Con carácter general, considero que la reforma del código, merece una crítica positiva en cuanto aborda con una perspectiva global la gestión desleal de patrimonios, ya correspondan a personas jurídicas, ya a personas físicas, así como la decidida y adecuada delimitación respecto de las conductas de apropiación indebida, especialmente en el punto candente de la distracción de dinero.

Asimismo, considero positivo para la seguridad jurídica la simplificación de la descripción típica del nuevo delito de administración desleal, en cuanto a los sujetos, al elemento subjetivo y a la estructura típica, si bien la acción nuclear está descrita de un modo tan amplio que pudiera provocar en el futuro problemas de legalidad y de concreción típica, que el intérprete deberá evitar.

Es inevitable hacer una mención negativa a la falta de previsión de la posibilidad de la comisión por omisión, así como a la ausencia de un tipo agravado de administración desleal en el ámbito societario.

Finalmente, creo que las modificaciones de la conducta típica y de las facultades del sujeto activo entre administración desleal y apropiación indebida, de la que se ha sacado intencionadamente la distracción de dinero, y la expresa voluntad del legislador en la citada Exposición de Motivos, deberían provocar, en el futuro, que la jurisprudencia explore y halle otros criterios de distinción entre uno y otro delito diversos a los actuales, lastrados, lógicamente, por la regulación anterior y por las limitaciones inherentes al principio acusatorio y derechos procesales de los recurrentes.

Los delitos relacionados con la gestión del patrimonio público

Carmen Adán del Río

Fiscal Jefe. Fiscalía Provincial de Bizkaia

Sumario: I. Introducción. II. Características generales de la reforma. III. Modificación de tipos penales. 1. Nueva regulación de los delitos de malversación. a) Respetto de las modalidades de conducta. b) Cambio del término «caudales públicos» por «patrimonio público». c) La autoría del delito. d) Ánimo de lucro. e) Respetto de las malversaciones impropias. f) Reparación y colaboración como fundamento de atenuación de la pena. 2. La nueva regulación del art. 438.

Resumen: La LO 1/2015 de 30 de marzo, con vigencia desde el 1/7/2015, ha introducido modificaciones en el Código Penal, en artículos donde, hasta la fecha y dentro del título de los delitos contra la Administración, se ubican algunas de las figuras delictivas más relacionadas con la gestión del patrimonio público, en concreto los artículos 432 a 442 de dicho texto legal. Es significativo que la reforma haya mantenido estos, y muy especialmente los delitos de malversación, dentro de los delitos contra la Administración, a pesar de voces autorizadas en contra, por lo que supone de posicionamiento del legislador, no por reiterado, menos necesario, de atribución a los delitos contra el patrimonio público de un significado mucho más amplio que el puramente patrimonial.

Palabras clave: delitos contra la administración pública, malversación, administración desleal, abuso del cargo, patrimonio público.

I. Introducción

Aunque el número de delitos que afectan al patrimonio público, es mucho mayor que el ámbito de los delitos contra la Administración, las

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 95-114

piedras angulares sobre los que se construyen gran parte de los pronunciamientos jurisprudenciales de lesión de patrimonio público, son los delitos de prevaricación y malversación. En esa medida, los cambios realizados respecto a este último, pueden tener de futuro, por influjo o desarrollo de las figuras delictivas de gestión de patrimonio privado a las que se remite, un impacto mayor del esperado, siempre que la jurisprudencia recoja el testigo que hoy parece lanzar el legislador.

II. Características generales de la reforma

La intención declarada del legislador ha sido reforzar la punición de los llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública, partiendo de la premisa, nunca suficientemente demostrada, de que mayor punición genera mayor protección. Con esa finalidad:

- 1.º Se elevan las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público (el que se tiene en el momento de la comisión del delito), en los delitos de prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, entre otros.
- 2.º Consecuencia directa de lo anterior, es que se produce una ampliación de los plazos de prescripción, en aquellos supuestos más graves en los que se ha previsto que la inhabilitación tenga una duración máxima de al menos diez años.
- 3.º Respecto a las penas privativas de libertad, es cierto de inicio mensaje de agravación general, puesto que acciones de desvío pasan a tener una pena mayor al ser unificadas todas las que conforman el tipo penal. Pero también hay algunos concretos tipos penales, en los cuales la unificación ha dado lugar a una rebaja en el tramo inicial. Por ejemplo, el límite básico actual de dos años para los delitos de malversación, excluye alguna de las antiguas modalidades, que tenían como premisa inicial de pena tres años de privación de libertad.
- 4.º En los supuestos más graves, junto a la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se añade la imposición obligada de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Dicha imposición, evita los supuestos en los cuales la condena por delito, no impedía la vuelta a la gestión del patrimonio público durante el tiempo de

la condena, mediante la participación en elecciones municipales o de otro ámbito, efecto que lógicamente debía evitarse.

- 5.º Se prevé expresamente en estos concretos delitos que la libertad condicional, se relacione con la satisfacción por el penado de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración. A estos efectos, conviene recordar, sin embargo, que el artículo 72.5 de la Ley General Penitenciaria, tras la modificación efectuada por LO 7/2003, de 30 de junio, recogía ya la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al régimen de libertad condicional, en todo tipo de delitos, pero específicamente en los delitos contra la Administración Pública entre otros expresamente señalados.¹ Pero, precisamente por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, se ha producido un cambio relevante en la libertad condicional, que pasa de ser una de las fases del tratamiento penitenciario, a convertirse en una modalidad de suspensión de la pena, por lo que, en su caso, de proceder el cumplimiento, ese tiempo en libertad condicional, no podría ser considerado como equivalente a tiempo de cumplimiento.

Al respecto, pueden igualmente traerse a colación las reflexiones de diferentes Memorias de la Fiscalía, sobre el alcance de la exigencia legal de abono de la responsabilidad civil en ámbito de tratamiento penitenciario, por cuanto, sus conclusiones pueden ser válidas como criterio interpretativo para lo que dispone el legislador. Así, por ejemplo, la Memoria de la Fiscalía de Bizkaia, en el apartado redactado por la sección de Vigilancia Penitenciaria, expone, que esta exigencia legal «...debe entenderse referida a que el interno tenga posibilidad efectiva de hacer frente a la responsabilidad civil, por lo que habrá de estarse a la situación económica real del penado en cada momento, debiendo entenderse cumplida esa exigencia si el penado acredita el serio esfuerzo y real voluntad de cumplimiento, por lo que se debería admitir el abono fraccionado de la suma a la que hubiera sido condenado. En los supuestos de insolvencia, declarada ésta, ello no debe impedir, por sí solo, la libertad condicional».

¹ Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores y contra el patrimonio y orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

6.º Finalmente, como cláusula de cierre y auténtica manifestación de la intención del legislador para demostrar la gravedad que atribuye a estas acciones, se establece una disposición común a todos los delitos contra la administración, en el artículo 445 CP, según la cual, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados. La aplicación real de esta disposición, exigirá un esfuerzo de compromiso en las denuncias y en la investigación, que requeriría un mayor número de medidas como las que se mencionarán posteriormente.

III. **Modificación de tipos penales**

1. *Nueva regulación de los delitos de malversación*

Se admite ya en varios comentarios a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, que la misma, al reformar los delitos de apropiación indebida y administración desleal del patrimonio privado, ha intentado fijar legalmente los contornos de lo que jurisprudencial y doctrinalmente era objeto de polémica, esto es, qué hechos se encuadraban en el delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP/95 y el delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95.² Al crearse este nuevo delito común de administración desleal de patrimonio ajeno en el nuevo art. 252 CP, se ha derogado, con cierta oposición doctrinal, el anterior delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP.

a) RESPECTO A LAS MODALIDADES DE CONDUCTA

Derivada de la modificación anterior, el legislador aborda una diferenciación similar de los delitos de malversación. Prescindiendo de las descripciones de acción tradicionales encontramos bajo la denominación genérica de malversación, dos únicas acciones, la de administra-

² La STS 163/2016, de 2 de marzo, señala que «en realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal)».

ción desleal cuando el patrimonio sea público (art. 432.1 CP). Y la de apropiación indebida cuando el patrimonio sea público (art. 432.2 CP).

Ello, en principio, no debiera impedir que sigan siendo delito de malversación, las acciones que tradicionalmente encajaban en los delitos de malversación, esto es, la sustracción de caudales públicos, la desviación a usos ajenos a la función pública y la utilización privada de bienes muebles o inmuebles públicos. Es obligado reconocer, que ya desde hace tiempo, en la práctica jurisprudencial, numerosas sentencias declaraban claramente que la malversación era una administración desleal o una apropiación indebida cualificada por el sujeto (funcionario público), pero fundamentalmente por su objeto, el patrimonio público. Esto es lo que en definitiva ha tenido en cuenta el legislador, llegando hasta el punto de reconocerlo en la propia Exposición de Motivos, al indicar que «la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos».

Reconociendo estos antecedentes y estas similitudes, e incluso un gran apoyo doctrinal a la nueva regulación, lo cierto es que las resoluciones del Tribunal Supremo emitidas a lo largo de este escaso tiempo de vigencia de la norma, refiriéndose a los cambios legislativos efectuados, inciden, en destacar, por un lado, que la nueva regulación de la administración desleal debe motivar a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación³, y por otro que es necesaria una cierta prudencia antes de afirmar una absoluta equiparación, sobre todo, porque pueden existir problemas no apreciados de inicio.

En este último sentido, una de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo que aborda la problemática de la regulación actual, aunque aplica la norma anterior por ser más beneficiosa, es la STS 797/2015, de 24 de marzo. En ella se recoge como hechos objeto de condena por malversación, la concesión irregular de una subvención pública por parte del Alcalde de una localidad, a una empresa tecnológica-sanitaria

³ STS 947/2016, de 15 de diciembre, aconseja un análisis del nuevo esquema legal. Por su parte, el legislador insiste que con la nueva regulación se incluyen en el delito de malversación los supuestos anteriores y otros supuestos de gestión desleal de fondos públicos. No aclara el legislador cuales pueden ser los nuevos, pero lo que es evidente es que los supuestos de hecho hasta ahora no contemplados, pueden venir de la propia jurisprudencia de los delitos de administración desleal cometida por particulares sobre el patrimonio particular, por lo que la evolución de estos de un modo u otro, habrá de ser tenida en cuenta.

para instalarse, mediante la adquisición de suelo. La Alcaldesa en concreto, otorgó la ayuda máxima improcedente permitiendo que un tercero recibiese indebidamente los caudales públicos que tenía a su cargo por razón de sus funciones.

Al tratar la nueva norma, el ponente considera que la modificación legal parece obedecer al mero mimetismo con la regulación alemana, cuando en realidad en dicho país, al no existir un delito de malversación los supuestos de hecho se resuelven por el delito de administración desleal. Desde esa perspectiva, plantea la duda, de si la mera remisión para interpretar la malversación al delito de administración desleal puede generar problemas interpretativos derivados de que no es totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público con el privado.

En realidad, las dos cuestiones fundamentales que la reforma de estos delitos por referencia a los de gestión del patrimonio privado, plantea, son:

- 1.^a Si pueden existir actuaciones que, no siendo lesivas en términos de delito para el patrimonio privado, pueden serlo si se realizan sobre el patrimonio público. Si la respuesta es negativa, la jurisprudencia que se genere de no consideración de un hecho lesivo como suficiente para pasar la barrera penal en el delito de administración desleal de patrimonio privado, puede operar como límite interpretativo, que impida su consideración como delito de malversación. La solución contraria, esto es que si puede ser reprochable penalmente una actuación en el patrimonio público que no lo es sobre el patrimonio privado supondría afirmar una mayor autonomía de los tipos penales, de la que sugiere la identidad de terminología utilizada.
- 2.^a Si todo lo que es sancionable como delito de apropiación indebida o administración desleal en patrimonio privado, ha de ser considerado delito de malversación, al efectuarse sobre el patrimonio público.

Para cualquier respuesta, resulta obligado tener en cuenta, que a diferencia de otras legislaciones, la nuestra opta claramente por mantener estos delitos en el ámbito de los delitos contra la Administración, delitos cometidos por quien ejerce o comparte función pública, sin acudir a un tipo penal común, (incluso en lo que hubiera sido posible, con una agravación específica por la consideración del objeto o el sujeto).

Como en otros muchos casos, la diferente ubicación, exige acudir al bien jurídico objeto de protección en cada título, y ello habrá de con-

vertirse en uno de los criterios que permitan distinguir los supuestos delictivos de los que no lo son. Por mucho que en una primera lectura las características puedan ser similares por razón de los términos utilizados, la malversación ha sido configurada doctrinalmente como un delito con un fuerte contenido patrimonial, pero en el que destaca siempre el correcto funcionamiento de la Administración pública y el deber específico de gestión del funcionario público. Y en el mismo sentido, desde la jurisprudencia más consolidada, se insiste que, en él, aunque predomina la tutela del bien jurídico del patrimonio de la Administración, se atiende también a la deslealtad del funcionario que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada⁴.

En el ámbito privado, las características o exigencias de la empresa o particular, no se refieren generalmente, a conceptos tan amplios como los usados en los delitos contra la Administración, donde no se trata solo de la quiebra de la confianza, sino que se incide en el concepto de «recto proceder en la Administración», y en la idea de un interés público superior basado en el recto funcionamiento de la Administración. Desde esa premisa, de lo que se trata no es tanto el determinar el perjuicio producido como el apartamiento consciente y deliberado de la correcta gestión del patrimonio.

En esta línea, algunos autores⁵ consideran los aspectos positivos de la reforma, dado que el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos no es solo la indemnidad del patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado u otros organismos públicos (es una constante la mención a la confianza en la recta y honesta gestión de caudales públicos). Se apoyan para ello, en que el Tribunal Supremo ha desarrollado (STS 600/2014, de 3 de septiembre) una línea de interpretación del delito de malversación como de prohibición de administrar deslealmente el patrimonio público, lo que incluiría la gestión con fines partidistas, distintos a sus fines o inconstitucionales. De ese modo, «un supuesto paradigmático de administración abusiva, sería el de la utilización de fondos de las Comunidades Autónomas para promover actuaciones inconstitucionales o dotarse de símbolos que vulneren la Constitución».

Serán los casos futuros, los que han de aclarar la identidad o autonomía entre los supuestos de administración desleal según se re-

⁴ STS 797/2015, de 24 de noviembre.

⁵ CADENA SERRANO, F. A., «Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015», ponencia en el curso dirigido a Fiscales «Novedades en delitos contra el patrimonio» (CEJ, 2016).

fieran al patrimonio público o privado, puesto que posiblemente una total identidad inicial dejaría huecos de protección del bien jurídico. Así, por ejemplo, podemos plantearnos la calificación que merece la venta de un bien público a un amigo, cuando la decisión de venta sí responde a las exigencias legales. En el sector público existe una normativa muy específica para la venta de bienes inmuebles o muebles que intenta impedir favorecimiento de terceros o actuaciones que son impropias de la gestión del patrimonio público. Según normativa básica, es posible para un determinado funcionario público acordar la salida de un bien mueble que se considere obsoleto, deteriorado, o percedero, siendo esa decisión equivalente a la desafección y no exigiéndose este procedimiento para ello. El primer elemento que hay que tener en cuenta es si la decisión de que el bien salga de la Administración es adecuada, puesto que, si no lo es, podemos entrar en otras figuras delictivas, pero si lo es, puesto que el bien, en todo caso, iba a salir de la Administración, pudiera pensarse que no hay perjuicio para la Administración como no lo habría para el particular. Es cierto que en muchos casos existen obligaciones de realizar la venta por subasta, con reglas que aseguren la objetividad, de forma que su falta puede obligar a plantear la prevaricación por falta del procedimiento adecuado. Pero en muchos casos, la normativa prevé la posibilidad de adjudicación directa de ese material informático, quirúrgico, o de otro tipo, en muchas ocasiones valioso etc., que se considera obsoleto, deteriorado, percedero, por lo que al proceder a la adjudicación directa no se conculcaría el procedimiento establecido. En el ámbito privado, el gestor que cumple el encargo general o decide la venta de un bien, pero elige a un amigo frente a un tercero que también lo quería, no parece que pueda considerarse autor de una gestión desleal, sobre todo si ambos pagan las mismas contraprestaciones por el bien. En cambio, en el sector público, esta adjudicación a amigos, si puede examinarse desde la perspectiva de que no se ha cumplido el destino o finalidad de todo bien público, quebrando la confianza del ciudadano en el recto funcionamiento de la Administración, lo que, en definitiva, lleva a plantear que el tipo penal debe incidir en que, gestión desleal del patrimonio público, es aquella en la que se han violentado los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, exigibles al funcionario público encargado de la misma.

El concepto de recto proceder o correcto funcionamiento de la actividad de la Administración, se encuentra circunscrito a la actividad patrimonial de la Administración. El criterio relevante es por tanto que lo malversado este destinado a alguno de los fines que tiene asignado el

Erario público⁶. Y esta premisa lo es, teniendo en cuenta, que no se trata de fijar unos límites cuantitativos que permitan considerar inocua (y por tanto fuera del ámbito penal) una acción que se refiere a una escasa cuantía, por cuanto esa acción puede ser analizada como un grave desvío del funcionamiento administrativo. Aunque es cierto que la cuantía o perjuicio existe en la nueva regulación, como criterio delimitador de la pena⁷, es fácil percibir casos graves de escasa cuantía, que por sus mismas características deben llevar aparejado el reproche penal. Así, se puede ver en sentencias como la que condena a la Alcaldesa que mandaba a los jardineros públicos a limpiar su jardín, donde la cuantía, no excesivamente relevante tuvo que inferirse del cómputo de horas no demasiado relevantes que al año no estuvieron en su trabajo, siendo así que el hecho suponía una lesión de importancia respecto a la confianza que el ciudadano debe tener en el correcto funcionamiento de la Administración. Es más, cabe preguntarse, si el pronunciamiento debe ser el mismo, si los jardineros no hubieran realizado el trabajo para la Alcaldesa en su horario laboral sino fuera de él, puesto que, en este caso no hay desvío del tiempo que han de dedicar a su trabajo, sino utilización por parte del funcionario público de recursos humanos fuera de su horario, aunque sin retribución por ello. Si entendemos que hay un exceso no penal, sancionable solo administrativamente, se daría la paradoja de que el uso de un vehículo, de un inmueble, entraría en el ámbito del delito, y la misma conducta de abuso respecto a servicios personales o profesionales en general quedaría fuera, razón por lo cual, una respuesta más homogénea exige tener en cuenta no solo el aspecto de perjuicio material efectivo, sino el de gestión abusiva del patrimonio público.

⁶ Es esta la razón por la cual en el caso de un policía que se apropia de la droga, la inicial condena de delito de malversación en concurso con el delito de tráfico de drogas, es cambiada por el Tribunal Supremo, en el sentido de dejar solo el delito agravado contra la salud pública, puesto que la sustancia estupefaciente sustraída iba a operar únicamente como pieza de convicción en la investigación y el enjuiciamiento de un delito, pero una vez que cumpliera esa función sería destruida previa la autorización judicial correspondiente, por lo que no se producía el menoscabo que justifica la aplicación del tipo penal del art. 432 CP.

⁷ El factor diferenciador a efectos de pena y de agravación, viene marcado por la cuantía. Hay agravación, en cuantías de más de 50.000 euros hasta 250.000 euros. Se atenúa si es menos de 4000 euros, con la pena de uno a dos años y multa. Ello, a diferencia de lo que ocurre con la administración desleal o apropiación indebida del patrimonio privado donde si no se exceden los 400 euros, la pena es de multa de uno a tres meses. Se ha querido ver en esta diferencia en una falta de coherencia del legislador, cuando en realidad, tiene un fundamento claro de mensaje en la línea de la Exposición Motivos, esto es, el patrimonio público es un interés considerado de mayor protección que el privado.

En el caso tratado en la STS 749/2008, de 24 de noviembre, donde se acusaba a un Director de Aeropuerto por malversación respecto a los fondos de Aena, se incide en la aplicación del dinero público a un fin indebido. Una de las modalidades de acción objeto de condena, fue recibir una cantidad para alquiler, y destinar la cantidad a abonar un préstamo hipotecario para comprar la vivienda, para lo cual se falseaba el contrato de alquiler. El funcionario público tenía derecho a esa cantidad de alquiler, por lo que se argumentaba por la defensa, que sin perjuicio del delito de falsedad, la malversación debía excluirse puesto que no había perjuicio para los fondos públicos ya que la cantidad hubiera salido necesariamente del patrimonio público para abonar los gastos derivados de su cargo, entre los que se encontraban que se sufragase el alquiler de la vivienda. La sentencia del Tribunal de Jurado y posteriormente el Tribunal Supremo consideró que se había producido un destino indebido de los fondos, porque se habían aplicado a un fin no autorizado como es el pago del préstamo hipotecario.

Más recientemente la STS 944/2016, de 15 de diciembre, entre los muy diferentes y graves hechos que recoge de malversación, considera acción relevante e individualizada de malversación, el pago de una matrícula de 30 euros, gastos de viaje por importe de 91 euros, una reparación de gas por importe de 37 euros, etc. Cabe preguntarse qué sucedería si hubieran sido acciones aisladas y no como en este caso, que son acciones que se examinan en una totalidad que finalmente genera la condena por delito continuado de malversación (Los hechos abarcaban en realidad, varios delitos, con contratación de personal arbitraria, obras injustificadas que no eran de mantenimiento o conservación de edificio, firma de convenios para entidades con fines ajenos a los públicos, etc.). A la luz de algunas resoluciones detectadas en procedimientos de jurado, la pregunta es si, estas pequeñas cantidades individualmente consideradas justificarían el procedimiento penal y la constitución del tribunal de jurado. Resulta bastante lógico que la respuesta no debiera darse nunca en clave de rentabilidad del proceso, sino de capacidad lesiva del hecho, no tanto por la cuantía, sino por lo que supone de lesión del correcto proceder en la gestión del patrimonio público. La sentencia incluye, como es lógico, que pagar la factura de reparación propia o de un tercero con dinero público es delito de malversación a pesar de su escasa cuantía. Si además tenemos en cuenta, que, en el caso de patrimonios particulares, las lesiones leves de aquellos, motivan diariamente la condena por delitos de diferentes características, esta simple comparación, permitiría la justificación del proce-

dimiento sin mayor argumento. Posiblemente la cuestión haya que debatirla de futuro, no como exclusión de respuesta penal, puesto que el hecho delictivo existe y los pronunciamientos jurisprudenciales son claros, sino en clave de prever procedimientos rápidos para este tipo de lesiones de menor cuantía, aunque se trate patrimonio público.

Como nuevo argumento de lo expuesto en párrafos anteriores, y puesto que se encuentra en la misma línea, ha de añadirse que la modificación legal, diferencia ahora claramente que la acción perjudique o dañe para elevar la pena, a diferencia de la anterior regulación, en la cual, se utilizaba ambos conceptos unidos como fundamento de la agravación⁸.

Independientemente de lo anterior, creo que no podemos abstraernos en la evolución de estos delitos, del desarrollo en el ámbito privado y público de un fenómeno, que, con diferentes denominaciones, incide en el concepto de buena gobernanza y correcto funcionamiento, bien de la empresa bien de la Administración. La progresiva consolidación de criterios de cumplimiento normativo⁹, en el ámbito privado, y la aparición de las Comisiones de transparencia en el ámbito público, pueden llegar a influir en fijar los contornos de los tipos penales, sobre todo en aquellos supuestos en los cuales puede existir discrepancia sobre su naturaleza.

En el apartado específico del patrimonio público, la mayor exigencia de transparencia en la gestión pública, se va concretando en numerosos códigos éticos y de buen gobierno de muy diferentes

⁸ A diferencia de los términos de los delitos patrimoniales, el legislador ha diferenciado en las agravaciones dos supuestos: el perjuicio y el daño del servicio público. De este modo, la agravación puede darse, con una cuantía pequeña, si es posible acreditar un grave daño o entorpecimiento del interés público. Matiz que viene en realidad a dar respuesta a la negativa de alguna sentencia del Tribunal Supremo a reconocer la agravación, precisamente porque el tipo penal empleaba la copulativa «y» entre ambos conceptos, no siendo posible por tanto considerarlos por separado. La STS 806/2014, de 23 de diciembre, en ese mismo sentido, refiere la doctrina que define el entorpecimiento del servicio, como concepto indeterminado excesivamente distorsionador, e indicaba precisamente que «parece claro que cuando se trata de una cantidad desmesurada el entorpecimiento del servicio sobreviene probablemente de forma inevitable, y también en sentido contrario, debe quedar excluido cuando la cantidad es nimia, pero en las cuantías ubicadas en una zona intermedia la incertidumbre interpretativa que se genera es, en cambio, muy difícil de solventar».

⁹ Aunque en buena medida ha sido propiciada por razón de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su implementación progresiva en grandes empresas que actuaban fuera de nuestras fronteras, iba ya marcando el terreno a otras de menor entidad.

instituciones públicas, así como creaciones de Comisiones de transparencia¹⁰ o de ética pública que no tienen como finalidad pronunciarse sobre la legalidad de una actuación administrativa concreta o de un cargo o funcionario público concreto, sino simplemente asegurar el cumplimiento del Código ético (generalmente de forma meramente declarativa y en muchos casos solo como compromiso político), pero, que en la medida que reconocen como objetivo velar por el cumplimiento de una cierta publicidad sin lesión de los derechos de los informantes o afectados, pueden contribuir a un conocimiento mayor de actividades y actuaciones que hasta la fecha quedaban en un ámbito más reservado¹¹. Incluso, avanzando en este planteamiento, y dado que estos códigos éticos no excluyen lo que es propio de cumplimiento de las normas y más las penales, sino que son una especie de plus de exigencia, tendremos que preguntarnos qué efecto puede tener sobre la convicción de un tribunal que una Comisión que haya conocido de un hecho objeto de debate procesal, no haya considerado ese hecho lesivo del Código ético, sino justificado. Obviamente el Derecho Penal no es deudor de un pronunciamiento de este tipo, aunque, en determinados casos, podrá desplegar cierta influencia en la consideración del hecho como lesivo.

b) CAMBIO DEL TÉRMINO «CAUDALES PÚBLICOS» POR «PATRIMONIO PÚBLICO»

El concepto de patrimonio público como diferente de los caudales o efectos públicos, venía gestándose desde el Código penal de 1995, con el cambio del *nomen* del capítulo, «De la malversación de caudales

¹⁰ Se pueden citar a título de ejemplo, la experiencia de la Comisión de Ética Pública en el País Vasco, pero en lo que a estas líneas afecta es interesante mencionar que en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, independientemente de la existencia del Servicio General de Inspección, competente para valorar de inicio si estamos ante una irregularidad administrativa sancionable o ante un hecho con relevancia penal, se ha creado el Comisionado de Transparencia, por Ley 3/2015, de cuatro de marzo, de Transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, al que la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, le atribuye necesariamente la recepción del resultado de las actuaciones derivadas de una denuncia de irregularidad en la gestión pública.

¹¹ Según MIR PUIG, C.: «Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 2013», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 65, 2013, pp. 205-250, afirma: «Sería interesante saber si determinadas prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción...».

públicos» a simplemente «De la malversación», puesto que el objeto material del delito no siempre eran caudales públicos. Paulatina y jurisprudencialmente se tenía en cuenta el concepto más amplio de patrimonio público.

Es relativamente frecuente que la naturaleza pública o privada de los efectos, sea uno de los elementos que se discuten en el debate procesal. La ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas ya marcaba conceptos sobre patrimonio público por su consideración de Administración, siendo en la actualidad la Ley del Sector Público¹², la norma de referencia. En ese cuestionamiento, se ha ido produciendo una cierta evolución en la inclusión en el tipo penal de los hechos que afectaban al patrimonio de las empresas públicas. No en todos los casos, puesto que Correos o Renfe eran comúnmente aceptados, pero si en aquellos otros no tan conocidos, pero de características similares. Resultó curioso en este sentido, que los medios de comunicación en 2014 se hicieron eco de una sentencia de 7 de octubre de ese año, afirmándose que con ella se había extendido el delito de malversación a las empresas y sociedades mercantiles. Los hechos afectaban a un Instituto de atención a discapacitados que fue objeto de malversación. La posición de la sentencia fue simplemente indicar que este Instituto era una sociedad instrumental de la Generalitat valenciana que no tenía finalidad comercial, sino que realizaba funciones públicas.

En realidad, la posición del Tribunal Supremo no era tan dispar de anteriores pronunciamientos, ya que a pesar del fenómeno de huida del Derecho Administrativo por parte de los entes públicos, a los efectos del delito, se hace una especie de levantamiento del velo, y lo que se ha examina es la procedencia pública del patrimonio de la empresa mercantil, los intereses de utilidad pública o interés general, el hecho de formar parte del sector público estatal y, concretamente, de la fiscalización por el Tribunal de Cuentas. Esta idea de protección a pesar de la huida del Derecho Administrativo del ente creado, ha evolucionado en algunos casos, hasta el punto de no considerar necesaria la participación exclusiva de la Administración, bastando con la participación mayoritaria (STS 166/2014, de 28 de febrero; caso Bitel).

¹² La Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público, señala expresamente que tienen la consideración de Administración Pública, no solo la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades de la Administración local, sino cualesquiera organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Planteado el supuesto de una entidad de naturaleza pública en liquidación y que previamente había tenido naturaleza privada, en concreto una Cámara de la Propiedad, la STS 944/2016, de 15 de diciembre, recoge argumentos de interés en este apartado. Estas Cámaras, en su día privadas y posteriormente Corporaciones de Derecho Público o corporaciones públicas de base privada, fueron legalmente suprimidas, declarándose la extinción de su personalidad jurídica y en liquidación. Ello, no presupone que recuperasen una personalidad jurídica privada que pudiera haber existido, sino que mantuvieron su capacidad jurídica pública puesto que el proceso de liquidación fue regulado, estableciéndose el régimen y destino del patrimonio y personal de aquella. Este pronunciamiento que en la sentencia opera también para la condena por delito de prevaricación, viene a reiterar la doctrina ya pacífica del Tribunal Supremo, sobre la naturaleza pública de los fondos. Doctrina que se sustenta en dos criterios, el de incorporación y el de destino, según lo cual no es necesario que los fondos se hayan incorporado formalmente a los fondos públicos, sino que se considera suficiente que se encuentren destinados a ingresar en aquellos y con ese fin hubieran sido recibidos por el funcionario. Y en lo que es aquí relevante, señala la sentencia: «... sin que el destino se trastoque por el hecho de que el uso (y solamente el uso) de parte de ese patrimonio, pudiera ser cedido a las entidades que se constituyeran para la defensa de los propietarios e inquilinos de fincas urbanas».

Siguiendo otros pronunciamientos al respecto, se incide también, en uno de los criterios diferenciadores utilizados, esto es, que una «muestra palpable de la naturaleza pública de los fondos resulta» de la competencia del Tribunal de Cuentas para determinar la responsabilidad contable derivada de esos fondos.

Por su interés, debiéramos añadir que, en este caso, la Audiencia había absuelto a un partícipe particular, a pesar de recoger en los hechos probados, que el mismo «había recibido en su cuenta y mediante transferencia la cantidad de 106.653 euros que incorporó a su patrimonio, conociendo su naturaleza pública y la ausencia de causa para ello». A este respecto, el TS confirma la absolución, al considerar que este dinero no se probó derivara de una orden concreta del otro acusado, por lo que no cabía participación del acusado en una parte de la acusación por malversación que no se había podido imputar al funcionario público. La sentencia acoge, sin embargo, el criterio alternativo que desde el Ministerio Fiscal se había planteado, por cuanto, el dinero había sido incorporado por el acusado a su patrimonio, sobre la base de que no existía título o razón de cobro alguno,

procediendo de una indebida entrega. Añade el Tribunal que las dudas que pudiera plantear la reforma de la LO 1/2015 sobre si queda fuera de la protección penal la apropiación del dinero, efectos y valores cuando no hay un quebranto del deber de custodia y se reciban sin título posesorio habilitante, han quedado ya resueltas por la STS 403/2015, de 19 de junio, en el sentido de que quedan incluidos en el artículo 254 actual, sin que pueda entenderse que hayan quedado posteriormente despenalizados.

c) LA AUTORÍA DEL DELITO

El Código ya no usa el concepto de «funcionario público que tuviera los caudales a su cargo por razón de sus funciones». La modificación efectuada, únicamente hace una remisión a los arts. 250 y 252 CP.

Nada debiera impedir, sin embargo, que todo el desarrollo jurisprudencial sobre el antiguo concepto (por el cual no se exigía permanencia sino participación), siga siendo el referente adecuado para determinar la autoría, del mismo modo que el art. 65.3 CP da las pautas necesarias para declarar la responsabilidad del tercero partícipe en el que no concurren los elementos inicialmente exigidos por el tipo penal.

Se mantiene en la nueva regulación que el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 CP o resultar asimilado a la condición de funcionario por la vía del art. 435 CP. Ahora bien, la jurisprudencia se refería siempre a la especial situación en que debe encontrarse el funcionario respecto al patrimonio público. Los artículos derogados exigían que los caudales o efectos públicos estuvieran «a su cargo por razón de sus funciones». Por la simple remisión a los artículos 250 o 252 CP, la única exigencia será la de dichos artículos, esto es, en el caso de la administración desleal, tener facultades encomendadas sobre esos bienes (bien por ley, encomendado por la autoridad o por negocio jurídico), o haberlos recibido en el caso de la apropiación indebida.

La jurisprudencia de la Sala Segunda ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido, refiriéndose también a las funciones efectivamente desempeñadas. A pesar de la referencia al art. 252 CP, lo lógico será, como se decía anteriormente, que la jurisprudencia continúe la línea indicada reiteradamente de interpretación flexible del concepto y aquel

funcionario que asuma determinadas funciones con habitualidad y realice los hechos del tipo penal, sea sujeto activo del delito. En realidad, las afirmaciones de muchas resoluciones, en el sentido de que lo determinante es tener capacidad de hecho¹³ de disponer de los bienes, aunque la normativa no atribuya al sujeto deberes específicos de custodia y administración, se compagina plenamente con la autoría de los administradores de hecho, que recogen los delitos de apropiación indebida y administración desleal de patrimonio privado.

d) ÁNIMO DE LUCRO

La actual regulación permite mantener la posición jurisprudencial clara referida al ánimo de lucro implícito. Ánimo de lucro que se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio. Ánimo que tampoco equivale al lucro personal, sino que se identifica con el ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, no necesariamente propio, sino también por referencia al beneficio de un tercero.

e) RESPECTO A LAS MALVERSACIONES IMPROPIAS

Dentro de las llamadas malversaciones impropias, la ley incluye como posible sujeto activo del delito de malversación (número 4 del artículo 435), a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores.

Los administradores concursales pueden ser autores de todos los delitos del capítulo (esto es, apropiación indebida, administración desleal, falseamiento de contabilidad, documentos o información, facilitar la información a terceros en perjuicio de la entidad...), aunque en todos los casos, es exigencia del tipo legal, que se cometan con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. Y se recoge expresamente, que los intereses de los acreedores se consideraran afectados, cuando de forma dolosa se altere el orden de pago de los créditos establecido en la ley. Este artículo viene a completar un hueco que se había producido con la anterior regulación, donde se castigaba al deudor que según 260 CP, realizare un acto de disposición pa-

¹³ Incluso, en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de la concreta estructura. STS 1840/2001 de 19 de septiembre, entre otras.

trimonial que posponga a unos acreedores y se salte la prelación legal. Y se olvidaban de la posibilidad de que esa misma conducta la realizara el administrador concursal dolosamente y con independencia del deudor. Tiene sentido que esté regulado en este capítulo, aunque se trate de patrimonios privados, por las especiales características de la masa concursal y su interés para el Estado, así como por el deber de colaboración y auxilio de la Administración que asume el administrador concursal que al igual que el depositario de bienes embargados debe estar regulado en este capítulo.

La práctica demuestra que muchos nombramientos de administradores concursales recaen en una persona jurídica. Sin embargo, este capítulo que analizamos no prevé expresamente la comisión del delito por persona jurídica, a diferencia de los delitos de insolvencia. Pudiera parecer un olvido del legislador, pero también una opción, en la línea jurisprudencial de que al construirse estos delitos sobre la ficción de que estamos ante función y patrimonio público, es exigible una información detallada y personal, que solo puede recaer y recibir la persona física concreta.

Parece pues que, de futuro, respecto a las malversaciones llamadas impropias, no debiera modificarse la construcción jurisprudencial estricta de requisitos y exigencias para la determinación de responsabilidad del autor de las mismas. Ello por cuanto, como bien reitera el Tribunal Supremo, al construirse este tipo penal sobre dos ficciones, la de que hay una conversión de un particular en funcionario público y la que los bienes se convierten en caudales públicos, es exigible un mayor rigor para su apreciación, no debiendo equipararse al particular con el funcionario público, si no se le ha instruido del cambio cualitativo que sobre su estatus personal produce el nombramiento, y sobre la mutación jurídica que han experimentado los bienes inicialmente privados¹⁴.

f) REPARACIÓN Y COLABORACIÓN COMO FUNDAMENTO DE ATENUACIÓN DE LA PENA

Es importante destacar la nueva redacción del artículo 434 CP, según la cual, si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en el capítulo de la malversación, hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado

¹⁴ La STS 527/2016, de 16 de junio, afirma: «... la información genérica no satisface las exigencias legales.... Es el representante del sistema judicial que da fé de la constitución del depósito quien debe instruir a la depositaria de sus obligaciones y de las concretas responsabilidades en que puede incurrir...».

activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

Siendo como es relevante y demandada la posibilidad de premiar la colaboración, se limita a un capítulo (ciertamente esencial) cuando podía haberse extendido a los restantes del título. Es llamativo que el legislador considere esta opción válida para obtener pruebas contra los delitos de malversación, y no respecto a delitos tan graves como los fraudes, contrataciones delictivas, etc.

Ahora que ya se reconoce tímidamente un principio de oportunidad en delitos leves, hubiera sido preferible un mayor avance y asumir la opción de otras legislaciones para la delincuencia organizada y de corrupción en la Administración. Sobre todo, porque el tema ya había sido abordado en otras iniciativas legislativas como el Código Procesal Penal, cuyo art. 91 apuntaba al archivo por oportunidad, en determinados delitos, y desde luego en algunos de este tipo. Siendo importante la modificación, a mi modo de ver, la corrupción en el ámbito público, exige dos grandes medidas. Por un lado, atraer la colaboración de funcionarios que pudieran verse salpicados o contaminados de prácticas corruptas, que encuentren el beneficio de no ser acusados, evitando la continuidad y contribución en aquellas. Contribución, en muchos casos menor, en términos individuales, pero que en conjunto son el soporte en el que se puede sustentar la corrupción de otros y sobre todo, de mucha mayor entidad. Y, por otro, establecer para los funcionarios públicos que detecten una conducta lesiva del interés público, un cauce de comunicación reservada, que les garantice por un lado que habrá actuación subsiguiente de comprobación y por otro, que la comunicación realizada queda en ámbito confidencial y sin posibilidad de represalia, entendida ello como aseguramiento de su destino y proyección profesional, y no como inmunidad para los casos de difamación de terceros¹⁵.

¹⁵ Para evitar las represalias, se hacen necesarios órganos independientes de investigación de las denuncias, puesto que las necesarias cautelas de advertir de que la denuncia confidencial o comunicación reservada no protege de posibles acciones civiles o penales de protección del honor, o de infracciones disciplinarias por denuncia infundada y carente de motivación, lleva a desistir de muchas de ellas. En este sentido, fue llamativo que al tiempo que se tramitaba la mencionada Ley 3/2016 de la CA de Castilla y León, la mayor parte de los grupos de funcionarios o asociaciones que se pronunciaron, incidieran en que los Servicios de Inspección al final dependen de los altos cargos que en muchos casos pueden ser denunciados.

2. *La nueva regulación del art. 438*

La reforma ofrece igualmente una nueva regulación del artículo 438 CP, siendo significativo de la misma, la desaparición de la referencia a la apropiación indebida, en lógica con la nueva forma de malversación a la que antes nos referíamos.

Hasta la fecha existía en este artículo, un delito específico dentro de los fraudes, por el cual se penaba al funcionario público que cometía apropiación indebida o estafa abusando de su cargo. Tradicionalmente, el mismo era objeto de crítica porque inducía a error, y a posibles concursos, aunque en general, parece que el criterio de distinción respecto a la malversación, es que este delito recaía sobre patrimonio privado, abarcando los supuestos en los cuales un funcionario público, que en un momento determinado tenía un bien privado por razón de su cargo, se quedaba con el mismo. Ahora la reforma suprime esta dualidad, excluyendo la singularidad de la apropiación indebida de patrimonio privado por el funcionario público, por lo que en estos casos se ha de acudir al tipo penal de apropiación indebida de patrimonio privado, con la subsiguiente agravación de proceder esta.

De este modo, el tipo penal queda ahora con dos supuestos, el de estafa y el de fraude, siendo la acción el abusar del cargo, para cometer estafa o fraude a la Seguridad Social.

Se encuadrarían en este supuesto las actuaciones engañosas del funcionario público que hace creer al particular unas posibilidades que no tiene o unas facultades para obtener un beneficio derivado del acto de disposición que se provoca. Ciertamente podrían estas actuaciones, del mismo modo que la apropiación indebida, haber quedado en el ámbito de las estafas, con la agravante específica del art. 22.7 CP, de prevalerse del carácter público, pero el legislador ha optado por mantener la figura en este capítulo y subrayar su gravedad imponiendo una pena de mitad superior o incluso superior en grado, además de la inhabilitación para empleo público y derecho de sufragio pasivo. Pero sobre todo, lo que se obtiene con esta regulación específica es evitar que nos vayamos a discusiones que excluyan la agravación y lo consideren una estafa simple, sobre la base de que el prevalerse del carácter de funcionario público para el engaño, forma *parta* del engaño bastante.

Este mayor reproche, con el que generalmente no se discrepa puesto que sobre el funcionario público pesan unas obligaciones y deberes específicos, diferentes del ciudadano normal, se ve aún más claramente en la regulación del otro supuesto del artículo 438 CP, el fraude de subvenciones cometido por funcionario público. Con ello se da respuesta a un fenómeno que se ha apreciado paulatinamente,

y que ya diferentes resoluciones recogen, de responsables políticos de Ayuntamientos u otras entidades que facilitaban deducciones o ventajas de Seguridad Social, afirmando los presupuestos que los generaban a sabiendas de su falsedad o creando incluso el artificio para obtenerlas. Su ubicación en estos delitos contra la Administración resulta por tanto admisible y va dirigido a evitar problemas de encaje de tipicidad que en algunos casos se había planteado.

Para finalizar, solo cabe señalar que resulta complicado afirmar que la modificación legal pueda llegar a ser uno de los puntos en los que se apoye un futuro desarrollo jurisprudencial de los delitos de malversación en los que el concepto de perjuicio se ajuste a contornos diferentes de los actuales, o evolucione a unir aquel con el de daño por la quiebra que el hecho delictivo produce en la confianza del ciudadano en la gestión pública. La jurisprudencia generada por la existencia o no de concurso de normas o concurso real entre el delito de malversación y el de concierto para defraudar a la Administración del artículo 436 CP¹⁶, aporta muchas reflexiones interesantes sobre una materia que aún puede deparar cambios relevantes, incluyendo en este último tipo penal modalidades de acción que el delito de malversación en su actual configuración no puede abarcar.

¹⁶ La STS 806/2014, de 23 de diciembre, tratando el controvertido tema del concurso medial entre malversación y fraude, declara que en el delito de fraude del art. 436 CP, predomina como bien jurídico la transparencia y la publicidad de la contratación de entes públicos, pero no se exige el efectivo perjuicio, a diferencia del delito de malversación donde es necesario el efectivo perjuicio material.

Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas

Josep M. Tamarit Sumalla

Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Lleida y Universidad Oberta de Catalunya

Sumario: I. Las víctimas y sus derechos. II. Derechos y necesidades. III. Fundamentos jurídicos de los derechos de las víctimas. IV. La Directiva europea. V. Particularidades del Derecho español respecto a la posición de las víctimas. VI. El concepto de víctima en la Ley 4/2015. VII. Los derechos de las víctimas en el Estatuto. VIII. Acusación particular y asistencia jurídica gratuita. IX. Víctimas especialmente vulnerables. X. Profesionalidad, sensibilización y buenas prácticas. XI. Bibliografía.

Resumen: La Ley que aprueba el estatuto jurídico de las víctimas (2015) adapta al Derecho español la Directiva europea 2012/29 y para ello ha tenido que hacer frente a las dificultades derivadas de las peculiaridades del sistema penal y a las limitaciones del modelo de asistencia a las víctimas existente en España. Una interpretación del Estatuto fundamentada victimológicamente permite una adecuada aplicación del mismo por los diversos actores del sistema de justicia penal y reclama mayores esfuerzos en las políticas orientadas a garantizar los derechos y satisfacer las necesidades de las víctimas.

Palabras clave: Estatuto, justicia, sistema penal, víctimas, victimología

I. Las víctimas y sus derechos

La irrupción de la victimología en el ámbito científico es consecuencia de la toma de conciencia del papel que desempeñan las víctimas en

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 115-138

la comprensión del hecho delictivo y de la utilidad que puede aportar el estudio de las mismas en la prevención y la respuesta a la victimización. Ello ha brindado la oportunidad de una mirada distinta a la fenomenología delictiva, que pasa a ser entendida como victimización. De modo paralelo al desarrollo de la victimología se ha producido un proceso de concienciación sobre los derechos de las víctimas. La actual sensibilidad de la sociedad respecto a los intereses de éstas se fragua después de la segunda guerra mundial, en el contexto de la generalización de la cultura de los derechos humanos.

La manifestación más relevante de este proceso a escala internacional ha sido la aprobación de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34) el 29 de noviembre de 1985. La Declaración toma como base el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad y reconoce los derechos de acceso a la justicia, información sobre el curso del procedimiento, asistencia, reparación a cargo de los infractores o terceros responsables, indemnización, en ciertos casos, a cargo del Estado, y protección ante los peligros para su intimidad y seguridad.

Un avance fundamental de la Declaración es que el hecho de ser considerado víctima no está condicionado a que el autor de la violación haya sido identificado, detenido, juzgado o condenado. En el Estado moderno la reacción de la sociedad al delito se ha centrado casi exclusivamente en el castigo del delincuente y la víctima tan sólo ha sido percibida y reconocida de modo parcial y subsidiario. La reparación del daño, por ejemplo, se ha entendido como una obligación del delincuente o, a lo sumo, de otros posibles responsables relacionados con éste, y en los casos en los que los responsables de los hechos no son conocidos, no han podido ser juzgados o condenados o su responsabilidad se ha extinguido, la víctima no es siquiera reconocida. Concebir la víctima como un fin en sí mismo, cuyos intereses no están subordinados a lo que vaya a hacerse con el infractor, apunta así, ante todo, a una necesidad de reconocimiento, de lo cual pueden luego derivarse concretos derechos. Este reconocimiento va acompañado de una concepción extensa de víctima, que comprende tanto las víctimas directas como las indirectas, que son aquellas que padecen de modo reflejo los efectos de un hecho delictivo, tal cual sucede, por ejemplo, con los familiares y personas más allegadas de las víctimas de homicidio o de personas desaparecidas. En relación con ambos aspectos las diversas declaraciones y normas internacionales sobre derechos de las víctimas han adoptado y consolidado este concepto de víctima.

II. Derechos y necesidades

El desarrollo de la investigación victimológica nos permite conocer mejor las necesidades de las víctimas y superar las frecuentes visiones estereotipadas que existen sobre ellas. La victimización es una experiencia vital condicionada por las características individuales del sujeto, el hecho padecido y la respuesta de su entorno. Por ello los profesionales que tienen contacto con las víctimas deben conocer, ante todo, que no existe un único patrón de respuesta a la victimización. Las diferencias individuales desempeñan un papel muy relevante, especialmente las que tienen que ver con la edad y la personalidad. Los niños y adolescentes son en general quienes tienen mayor riesgo de victimización y además son particularmente vulnerables a los efectos de la misma. Las personas ancianas, sin embargo, aun teniendo un riesgo inferior a la mayoría de la población, son más vulnerables a sus efectos.

La victimización producida como consecuencia de una conducta humana definida por la ley como delito supone una amenaza para las creencias del ser humano sobre el mundo en que vive. Estas estructuras cognitivas permiten a las personas sentir que sus vidas tienen sentido y tomar decisiones adaptativas necesarias para la supervivencia. Se trata básicamente de tres tipos de pensamientos: la creencia en la invulnerabilidad personal; la percepción de que el mundo tiene sentido y es benevolente y una autopercepción positiva. La victimización pone en riesgo especialmente la creencia de que el mundo es justo y benevolente, ante lo cual la víctima puede adoptar una estrategia para hacer frente al reto que supone el evento traumático, consistente en adoptar mecanismos de defensa que le lleven a rehuir verse como víctima, lo cual le permite sobrevivir sin que sus creencias se vean sustancialmente amenazadas. Quienes afrontan el hecho de este modo pueden negar el hecho o minimizarlo y normalmente evitan denunciarlo y acudir al sistema de justicia o de asistencia. Otras personas, en vez de optar por esta estrategia de afrontamiento, se definen como víctimas y plantean demandas a las instituciones. Ante estos casos la intervención del sistema de justicia al investigar el hecho y responder a una demanda de justicia permite confirmar la creencia en un mundo justo y el sistema de apoyo a la víctima puede colaborar en el proceso de superación post-traumática que permita a la víctima recobrar su confianza.

El hecho de que una víctima adopte una u otra estrategia depende de diversos factores, entre los que destacan su personalidad, las vivencias del pasado —entre las que puede jugar un papel muy relevante su historial de victimización— y la respuesta de su entorno próximo. Es necesario que las autoridades y los profesionales tomen conciencia de la

existencia de esta diversidad de respuestas para comprender que algunas víctimas denuncien y otras no, que unas deseen estar informadas mientras otras adoptan una posición activa o pasiva. Ante esta diversidad de situaciones, el sistema debe actuar respetando que las víctimas ejerzan sus derechos y tomen sus decisiones. Ofrecer información a las víctimas sobre como la justicia trata un hecho en que se han visto afectadas es algo que les permite recobrar el control y la confianza, aunque ello hay que hacerlo siempre con escrupuloso respeto a su decisión de implicarse o no en el caso.

Una cuestión de gran complejidad tiene que ver con la existencia de sentimientos vengativos respecto al agresor. Tampoco en este caso encontramos un patrón único de respuesta. La voluntad de que se castigue al infractor puede interactuar con la ira y la impotencia provocadas por la victimización. La prohibición social de la venganza, fruto del progreso de la civilización, determina que la víctima reprima instintos vengativos, que además interactúan negativamente con el proceso de superación postraumática. Los resultados de la investigación empírica sobre estas cuestiones no son concluyentes y muestran la existencia de importantes diferencias individuales. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las demandas de justicia de las víctimas no pueden ser simplemente identificadas como una sublimación de un deseo de que el agresor sufra, dado que la idea de hacer justicia tiene elementos psíquicos vinculados al reconocimiento, a la restauración de las creencias, la confianza, el sentimiento de control y la restauración del equilibrio moral entre autor y víctima.

El desarrollo que han tenido las ideas de «justicia procedimental» y de «justicia terapéutica» es una buena muestra de esta concepción abierta de las expectativas de justicia para las víctimas y de cómo las mismas pueden materializarse a partir del conocimiento de sus necesidades y proyectarse tanto en el ámbito del proceso penal como fuera de éste, en los programas de justicia restaurativa y en el sistema de apoyo a las víctimas. En términos de «justicia procedimental» el objetivo de un sistema de justicia está en establecer garantías jurídicas y buenas prácticas en el seno del proceso penal que permitan a las víctimas sentir que son tratadas de modo justo y que el sistema de justicia les asegura que pueden estar informadas, ser escuchadas y participar, lo cual evita el sentimiento de desamparo y pérdida de control sobre un asunto que les afecta personalmente. En el ámbito de los procesos de justicia restaurativa la investigación empírica ha revelado que las víctimas suelen mostrar mayor satisfacción con el proceso por el hecho de haber sido escuchadas y haber participado que por los resultados obtenidos del mismo. En términos de «justicia terapéutica» la aportación

que puede hacerse en términos de justicia para las víctimas es mejorar su grado de bienestar psíquico, reduciendo el impacto emocional provocado por el delito y evitando que el contacto con el sistema de justicia reproduzca o incremente el daño.

Desde el punto de vista de las necesidades de las víctimas el sistema de justicia debe tener como prioridad el impacto que el proceso penal tiene para ellas en términos de victimización secundaria. No se trata sólo de proteger a las víctimas mediante el sistema de justicia penal sino de protegerlas de éste. De ahí la necesidad de promover y adoptar buenas prácticas que permitan reducir este impacto, evitando en lo posible el contacto entre víctima y ofensor en los casos en que ello suponga un riesgo de revictimización o represalias.

III. Fundamentos jurídicos de los derechos de las víctimas

La fundamentación jurídica de los derechos de las víctimas plantea cierta complejidad. Ante todo, es necesario distinguir entre los derechos procesales y aquellos de carácter extraprocesal. Los derechos procesales son consecuencia del papel crucial que desempeña el proceso penal como cauce formalizado para encauzar la respuesta del Estado al delito. Algunos de estos derechos son la manifestación intraprocesal de genéricos derechos de las víctimas cuyo fundamento es previo al proceso. Tal sucede con el derecho de las personas a ser tratadas con respeto a su dignidad, que emana del derecho fundamental a la dignidad humana, o del derecho a la disponibilidad sobre sus propios datos, el derecho al respecto a su intimidad, a acceder a los servicios de apoyo o a obtener la reparación del daño causado. Para establecer la naturaleza esencialmente previa al proceso de estos derechos es necesario tener presente que el reconocimiento de los mismos no está condicionado a que se haya incoado o siga adelante un proceso penal contra el infractor.

La naturaleza de otros derechos es, sin embargo, eminentemente procesal, pues tienen su origen en la propia existencia del proceso penal. Cabe señalar diversas concepciones respecto al fundamento de estos derechos. En primer lugar, una concepción que tiende a maximizar los derechos de las víctimas asume que éstas son titulares de un «derecho al proceso». Este derecho sería una manifestación del derecho al «acceso a la justicia» o incluso de un primigenio «derecho a la justicia», de modo que las víctimas del delito conservarían una parte del derecho original de represalia frente al ofensor cedido al Estado en virtud del contrato social. De tal modo, las víctimas no detentarían el de-

recho a ejercer por ellas mismas la respuesta penal pero sí a movilizar la reacción por parte del titular de la potestad punitiva. Una tal concepción de máximos sería coherente con aquellos sistemas jurídicos, como el español, que aceptan que las víctimas puedan erigirse en parte en el proceso, con casi todos los poderes que son inherentes a la condición de parte. Sin adentrarnos en las cuestiones de tipo filosófico aquí implicadas, cabe constatar que un tal derecho a la justicia no aparece explícitamente reflejado en la Constitución española, ni existen motivos concluyentes para sostener que es intrínseco al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1. Debe recordarse en este sentido que el ejercicio de la acusación particular no puede considerarse directamente asociado a un derecho de las víctimas, como refleja que la propia Constitución (art. 125) prevea la acción popular como forma de participación de los ciudadanos en la justicia. Además, la doctrina penal se ha mostrado en general reacia a aceptar que la satisfacción de la víctima pueda considerarse un fin de la pena¹ y, por consiguiente, un fin, al menos primario, del sistema penal.

Una concepción opuesta a la anterior es aquella que parte de la constatación de los efectos negativos que tiene para las víctimas su participación en el proceso penal y configura los derechos de éstas esencialmente como garantías frente al proceso, de modo que no desvirtuarían de modo esencial la naturaleza del mismo como «combate de caballeros» entre el Estado y el imputado. El fundamento de la protección de las víctimas estaría en la necesidad de compensarles por la contribución que las mismas prestan a la justicia estatal como denunciantes y como testigos. El único derecho «originario» sería el de obtener una reparación por el daño causado, un derecho de carácter jurídico-privado y por lo tanto fundamentalmente externo al proceso penal y en su caso vinculado al mismo por razones de economía procesal. Según esta concepción de mínimos, las protecciones establecidas en favor de las víctimas tendrían como límite absoluto el respeto al contenido esencial del derecho del imputado a un proceso justo y equitativo. Esta ha sido la concepción predominante en la doctrina procesal y así se ha reflejado en algunos pronunciamientos de la Corte europea de Derechos humanos. Sin embargo, el desarrollo del Derecho de la Unión europea ha llevado los derechos de las víctimas más allá de esta visión de mínimos, a partir de la Decisión marco de 2001 y, con mayor profundidad, tras la Directiva de 2012. Los derechos de participación apa-

¹ Así, recientemente, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *InDret*, 2016, pp. 4 ss.

recen configurados de modo que la víctima es reconocida como un actor en el proceso penal.

Esta evolución jurisprudencial parece conducir a una posición intermedia, aquella que se ha expresado con la idea de una «triangularización» del proceso penal, en el sentido de que la víctima pasa a ser un «tercer actor» en el proceso, junto con el Estado, representado por el Ministerio fiscal, y la persona investigada (Vervaele). El proceso penal aparece así como un espacio que el Estado pone a disposición de la víctima para la defensa de sus intereses y de los derechos que derivan de haber sufrido las consecuencias de un hecho delictivo.

Ello nos lleva a plantear el sentido del derecho a la justicia de las víctimas. Existe la tentación de entender el derecho de las víctimas a la justicia como un derecho a que se castigue al victimario. Es controvertido hasta qué punto éste es una manifestación de aquél, pero es menos dudoso que la justicia a la que tienen derecho las víctimas va más allá de las consecuencias de la actuación del Estado contra el infractor. La Directiva de 25 de octubre de 2012 remite a la idea de justicia al proclamar en el Preámbulo (n. 34) que «no se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes». La idea de justicia comprende diversas manifestaciones, entre las cuales está tanto la participación como la gestión de las consecuencias de un hecho que le incumbe directamente, en el proceso penal y fuera de él, por ejemplo mediante prácticas propias de la justicia restaurativa. También comprende la obtención de una reparación del daño a cargo del responsable del hecho delictivo y, en los supuestos y condiciones legalmente establecidas, a cargo del Estado, así como el apoyo para superar los efectos de la victimización. El desarrollo que han tenido las ideas de «justicia procedimental» y de «justicia terapéutica» es una buena muestra de esta concepción abierta de las expectativas de justicia para las víctimas y de cómo las mismas pueden materializarse a partir del conocimiento de sus necesidades y proyectarse tanto en el ámbito del proceso penal como fuera de éste, en los programas de justicia restaurativa y en el sistema de apoyo a las víctimas.

IV. La Directiva europea

El antecedente normativo más inmediato de la Ley 4/2015, por el que se aprueba el estatuto jurídico de las víctimas de delitos, se encuentra en la Directiva 2012/29, de 25 de octubre, del Parlamento y del Consejo, que estableció una serie de normas mínimas sobre los de-

rechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta importante intervención legislativa obligaba a revisar las legislaciones de los Estados miembros, procediendo a un riguroso examen de cuáles son las peculiaridades «nacionales» y en qué medida las mismas son compatibles con las nuevas directrices europeas.

La Directiva aborda básicamente los derechos de la víctima en el ámbito del proceso penal. Los aspectos de carácter extraprocesal reciben sólo un tratamiento parcial. El contenido sustancial de la norma europea aparece dividido en tres capítulos: en el capítulo 2 se regulan a la vez los derechos de información y apoyo, el capítulo 3 está dedicado al derecho a la participación en el proceso penal y el capítulo 4 a la protección de las víctimas, con particular incidencia en aquellas necesitadas de protección especial. La Directiva es particularmente ambiciosa en relación con los derechos de protección de las víctimas, que han sido objeto de un desarrollo que va mucho más allá de lo previsto en la DM 2001. La Directiva reconoce el derecho a la protección frente a la victimización secundaria y la revictimización, con el fin de que se adopten medidas respecto a la toma de declaraciones y para evitar el contacto con el infractor (arts. 19 y 20). Asimismo, prevé el derecho a la protección de la intimidad (art. 21) y una evaluación individual de las víctimas para establecer en cada caso las necesidades especiales de protección en el proceso penal, mediante prueba anticipada y evitación de contacto visual con el imputado (arts. 22 y 23).

La Directiva incide en cuestiones fundamentales para una buena praxis, como la necesidad de que los Estados garanticen una formación adecuada de los profesionales que deben entrar en contacto con víctimas (art. 25), y la coordinación de los servicios que presten atención a las víctimas para mejorar que éstas puedan ver efectivamente respetados sus derechos (art. 26). Uno de los aspectos que reciben menor atención es el relativo a la reparación, en que se reconoce el derecho a obtener una indemnización a cargo del infractor en el proceso penal (art. 16), pero no se incide en aspectos relativos a las formas de reparación del daño ni a los sistemas de indemnización pública, ya abordados mediante otras normas de la UE y del Consejo de Europa.

La opción por el principio de individualización es un punto esencial de la Directiva. Este enfoque obliga a revisar anteriores actitudes respecto a la concepción de las necesidades de las víctimas y las prácticas adecuadas para dar satisfacción a las mismas. La idea de individualización se asienta sobre un fundamento victimológico. La diversidad de las víctimas, de sus experiencias, vivencias y reacciones emocionales desaconseja adoptar fórmulas generalizadoras y exige una concepción flexible de la respuesta. Ello reclama un cambio cultural por parte de

las autoridades y los profesionales que deben contactar con las víctimas y obliga a poner el foco en la detección de las necesidades individuales. El paradigma que se abre paso se basa en la idea de la vinculación entre el ejercicio de los derechos y la identificación de las necesidades. De ahí la importancia de la labor de formación y sensibilización.

La idea de individualización aparece ya en el art. 1.1 de la Directiva, con el mandato de que las víctimas sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria. En relación con los derechos de información las comunicaciones con las víctimas deben tener en cuenta sus «circunstancias personales» (art. 3.2) y se exige a las autoridades competentes que evalúen si las víctimas necesitan interpretación o traducción (art. 4.7). Asimismo, el acceso a los servicios de apoyo se concibe en función de las «necesidades específicas» de las víctimas y sus familiares (art. 8.3), reclamando a los Estados una especial atención a las «necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito» (art. 9.2). Tal como sucede con los servicios de apoyo, la concepción de los servicios de justicia restaurativa (art. 12) se fundamenta en el «interés de la víctima» (art. 1.a), no en una visión estereotipada que condiciona la validez de las prácticas restaurativas a la tipología delictiva o a consideraciones abstractas que no sean la valoración de las circunstancias del caso concreto.

La Directiva extiende los derechos a todas las víctimas, sin distinciones respecto a la forma de victimización o a la tipología legal según la cual la misma aparezca definida en las legislaciones penales nacionales. Una vez más, aparece ahí el principio de individualización, según el cual son las características del caso concreto y las circunstancias de la víctima concreta las que determinan el modo en que pueden garantizarse efectivamente sus derechos. Sin embargo, se han incluido referencias a diversos colectivos de víctimas a los que el legislador europeo ha prestado una especial atención. Así, por ejemplo, señala que las víctimas del terrorismo «pueden necesitar especial atención, apoyo y protección, debido al especial carácter del delito cometido contra ellas», al haber sufrido las consecuencias de actos «cuya intención última era hacer daño a la sociedad» (apartado 16). En relación con la «violencia por motivos de género», afirma que constituye una forma de discriminación y una vulneración de derechos fundamentales de las víctimas, que requieren con frecuencia «especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia».

El principio de individualización se manifiesta en la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales

de protección, como condición para acordar las medidas oportunas en cada caso en el seno del proceso penal. La protección de las personas especialmente vulnerables es una de las cuestiones que ha recibido un tratamiento más pormenorizado. Se perfila así un modelo de protección que en lugar de una distinción rígida entre el estatuto de las víctimas en general y el de las víctimas especialmente vulnerables parte de la premisa de que todas ellas tienen necesidades de protección. El *modus operandi* clasificador-estático, basado en la atribución apriorística de la condición de víctima especialmente vulnerable y la regulación tasada de sus efectos, se ve superado, dando paso a un enfoque que atiende a la identificación de factores de riesgo y factores de vulnerabilidad. Ello implica una concepción dinámica de la intervención centrada en una medición del riesgo de victimización secundaria en función de las circunstancias concretas del caso y del momento y en la posibilidad de adaptar las medidas a las necesidades. La vulnerabilidad deja de ser una etiqueta genérica e indefinida y aparece referida al riesgo de sufrir victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalia.

A partir de ahí se configuran tres niveles de protección: el que incluye medidas aplicables a todas las víctimas, el referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección y el de las víctimas menores de edad, aunque en cada uno de estos casos la clase y la forma de aplicación de las medidas se hace depender de las necesidades concretas. En el caso de los menores, la Directiva establece una presunción de vulnerabilidad (art. 22.4).

V. Particularidades del Derecho español respecto a la posición de las víctimas

La aprobación de la Ley 4/2015, por la que se aprueba el Estatuto de las víctimas del delito, no ha respondido sólo a la necesidad de incorporar los contenidos de la Directiva 2012/29 al Derecho interno. Además, las reformas legales que en los últimos años habían desarrollado derechos de las víctimas de delitos habían originado una situación caracterizada por la dispersión, lo cual aconsejaba reunir algunos de los diversos regulados en un texto normativo único. Sin embargo, en la elaboración del Estatuto el legislador ha tenido que hacer frente a dificultades derivadas de las singularidades del Derecho español, que pueden resumirse en las siguientes características:

- a) La existencia de diversos estatutos de diversas clases de víctimas con estándares de derechos muy diferentes

- b) La tendencia a cláusulas legales que prevén respuestas generalizadoras y automáticas a las diversas situaciones de riesgo para las víctimas
- c) Un insuficiente y desfasado sistema de apoyo a las víctimas
- d) Una amplísima posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal como parte procesal
- e) Una limitada cobertura de la justicia gratuita
- f) La necesidad de replantear el concepto de víctimas vulnerables y las medidas de protección.
- g) Una muy limitada presencia de programas de justicia restaurativa, sin una regulación legal de sus efectos procesales.

La primera de estas características, la pluralidad de estatutos jurídicos para diferentes clases de víctimas, no ha estado entre las preocupaciones que han movido a los impulsores de esta nueva intervención legislativa. Bien al contrario, sin negar los aspectos positivos de la Ley, el legislador ha mostrado una vez más su disposición a atender a las demandas de aquellos grupos de víctimas y sectores sociales con mayor capacidad de ejercer presión sobre los actores políticos. La diversidad de estatutos es consecuencia de la relevante presencia pública de dos sectores respecto a los cuales se ha producido un amplio desarrollo de derechos de distinto orden: el de las víctimas del terrorismo, mediante diversas Leyes que han ido reconociendo y ampliando derechos y prestaciones públicas que culminan en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, y el de las víctimas de violencia de género, con la LO 1/2004 de 26 de diciembre. Las víctimas del terrorismo gozan de una serie de derechos a indemnizaciones que exceden en gran medida lo previsto respecto a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en la Ley 35/1995, hasta el punto de que cubren al menos la totalidad de lo fijado en la sentencia penal, además de prestaciones por daños materiales, daños en viviendas, establecimientos y vehículos, derechos laborales, preferencias en adjudicaciones de vivienda pública y exenciones de tasas por estudios. A las víctimas de violencia de género se les reconoce importantes derechos en el orden laboral y social, como en el acceso a vivienda, así como la justicia jurídica gratuita. Son beneficiarias de normas de discriminación positiva y existen regímenes especiales en el ámbito procesal, como las órdenes de protección o la creación de los Juzgados de Violencia contra la mujer, o en el orden penal, como la agravación punitiva en delitos de violencia, coacciones y amenazas cuando en los casos en que el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo una mujer que es o ha sido su pareja. La Ley 4/2015 no al-

tera el modelo de protección derivado de la LO 1/2004 de violencia de género e incluso evidencia en algunos pasajes una voluntad de mantenerlo. Así sucede con la excepcionalidad de tipo paternalista prevista en el art. 6.3, según el cual a tales víctimas le serán notificadas las resoluciones que acuerden la prisión, la puesta en libertad o la posible fuga del condenado o que adopten medidas cautelares o las modifiquen, sin necesidad de que lo soliciten. Más reveladoras aún de esta excepcionalidad son las referencias implícitas a la prohibición de la mediación para esta clase de delitos en los artículos 5-1.k y 15.1.e.

En segundo lugar, la actividad legislativa en España ha tendido a adoptar cláusulas legales que prevén respuestas generalizadoras y automáticas, como la obligación de imponer la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctimas a las personas condenadas por delitos de violencia doméstica, la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género o la presunción de que las víctimas menores e incapaces son especialmente vulnerables y las únicas que pueden beneficiarse de las medidas de protección frente a la victimización secundaria en el proceso penal. El principio de individualización exige al legislador español revisar esta clase de fórmulas en favor de técnicas legales caracterizadas por una mayor flexibilidad, aunque, como se verá, este reto se ha asumido tan sólo de modo parcial y fragmentario.

La referencia normativa fundamental respecto a los derechos de las víctimas en España, al margen de los regímenes especiales anteriormente comentados, ha sido la Ley 35/1995, por la que se prevén ayudas económicas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual a cargo del presupuesto público. Además esta Ley introdujo las Oficinas de atención a las víctimas de delitos, que debían ser ubicadas en sedes judiciales, y una genérica previsión de notificación a las víctimas de aquellas decisiones judiciales que afecten a sus intereses y de su derecho a solicitar las ayudas previstas en la referida Ley y sobre el procedimiento para realizar la solicitud.

VI. El concepto de víctima en la Ley 4/2015

La Ley 4/2015 marca una diferencia con la Directiva europea al aludir en su denominación a «la víctima» del delito, en lugar del plural «las víctimas». El recurso al singular «la víctima» invita a pensar en el concepto de «víctima ideal», la tentación de utilizar una imagen social y políticamente construida de víctima, con el consiguiente riesgo de derivar en prácticas que distingan entre «buenas» y «malas» víctimas o según se aproximen más o menos al arquetipo de la «idealidad victi-

mal», en términos de Christie. Aunque en el Preámbulo de la Ley y en el articulado se alude repetidamente a «víctima» y «víctimas» de modo indiferenciado, hubiera sido mejor dar preferencia al plural, especialmente en el *nomen iuris* de la Ley.

El art. 2 del Estatuto contiene una definición general de víctima, a los efectos de la aplicación de las disposiciones de la Ley, distinguiendo entre víctimas directas e indirectas. El concepto de «víctima directa» reproduce la definición de «víctima» del art. 2 de la Directiva, que incluye a toda persona física «que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal». En el art. 2 de la Ley 4/2015 se introduce también una definición de «víctima indirecta», concepto desarrollado por la victimología en referencia al fenómeno de la victimización refleja, consistente en los daños sufridos como consecuencia de la victimización de una persona allegada, tal cual sucede en el impacto psíquico, emocional o económico que puede tener el homicidio o desaparición de una persona en sus hijos, ascendientes, pareja u otras personas. La Directiva no alude al concepto «víctima indirecta» en el art. 2, pero sí lo hace en el apartado 19 del Preámbulo, en referencia a los familiares que pueden resultar perjudicados por el delito y que deben disfrutar de la protección de la norma. En el art. 2.b de la Ley se incluye, además de los casos de muerte, los de desaparición de una persona causada directamente por un delito. Por otra parte, se deja fuera del concepto de víctima indirecta a las personas que sean responsables de los hechos.

La Ley efectúa una delimitación y una jerarquización de las víctimas indirectas. En primer lugar se alude al cónyuge no separado y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado que en el momento de la muerte o desaparición convivieran con ella. Se asimila al cónyuge la persona unida por análoga relación de afectividad y a sus hijos convivientes y se incluye también a los progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontrasen bajo la guarda de la víctima y a las personas sujetas a tutela, curatela o acogimiento. La extensión a los colaterales va más allá del contenido mínimo de la Directiva. La Ley 4/2015 relega a los demás parientes en línea recta y a los hermanos, previstos en la Directiva, a ser reconocidas como «víctima indirecta» tan sólo en caso de no existir los anteriores. Esta restricción se ampara en la previsión del art. 2.2.b de la Directiva, aunque cabe cuestionar que tenga un carácter general y esté vinculada a la definición de víctima, pues la condición de víctima no puede depender de la existencia o no de otras personas con mejor derecho. Hubiera sido preferible incluir las restriccio-

nes oportunas tan sólo respecto a aquellos derechos en los que ello sea razonable, como hace la Ley 35/1995, cuyo art. 2 establece un orden de prelación para recibir las ayudas, en la lógica propia de la asignación de recursos escasos. Especialmente cuestionable es la mejor condición que se atribuye a quien ostenta la representación legal de la víctima. Una Ley victimológicamente fundamentada no debería responder al imperativo de que «alguien obtenga un beneficio» como subrogado de la víctima, ya que del concepto de «víctima indirecta» se infiere que los derechos de ésta derivan de la propia experiencia de victimización.

El Estatuto no contiene una cláusula dirigida a aclarar que la condición de víctima es independiente de que haya identificado, detenido, acusado o condenado el infractor y de la relación familiar que exista entre ellos. Tan sólo se alude a ello al final del art. 3.1 tras la referencia a la lista de los derechos de las víctimas. Una tal aclaración se encuentra en el número 19 del Preámbulo de la Directiva y cabe entender que vincula a quienes apliquen las previsiones legales. Se trata además de una norma consolidada en el ámbito internacional ya desde la Declaración de los derechos de las víctimas de 1985 y que surge precisamente de la voluntad de evitar que el ejercicio de los derechos de las víctimas esté condicionado a lo que suceda con el victimario. El hecho de no haberse incorporado una cláusula semejante al Estatuto tiene escasa trascendencia, pues cabe interpretar que está implícita en la alusión que la Ley hace a las víctimas y no a las presuntas víctimas, como desde algunos sectores se ha propugnado con el ánimo de que no haya dudas respecto a la presunción de inocencia de la persona imputada por un delito. Buena parte de los derechos previstos en la Ley no están condicionados a que exista una persona investigada y en los casos en que la haya, está claro que la atribución de la condición de víctima no prejuzga que la misma sea responsable penal del hecho.

Por otra parte, la Ley 4/2015 muestra una concepción amplia de las víctimas al incluir dentro de su ámbito de aplicación a todas las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad y de si disfrutan o no de residencia legal. La protección de las víctimas en España adquiere así una dimensión que trasciende el ámbito de los nacionales de la Unión europea y abarca incluso a las personas con residencia ilegal, lo cual resulta consecuente con el sentido de los derechos, que derivan del hecho que el delito sea perseguible en España y por lo tanto de la posible participación de las mismas en un proceso penal. El contexto es distinto al propio de los derechos regulados en la Ley 35/1995, que limita las

prestaciones a quienes sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o a quienes residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio» (art. 2.1). La inclusión de los extranjeros en situación irregular tiene además un claro sentido victimológico, dado que se trata de un colectivo con elevado riesgo de victimización.

Por último, la condición de víctima aparece, lógicamente, vinculada de modo estricto a la personalidad. El art. 1 de la Ley, como la Directiva, alude tan sólo a «personas físicas», lo cual excluye la posible consideración como víctimas de personas jurídicas y cualquier intento de considerar como víctima, a los efectos de la ley, a la sociedad, «nasciturus» o animales. La regulación del derecho a la participación de las asociaciones de víctimas en el proceso penal, al que después aludiremos, tiene un carácter excepcional.

VII. Los derechos de las víctimas en el Estatuto

El Estatuto incluye en su art. 3 un elenco de los derechos de las víctimas². La redacción del precepto subraya que estos derechos corresponden a «toda víctima», de lo que cabe deducir que, al no estar relacionados con la necesidad de asignación de recursos escasos, su ejercicio no puede estar condicionado a criterios de prelación como los previstos en el art. 2.b. La Ley es poco sistemática al explicitar los diversos derechos. Se refiere de modo redundante a los derechos de apoyo, asistencia y atención, que deben interpretarse fundamentalmente como expresiones que remiten a un mismo contenido. Una sistematización de los derechos previstos en el art. 3 lleva a distinguir los diversos ámbitos en los que se desarrollan las previsiones legales:

- a) El derecho a la información: título I (derechos básicos), arts. 5 y 7.
- b) El derecho a la participación en el proceso penal: título II.
- c) El derecho a la protección: título III.
- d) El derecho al apoyo (o asistencia): art. 10 y capítulo I del título IV.
- e) El derecho de acceso con garantías a servicios de justicia restaurativa: art. 15.

² Puede verse un estudio más detallado de la regulación de los derechos de las víctimas en el Estatuto en TAMARIT SUMALLA, M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M., *El Estatuto de las víctimas de los delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Además de estos derechos desarrollados a lo largo de la Ley, el art. 3.1 declara el derecho a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal, concretado en los servicios de asistencia y de justicia restaurativa. Asimismo, se prevé expresamente una fase «post-procesal», en aquellos casos en los que el contacto de las víctimas con esta clase de servicios se produzca tras la conclusión del proceso. La Ley se refiere a un «tiempo adecuado», concepto indeterminado del que no cabe deducir efecto alguno en cuanto a la posible limitación de los referidos derechos, pese a que no puede descartarse que el contacto se produzca mucho tiempo después de haber concluido el proceso penal, como, por ejemplo, en un proceso restaurativo iniciado en fase de ejecución de una pena privativa de libertad de larga duración.

El número segundo del art. 3 remite a la vía reglamentaria para el desarrollo más pormenorizado de los derechos regulados en la Ley, tanto en los aspectos procesales como en los extraprocesales. También alude a lo dispuesto en la legislación especial, que sería la que regula las ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995), la aplicable en los casos de violencia de género (LO 1/2004), víctimas del terrorismo (Ley 11/2011) o de la guerra civil y la dictadura franquista (Ley 52/2007). En lo que atañe a las normas procesales la propia Ley, en sus disposiciones adicionales, acomete una amplia modificación de la LECrim, aunque el art. 3.2 no alude explícitamente a la misma sino a las «normas procesales que resulten de aplicación», expresión abierta a la posible elaboración de una nueva ley procesal penal.

El Título I del Estatuto, dedicado a los «derechos básicos», recoge un conjunto heterogéneo de normas. Buena parte de ellos hace referencia al derecho a la información. En el título aparecen recogidos derechos extraprocesales y otros de carácter netamente procesal. La presencia de los primeros y la relación estrecha que tienen con aquellos los derechos procesales es una de las razones que explican su categorización como derechos básicos, diferenciados de los derechos de participación y protección, regulados en los títulos II y III, cuyo sentido se agota en gran medida en el proceso judicial. En diversas ocasiones la Ley advierte que los derechos son ejercitables con anterioridad a la presentación de una denuncia y por lo tanto no están condicionados a que ésta se haya formalizado. Tal es el caso del derecho de las víctimas a entender y a ser entendidas (art. 4) o a recibir información sobre medidas de apoyo, derecho a denunciar, procedimiento para obtener

asesoramiento jurídico, posibilidad de solicitar medidas de protección, indemnizaciones, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación o servicios de justicia restaurativa, entre otros (art. 5.1).

En la regulación del derecho de las víctimas a entender y ser entendidas se manifiesta una de las habituales preocupaciones referidas a la situación de las personas que al contactar con autoridades y funcionarios se enfrentan a barreras de tipo lingüístico, recibiendo una comunicación estereotipada, no personalizada y difícilmente comprensible. Mediante el uso del lenguaje oficial, legal o propio de la jerga forense el sistema transmite a las víctimas un mensaje de distancia incompatible con el apoyo que la Ley quiere garantizar. De ahí que el art. 4.a establezca que las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, «se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad». El éxito en la aplicación de esta norma y otras de parecida naturaleza depende en gran medida de las habilidades personales de los actores, para lo cual la clave puede estar en la formación y sensibilización prevista en el capítulo II del título II y en la elaboración de recomendaciones de buenas prácticas.

Un derecho de gran trascendencia y sólido fundamento victimológico es el derecho de las víctimas a ser acompañadas por una persona de su elección (art. 4.c). Este derecho puede proporcionar un apoyo eficaz a las víctimas ante el desamparo que frecuentemente experimentan al ser expuestas a prácticas y situaciones generadoras de victimización secundaria. La elección del acompañante es un elemento clave si se tiene en cuenta que muchas víctimas no van a contar con los servicios de un abogado y que las asociaciones dedicadas a prestar apoyo a las víctimas pueden ofrecerles un servicio de acompañamiento a través de profesionales o de voluntarios. No debe olvidarse que este derecho es aplicable también a las víctimas menores de edad, quienes, si tienen suficiente madurez, en casos de victimización intrafamiliar, pueden así defender sus derechos frente a sus representantes legales, en casos que éstos tengan conflicto de intereses por ser investigados en la causa o por adoptar una posición de protección hacia los ofensores.

VIII. Acusación particular y asistencia jurídica gratuita

En el sistema jurídico español la defensa de los intereses de las víctimas se ha canalizado a través de las amplísimas posibilidades pre-

vistas por la LECrim para que éstas actúen como parte en el proceso a través de la acusación particular. Ello ha tenido a veces como efecto una menor receptividad a las propuestas o recomendaciones orientadas a mejorar la posición de la víctima en el proceso. La creencia autocomplaciente de que las víctimas siempre han estado bien tratadas por el Derecho español ha impedido a menudo reconocer los límites inherentes al modelo de la acusación particular, que si por una parte va mucho más allá de lo exigido en los estándares europeos respecto a los derechos de las víctimas, al vincular a éstas con el ejercicio de la potestad punitiva, por otra parte no ha garantizado una satisfacción adecuada a los intereses y los derechos de las víctimas que no hayan optado por esta forma de participación en el proceso. El problema principal estriba en que las barreras económicas y sociales que pueden impedir que las víctimas contraten los servicios privados de un letrado suponen una quiebra para el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en el art. 14 CE, en la Directiva y en el art.3 de la Ley 4/2015.

La Directiva europea adopta una posición respetuosa ante la diversidad de sistemas existentes en los Estados miembros y establece una serie de derechos mínimos para todas las víctimas, tanto si son parte en el proceso como si no lo son. Sin embargo, al regular el derecho a la justicia gratuita, establece una vinculación del mismo con el hecho de que la víctima tenga estatuto de parte en el proceso penal. Según dispone el art. 13, los Estados deberán garantizar el acceso a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas que gocen de este estatuto. Con ello se trata de evitar precisamente la desigualdad y que las víctimas que puedan pagar la asistencia letrada tengan mayor participación en un proceso netamente público y por lo tanto ostenten una posición privilegiada en comparación con quienes no pueden hacerlo.

Debe puntualizarse que el art. 13 de la Directiva permite que los Estados determinen legalmente las condiciones en virtud de las cuales las víctimas tendrán acceso a la justicia gratuita cuando tengan el estatuto de parte. En los últimos años se han dado en España pasos que tienden a ofrecer apoyo a ciertos colectivos de víctimas. Ya no son sólo las víctimas de violencia de género, sino que la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, tras la reforma introducida por el Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, extendió este derecho a las víctimas de terrorismo, trata de seres humanos, así como a los menores de edad y a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. También a quienes acrediten secuelas permanentes totalmente im-

peditivas a causa de un accidente, a los efectos de reclamar indemnizaciones. Ello ha llevado a DE HOYOS SANCHO³ a sostener que España había cumplido ya adecuadamente con las exigencias de la Directiva.

Sin embargo, no puede ignorarse que la Directiva ha planteado un importante desafío al Estado español y el Estatuto no ha introducido ningún cambio respecto al modelo de acusación particular ni ha extendido la justicia gratuita a todas víctimas que se muestren como parte en el proceso, lo cual habría sido una decisión ciertamente muy ambiciosa desde el punto de vista presupuestario. El art. 16 de la Ley se limita a señalar las instituciones ante las que se podrán presentar las solicitudes de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, entre las que se menciona a las Oficinas de asistencia a las víctimas. Podría entenderse que el Preámbulo de la Directiva (punto 47) al señalar que no puede exigirse a los Estados que reembolsen los honorarios de los abogados de las víctimas, aclara que la norma europea no exige al Estado que extienda la asistencia jurídica gratuita a todas las víctimas, pero no debe olvidarse que existen medios de garantizar esta asistencia que no consistan en tal reembolso, como, por ejemplo, el propio modelo vigente en España.

Por otra parte, la Ley 4/2015 (DF 1.^a) ha introducido en el art. 109.3 LECrim la posibilidad que la acción penal sea ejercitada por las asociaciones de víctimas u organizaciones similares. Esta es una práctica que se venía admitiendo de hecho y resulta controvertida. La norma es consecuencia de la presión ejercida por estas organizaciones. Son evidentes los riesgos que entraña la concesión de este poder a las mismas, por lo que el legislador, pese a ceder a la referida presión, ha previsto algunos límites, como la necesidad de que el ejercicio de la acción penal por estas entidades haya sido autorizado por la víctima del delito.

Un riesgo al que el legislador ha dado respuesta es la existencia de una pluralidad de víctimas que pueden personarse de modo independiente en el proceso, dando lugar a una multiplicidad de representaciones, con el consiguiente riesgo para el principio de igualdad de armas. El Estatuto, pese a admitir en principio tal posibilidad, introduce una limitación en el número 2 del citado artículo, de modo que la autoridad judicial pueda imponer que las diversas representaciones sean asumidas por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

³ Vid. DE HOYOS SANCHO, M., *El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor, 2016. pp. 233-234.

IX. Víctimas especialmente vulnerables

En la teoría victimológica la vulnerabilidad hace referencia a las diferencias individuales respecto al impacto de la victimización y cabe distinguir este concepto del de víctimas «de riesgo». Así, por ejemplo, cuando se señala que las personas ancianas, pese a tener en general un menor riesgo de victimización, muestran mayor vulnerabilidad a sus efectos. En el Derecho procesal español se han ido adoptado medidas de protección respecto a las víctimas presuntas como especialmente vulnerables: menores de edad e incapaces. A partir de la Ley 14/1999, de 9 de junio, de reforma de la LECrim, el juez puede adoptar medidas que impidan la confrontación visual directa entre el acusado y el testigo, si éste es menor de edad o incapaz (art. 455). Asimismo, se prohíben, como regla general, los careos entre testigo y acusado. Posteriormente la LO 8/2006, de 4 de diciembre, estableció que toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Fiscal, además de los representantes legales, salvo que estén imputados (art. 433). También se prevé que el Juez pueda acordar la grabación de la declaración. Esta norma introdujo además un párrafo en el art. 448 LECrim, por el que se dispone que la declaración de los testigos menores de edad se lleve a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando medios técnicos que hagan posible la práctica de esta prueba.

El colectivo de los menores de edad ha recibido una mayor atención que el de las personas con discapacidad tanto en el desarrollo normativo como en su aplicación. Buena muestra de ello es la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre protección de los menores víctimas y testigos, que reclama un firme compromiso de los Fiscales en la protección de los menores en el seno del proceso penal y fija una serie de criterios de actuación. Las personas con discapacidad psíquica o cognitiva habían quedado en la Directiva de 2012 fuera del núcleo de víctimas beneficiarias del estándar más exigente de protección, sin que hayan quedado abarcadas por la presunción de especial vulnerabilidad ni sea aplicable a los Estados la obligación de disponer de las medidas propias del nivel más alto de protección. Pero no debe olvidarse que la Directiva ha fijado un umbral de derechos mínimos, por lo que los Estados que establezcan un nivel más elevado de protección de las personas con discapacidades de esta clase, equiparado al de los menores de edad, no incumplen la Directiva y pueden ir más allá de ella en el desarrollo de los derechos. Así lo hace en diversos aspectos la Ley 4/2015, la cual, en lugar de referirse al concepto «incapaz», recurre a la expresión «persona con discapacidad necesitada de apoyo para el

ejercicio de su capacidad jurídica», siguiendo el criterio adoptado en la LO 1/2015 de reforma del Código penal.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Estatuto se introdujeron modificaciones que elevaron la protección de las personas con discapacidad necesitadas de protección más allá del umbral mínimo de la Directiva. Ello no supone una equiparación plena con el estatuto de las víctimas menores de edad. La equiparación se produce tan sólo en algunos aspectos, entre los que destaca la previsión de la posibilidad de adoptar las medidas adicionales propias del régimen de protección previsto en la Directiva para los menores, cuando sean necesarias para limitar, en la medida de lo posible, los perjuicios que la investigación o el juicio puedan suponer para la víctima. Estas medidas adicionales pueden consistir en la grabación por medios audiovisuales de las declaraciones prestadas en la fase de investigación y su posterior reproducción en el juicio y que la declaración sea recibida por medio de expertos (art. 26.1). También se prevé la posibilidad de nombrar un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tengan un conflicto de intereses con ésta o cuando la misma no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares (art. 26.2). Asimismo, en el procedimiento de evaluación de las necesidades de protección, el art. 24-2 señala que si las víctimas son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial atención se tomará en consideración sus opiniones o intereses y se asimilan estas personas a los menores en la advertencia sobre la necesidad de impedir la difusión de informaciones que puedan facilitar su identificación, en aras a la protección de su intimidad (art. 22).

X. Profesionalidad, sensibilización y buenas prácticas

De modo coherente con lo previsto en el art. 3, que reconoce el derecho de las víctimas a recibir un trato profesional, el art. 32 declara que se fomentará la participación de «colectivos profesionales especializados en el trato, atención y protección a las víctimas». Sin embargo, no se prevé una intervención de profesionales concretos en el procedimiento de evaluación de necesidades en el seno del proceso penal, pese a ser ésta una exigencia derivada de las ideas de individualización, flexibilidad y actualización de la evaluación (art. 24.5). Tampoco se concretan las características que deberían tener los expertos a que se alude en el art. 26.1.d o los «profesionales que hayan re-

cibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima» (art. 35.1.d). No se incluye nada parecido a lo que representa la participación del Equipo técnico en la LO 5/2000, lo cual plantea una vez más una asimetría en la consideración que recibe el menor cuando es víctima y cuando es infractor. A pesar de la posterior regulación de estas cuestiones por vía reglamentaria, mediante el Decreto 1109/2015, debe tenerse en cuenta una vez más aquí la importancia del desarrollo de buenas prácticas, a las que hace la referencia la propia Ley en el art. 32, de modo que las administraciones con competencias en colaboración con la Administración de justicia pongan a disposición de ésta equipos profesionales adecuados y que los jueces y fiscales recaben el criterio técnico de éstos a la hora de proceder a la evaluación de las necesidades de las víctimas y con carácter previo a la solicitud de medidas o a la adopción de decisiones sobre las medidas de protección adaptadas en cada caso.

Asimismo la profesionalidad es una exigencia aplicable a la actuación de las oficinas de asistencia a las víctimas, dada la naturaleza de los servicios que deben prestar, que incluyen información, asesoramiento, apoyo emocional y asistencia psicológica, así como la realización de una valoración de las circunstancias particulares con la finalidad de determinar las medidas de asistencia y apoyo adecuadas a las víctimas (art. 28, 1 y 2). Menos evidente resulta de acuerdo con el texto de la Ley la profesionalización de los servicios de justicia restaurativa, aunque un adecuado impulso a estos servicios exige profesionalización, con el fin de que pueda cumplirse la garantía de seguridad de estos servicios a favor de los intereses de las víctimas. La valoración de que el proceso restaurativo no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima o de que pueda causarle nuevos perjuicios materiales o morales, a que alude el art. 15.1.d debe hacerse por parte de profesionales que tengan las competencias adecuadas para efectuarla. El art. 15.2 confirma esta exigencia al referirse a los «mediadores y otros profesionales que participen en el proceso de mediación».

La profesionalidad es una garantía vinculada al principio de individualización, el cual, según ya se ha señalado, implica la exigencia de conocer las necesidades individuales de las víctimas, derivadas de sus circunstancias personales, la experiencia de victimización y la voluntad manifestada por éstas. El conocimiento de los procesos de victimización y desvictimización, así como sus necesidades y derechos, es materia propia de la victimología, disciplina básicamente interdisciplinar, cuyo estudio forma parte de los planes de estudio de las titulaciones de criminología. Por ello los profesionales que pueden tener un mayor

número de competencias para realizar las funciones propias de los profesionales que deben intervenir como técnicos de apoyo en el proceso penal, en los servicios especializados de apoyo a víctimas o de justicia restaurativa son las personas tituladas en criminología, con especialidad en victimología. Ello no excluye que en los servicios de apoyo existan además otros profesionales que aporten conocimientos propios de otra especialidad, como la psicología, que, en el contexto del trabajo en equipo, permitan una intervención más eficaz en los diversos procesos en que intervengan.

La profesionalización no excluye el importante papel que puede desempeñar el voluntariado en los servicios de apoyo, como revela la experiencia en otros países, en los que esta clase de servicios cuenta con la colaboración de miles de voluntarios. En España ha habido también una evolución social que ha llevado a una creciente oferta de personas, muchas de ellas con elevados niveles de formación, dispuestas a asumir tareas de voluntariado, que puede ajustarse a la demanda de atención existente respecto a víctimas necesitadas de atención.

XI. Bibliografía

- BRIENEN / HOEGEN: *Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*. Nijmegen, 2000.
- CHRISTIE, N.: «The ideal victim», en E. Fattah (ed.) *From Crime Policy to Victim Policy*. St. Martin's Press, New York, 1986.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat: *El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor, 2016.
- GIL GIL, A.: «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *InDret*, 2016.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: «Estatuto de la víctima: comentario a su regulación procesal penal», en *Diario La Ley*, n. 8351, 2014.
- TAMARIT SUMALLA, J.: «Paradojas y patologías en la construcción social, jurídica y política de la victimidad», en *InDret*, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J., «El necesario impulso de la justicia restaurativa después de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012», en *AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, n. 1, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J.: «Las respuestas a la victimización: nuevas formas de intervención y reparación que garanticen el rol subsidiario de la justicia penal», en Tamarit / Pereda (coord.), *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*. Ed. Edisofer Bdef, Buenos Aires et al., 2014.

- TAMARIT SUMALLA, J., VILLACAMPA ESTIARTE, C., SERRANO MASIP, M., *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentario a la Ley 4/2015*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- URBANO CASTRILLO, «¿Es necesario un estatuto de la víctima?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9, 2013.
- VAN DIJK, J.: «A critique of the Western Conception of Victimhood», en *International Review of Victimology*, 2009.
- VERVAELE, J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes /participantes en el proceso penal?», en De Hoyos Sancho, M. (dir), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

El modelo de justicia restaurativa tras la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito¹

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Sumario: I. El surgimiento del modelo de justicia restaurativa. II. El marco normativo vigente del modelo de justicia restaurativa. 1. La Directiva 2012/12/UE. 2. La Ley 4/2015, de 27 de abril. III. Las garantías de la justicia restaurativa para preservar el proceso debido. 1. Introducción. 2. La garantía de autonomía. 3. La garantía de protección de las víctimas. 4. La garantía de trato como inocente del investigado/encausado. 5. La garantía de la reparación. 6. La garantía de privacidad. IV. La gestión procesal de la mediación. 1. Los asuntos susceptibles de mediación. 2. Órganos judiciales que pueden derivar y momentos procesales para la derivación. 3. El espacio de mediación. a) Fase de acogida. b) Fase de encuentro dialogado. c) Fase de acuerdo. 4. La incorporación del resultado de la mediación al proceso. a) Procedimiento para el enjuiciamiento ordinario de los delitos leves. b) Procedimiento por aceptación de Decreto del Ministerio Fiscal. c) Procedimiento abreviado. d) Procedimiento ordinario. e) Fase de ejecución de sentencia. V. El modelo de justicia restaurativa en la consecución de los objetivos del sistema penal. 1. Introducción. 2. Cierre anticipado del procedimiento. 3. Imposición de una pena atenuada. 4. Imposición de penas no privativas de libertad. 5. Fijación de modelos de inexecución de la pena de prisión. VI. Bibliografía.

¹ Este artículo desarrolla un material que fue tratado anteriormente en SUBIJANA, I.J., PORRES, I. y SÁNCHEZ, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 2, 2015, pp. 125-150.

Resumen: El presente artículo realiza una reflexión sobre la aplicación del modelo de justicia restaurativa, tras la entrada en vigor del artículo 15 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito. En concreto examina la perspectiva constitucional, describiendo las garantías que debe cumplir para satisfacer las exigencias del debido proceso; la perspectiva procesal, mediante el análisis del proceso de construcción del espacio de comunicación en cada fase del proceso adversarial así como el estudio de la dinámica de incorporación del acuerdo restaurativo al citado proceso y, finalmente, la perspectiva sustantiva, ceñida a la satisfacción por el acuerdo restaurativo de los objetivos asignados por el sistema jurídico al orden penal a través de la resolución judicial que lo homologue.

Palabras clave: justicia restaurativa, garantías, proceso de comunicación, derivación, gestión procesal, reparación.

I. El surgimiento del modelo de justicia restaurativa

El sistema jurídico de comienzos del siglo XXI está asistiendo a cambios paulatinos, pero evidentes, en el modo y manera de resolver los conflictos de todo orden que se suscitan en la comunidad. Hasta este momento de nuestra evolución como sociedad el modo de resolución de conflictos es básicamente heterocompositivo, institucional, profesional y adversarial. Es decir, corresponde a un tercero integrado en el Poder Judicial del Estado decidir la solución apropiada a la controversia suscitada entre una o varias personas; la mentada solución se obtiene a partir de las pretensiones formuladas por quienes son contratados como profesionales por las personas inmersas en el conflicto y, finalmente, se produce en el seno de un procedimiento organizado para que cada parte, como adversario, aporte los alegatos y datos probatorios precisos para convencer al Juez de la mejor razón jurídica de su pretensión. En este modelo de justicia lo relevante son las peticiones que formulan cada una de las partes así como la posición desde la que cada una de ellas esgrime su satisfacción. En este esquema, las posiciones se perfilan como estrategias de afirmación de lo que se postula para su inserción en un esquema procedimental en el que un tercero, que representa a la comunidad, resuelve cuál de ellos es preeminente. Amén de otras consideraciones, los preteridos en este modelo son los intereses, es decir, las inquietudes que mueven a cada una de las partes insertas en el conflicto a postular lo que solicitan y a per-

filas sus posiciones para posibilitar su consecución. Y no resulta aventurado sostener que la razón principal de la preterición de los intereses en el modelo adversarial es, precisamente, la ausencia en el mismo de un espacio de comunicación en el que las partes expliquen qué está suponiendo para cada una de ellas el conflicto. Y la mentada ausencia es connatural al modelo, en la medida que la intervención de las partes en el mismo únicamente está concebida desde una perspectiva estrictamente probatoria, encaminada, por lo tanto, a que aporten datos que trasladen al juez o tribunal la convicción de que su posición es la que debe ser tutelada.

Las elevadas dosis de frustración que genera a las personas la falta de espacio para sus intereses, sobre todo en dinámicas relacionales conflictivas (en los que la pacificación precisa básicamente una solución y no una decisión) ha fomentado en gran manera la eclosión del denominado modelo restaurativo de justicia en el que lo determinante son las necesidades e intereses de las personas inmersas en el conflicto. De ahí que en este modelo el elemento nuclear sea la construcción de un espacio de comunicación en que las personas puedan trasladar las inquietudes que el conflicto ha suscitado en ellas para que, desde las mismas, sean ellas las que, con los apoyos ofrecidos por los facilitadores, expongan sus intereses y, desde ahí, construyan, en su caso, una respuesta que pacifique el conflicto. En este modelo, lo prioritario, por lo tanto, es lo colaborativo. De ahí que las posiciones para satisfacer los intereses no se diseñen como estrategias de oposición radical para que un tercero dirima lo que procede (esquema en el que lo que se concede a uno se niega al otro), sino, más bien, como planteamientos cooperativos o colaborativos encaminados a que las personas que viven el conflicto construyan una solución integradora en la que se sienten reconocidas.

Este nuevo modelo es fruto de una evolución que refleja que lo preexistente —el modelo adversarial— no es suficiente para satisfacer las exigencias de efectividad en la tutela solicitada por las personas —artículo 24.1CE— lo que exige su complemento con formas disímiles de impartir justicia. Por ello, no sustituye a lo existente sino que complementa a lo existente. Es decir, el modelo adversarial seguirá existiendo y, como tal, servirá de cauce a la composición institucional de numerosos conflictos que se susciten a la comunidad. Pero, junto al mismo, y para conferir respuesta a las necesidades de las personas que estimen que es la mejor opción para ellas, se ubica el modelo de justicia restaurativa.

La irrupción de este modelo de justicia viene alentado, preferentemente, por los siguientes factores:

- i) La progresiva implantación de sociedades complejas y globales en las que los conflictos que se suscitan tratan de encauzarse a través de soluciones en las que se integran tanto la perspectiva individual como la social. Lo hacen, además, desde espacios comunicativos que posibilitan que los integrantes del conflicto cooperen en igualdad de condiciones a la entente. Es decir, se estima que los conflictos afectan a las personas individuales así como a los sistemas en los que se integran (personal, social, económico, cultural) y, por ello, las respuestas que se diseñen tienen que introducir dosis importantes de pacificación individual y social.
- ii) El reconocimiento de la autonomía como valor estructural de toda persona. Se estima, por lo tanto, que las personas no pierden márgenes de actuación autónoma en los conflictos en los que se ven inmersos, razón por la cual, en la medida que quieran, deben ser gestores de las decisiones que se propongan a los mismos. El anclaje jurídico es el derecho de autodeterminación personal, que legitima a cada persona a confeccionar su proyecto de vida conforme a sus propios principios y convicciones, lo que justifica que, también, tenga la misma legitimidad para encauzar y solventar los conflictos que tal ejercicio provoca en los demás.
- iii) La progresiva introducción en los sistemas jurídicos de normas que sustituyen los mandatos de determinación por las reglas de actuación y en los que, consecuentemente, los efectos jurídicos a declarar en cada supuesto dependen de una valoración de los intereses y valores concurrentes en cada caso, sin que, por lo tanto, de forma apriorística, un valor tenga preeminencia sobre otro. De ahí lo fértil del desarrollo de la teoría de los principios según la cual los conflictos, en muchas ocasiones, se presentan como principios en tensión o conflicto, al estar alimentados por razones que justifican decisiones antitéticas, pues la satisfacción de una supone la exclusión de la otra. Estos conflictos se resuelven mediante un juego de ponderación de las razones en conflicto a la luz de las circunstancias concurrentes, de manera que, en cada caso, se decide qué razón se impone a la otra. Es una muestra clarividente del tránsito del derecho imperativo, en el que la regla axiológica es la jerarquía y, por lo tanto, la verticalidad, al derecho relacional o colaborativo, en el que la pauta axiológica es la ponderación y, consecuentemente, la horizontalidad.
- iv) El progresivo ensalzamiento de la justicia procedimental como termómetro ciudadano de la legitimidad del sistema de justicia.

Esta perspectiva, trasladada por los estudios sociológicos sobre la materia, permite dejar constancia de que los ciudadanos valoran más el nivel de información y participación en el procedimiento —es decir, cual ha sido su protagonismo en el mismo— que la decisión adoptada en el mismo.

- v) La reformulación de la función de los operadores jurídicos en los sistemas de composición de conflictos. Así, el juez o tribunal que resuelve una contienda entre partes a partir de las pretensiones por ellas ejercitadas, también tiene que estar preparado para efectuar las siguientes tareas: deslindar cuándo procede derivar el caso a un espacio de comunicación conectado con los tribunales, qué solución procesal tiene que conferir a esta situación así como qué criterios legales tiene que tener en cuenta para homologar el acuerdo que las partes confieran al conflicto. A su vez, el abogado/a tiene que ubicarse de forma definitiva en el papel de orientador jurídico de su cliente, ayudándole a que éste decida, conforme a sus necesidades, si prefiere promover una tutela de sus derechos e intereses que transite por una reclamación que resuelva un juez o tribunal en el seno de un proceso adversarial o, si por el contrario, estima más deseable que la referida tutela se integre en un proceso de comunicación con la parte con la que se encuentra en conflicto con el objetivo de que sean ellas quienes, con la facilitación de terceros y el apoyo de sus propios abogados, elaboren una solución a las necesidades e intereses que el conflicto ha suscitado en ellos.

El sistema de justicia del siglo XXI tiene que ser versátil, ofreciendo modelos de respuesta acordes con las necesidades de las personas que acuden a solicitar una tutela jurídica. Puede afirmarse, sin ambages, que la función pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado puede desplegarse de maneras distintas superando, de esta manera, una concepción estática de lo jurisdiccional que ubica al juez en el plano resolutivo y coloca a las partes en una perspectiva postulante. En este sentido, un rol del juez como agente institucional que posibilita la composición de los conflictos favorece una concepción netamente instrumental de la tarea de juzgar, en la que lo determinante son los intereses de las personas, confiriendo, de esta manera, máxima prioridad al paradigma de humanidad². Para ello, es preciso

² SUBIJANA, I.J., «El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa», en *Eguzki-lore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 2013, pp. 143-153.

ofrecer a las personas diversos modos de impartir justicia, unos de corte adversarial, basados en la existencia de posiciones antagónicas formuladas de modo equitativo para que el juez resuelva, y otros, de perfil comunicativo, en el que las partes exhiben sus intereses con la ayuda de uno o varios facilitadores y ofrecen una solución convenida que el juez asume, si respeta la legalidad.

Este nuevo modelo de justicia es aplicable a cualquier orden jurídico, si bien, en esta reflexión, vamos a limitar nuestro análisis al orden penal. En este sector del ordenamiento, el modelo de justicia restaurativa, consciente de que el juicio es un escenario para aquilatar, probar y refrendar posiciones y no un espacio para afrontar necesidades, plasmar inquietudes y formular preguntas, aun sin respuesta³, pretende conceder a las partes la opción de habilitar un espacio de comunicación dentro del proceso para atender, entender, comprender y solucionar. En este modelo, el juez tiene un papel inicial, posibilitando el proceso de comunicación a través de la derivación, y otro, final, de homologación de lo acordado por las partes por su compatibilidad con la ley. El juez no tiene, por lo tanto, una función resolutoria. Y ello no coloca su tarea pública fuera de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado —artículo 117.3 CE—, pues admitido está en el sistema jurídico español la figura del juez que homologa lo acordado por las partes (a modelo de ejemplo, las conformidades).

II. El marco normativo vigente del modelo de justicia restaurativa

1. La Directiva 2012/12/UE

Tras la limitada referencia que hizo el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 a la mediación penal⁴, es el artículo 2.d de la Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que

³ VARONA, G., «El concepto de memoria desde la Victimología: cinco conclusiones provisionales sobre las relaciones entre memoria, justicia y políticas victimales en las dinámicas de graves victimizaciones ocultas, directas e indirectas», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 28, 2014, pp. 183-199.

⁴ Una exposición de la evolución normativa en esta materia, GUARDIOLA, J., «¿Es necesario un marco normativo específico para la mediación penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 43, 2016, pp. 154-177.

se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JI, el que define la justicia restaurativa como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial. Desarrollando esta previsión, el artículo 12.1 del mismo texto legal estipula que los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

1. que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima, en cual podrá retirarse en cualquier momento;
2. antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
3. el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
4. todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
5. los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

Como se colige de esta regulación, la Directiva se adscribe al denominado modelo habilitante⁵ en la medida que ni circunscribe la deriva-

⁵ SUBIJANA I.J., «La mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: consideraciones a la luz de los datos ofrecidos por la primera memoria elaborada tras la aprobación, en junio de 2011, de la última versión del protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial», en *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n.º 3, 2014, pp. 351-368.

ción a las técnicas restaurativas a determinados injustos penales (modelo directivo) ni, tampoco, introduce una prohibición apriorística de derivación para determinadas tipologías delictivas (modelo prohibitivo). Lo máximo que estipula en su artículo 12.2 es que los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación. En este sentido, el considerando 46 de la Directiva perfila los criterios a tener en cuenta para la derivación judicial en aras a garantizar la autonomía volitiva de la afirmada víctima y evitar una nueva victimización (primaria o secundaria). A saber: 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.

2. *La Ley 4/2015, de 27 de abril*

Implementado las previsiones contenidas en la Directiva, el artículo 15.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD) 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, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad;
2. 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 su cumplimiento;
3. el infractor haya prestado su consentimiento;
4. 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
5. no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

El artículo 15.2 disciplina que los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación,

estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

Finalmente, el artículo 15.3 explicita que la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

La LEVD reproduce el contenido de la Directiva con dos significativas excepciones:

1. la primera, una equívoca confusión entre el modelo de justicia restaurativa y la mediación: no obstante la genérica referencia que hace el encabezamiento del precepto a los servicios de justicia restaurativa, sin solución de continuidad, al describir los elementos que deben concurrir para la derivación, existen constantes y únicas menciones al procedimiento de mediación;
2. la segunda, la previsión de la existencia de prohibiciones normativas de derivación, lo que supone un expreso reenvío a la interdicción de mediación (que no de otras técnicas restaurativas) en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer contenida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ⁶—.

A partir de esta inserción de la justicia restaurativa en nuestro sistema normativo, procede reflexionar sobre la construcción de un modelo de justicia restaurativa que:

- en el plano constitucional permita satisfacer las exigencias del proceso debido;
- en el plano procesal articule adecuadamente tanto la implantación del espacio de comunicación en cada fase del procedimiento como la incorporación de lo elaborado en el citado espacio al mismo;
- en el plano sustantivo, posibilite la satisfacción de los objetivos asignados por el sistema jurídico al orden penal: la ratificación de la vigencia de la norma, la prevención delictiva y la reparación del daño injusto causado a las víctimas.

⁶ Un análisis del fundamento de la prohibición y de los elementos para el debate centrado en un posible replanteamiento de la vigencia de la misma, en GISBERT, S. y MARTÍNEZ, E., *Género y violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª edición, 2016, pp. 97-103.

III. Las garantías en la justicia restaurativa para preservar el proceso debido

1. Introducción

La justicia restaurativa pretende construir un espacio de comunicación, facilitado por un tercero, entre la afirmada víctima y el considerado como infractor destinado a la responsabilización del segundo en la reparación, en la medida de la posible, del daño sufrido por la primera⁷. Este encuentro trata de situarse, precisamente, en el espacio de distancia creado entre ambos por la comisión del delito, con la finalidad de transformar en términos pacificadores las relaciones individuales y sociales⁸. En este sentido la Unidad de Justicia Restaurativa del Servicio de Prisiones de Canadá⁹ indica que la justicia restaurativa supone un enfoque, no adversarial y no retributivo, que enfatiza la recuperación de las víctimas, la toma de responsabilidad significativa por parte de los infractores y la implicación de la ciudadanía. En un sentido similar la STS 770/2013, de 22 de octubre, menta que la Justicia Restaurativa pone el énfasis en el reconocimiento de los roles de la víctima y del agresor poniendo el acento en obtener una respuesta más centrada en el daño concreto causado a la víctima y a su reparación, de suerte que la reparación viene a restaurar la situación anterior a la infracción, dando satisfacción a la víctima y al mismo tiempo reintegrándose el agresor a la comunidad civil por el reconocimiento de su ilegítimo actuar que se patentizaría con el hecho de la reparación y reconocimiento de la violación normativa que efectuó.

Este modelo de justicia tiene que ser integrado en la cultura organizativa del sistema de justicia, de modo y manera que todos los integrantes del mismo efectúen sus funciones de una manera coordinada y cooperativa.

⁷ DE LA CUESTA, JL. «Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2014, 217-230.

⁸ PARMENTIER, S., «Necesidades y derechos de las víctimas de crímenes internacionales. Repasando la contribución del prof. Tony Peters a la Victimología», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 2013, pp. 81-92.

⁹ BUCK, M., (Dir): *Restorative justice basic resource kit*, Correctional Services of Canada, Ottawa, 2016.



El juez o tribunal, como garante de derechos, tienen que preservar que la derivación de un caso a los servicios de justicia restaurativa (sea la mediación, los círculos, las conferencias o los paneles) cumpla las siguientes garantías para respetar los parámetros indeclinables del proceso debido: garantía de autonomía, garantía de protección de las víctimas, garantía de trato como inocente del investigado/encausado, garantía de reparación del daño injusto y garantía de privacidad). En este apunte la reflexión se circunscribe a la mediación, dejando al margen otras técnicas restaurativas, en la medida que el sistema institucional de justicia, en la actualidad, únicamente tiene protocolizado en su diseño la existencia de técnicas de mediación.

2. La garantía de autonomía

La garantía de autonomía precisa que la derivación al espacio de mediación, el desarrollo del mismo y el acuerdo que, en su caso, se alcance en su seno, sea fruto de un consentimiento libre e informado de la afirmada víctima y del investigado/encausado. Desde esta perspectiva tiene especial importancia dos aspectos; la información por parte de los agentes públicos y la función de los abogados/as como orientadores jurídicos.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 139-175

En el plano de la información, el tratamiento normativo de esta cuestión es diferente, según se trate de la afirmada víctima o del investigado/encausado. Cuando se trata de la afirmada víctima, el artículo 5.1.k LEVD reconoce su derecho a ser informada desde el primer contacto con las autoridades públicas de los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en los que es legalmente posible este modelo de justicia. Esta información debe ser comprensible y, para ello, debe adaptarse a sus circunstancias y condiciones personales, a la naturaleza del delito cometido y a los daños y perjuicios sufridos. Además debe ser completa, incluyendo los efectos favorables que para el investigado/encausado puede suponer la participación en el programa restaurativo. No está prevista, en cambio, en la ley que tal información también se realice al investigado/encausado (artículos 118 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECrim—, tras las modificaciones operadas por la LO 5/2015, de 27 de abril y LO 13/2015, de 5 de octubre). Ello no es óbice para que la misma se tenga que realizar en el momento de la derivación del asunto al espacio de mediación, dado que, como en seguida veremos, es necesario su consentimiento para iniciar el procedimiento de mediación. En ambos casos, la información tiene que abarcar sus presupuestos, su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento. A partir de tal premisa, tanto la afirmada víctima como el investigado/encausado tienen que prestar su consentimiento para participar en el espacio de mediación (artículo 151.b y c LEVD), pudiendo revocar el mismo en cualquier momento (artículo 15.3 LEVD).

La función de los abogados/as como orientadores jurídicos de la afirmada víctima y del investigado/encausado es vertebral para lograr que el consentimiento de las partes para participar en un proceso comunicativo sea fruto de una voluntad informada. La orientación jurídica por parte de los abogados/as precisa que sea el Juez o Tribunal, a través del Letrado de la Administración de Justicia, que actúa como gestor de las decisiones jurisdiccionales en los términos que prevean las leyes procesales (artículo 456.6 LOPJ), comunique a las partes (afirmada víctima e investigado/encausado) y a los abogados/as la derivación del caso al espacio de mediación así como los efectos jurídicos que tal decisión tiene en el procedimiento (si es que tiene alguna). Asimismo es necesario que en la sesión informativa —primer acto del espacio de mediación en el que el mediador o equipo de mediadores informa sobre las condiciones, las características y los efectos del espacio comunicativo— estén presente los abogados/as de la afirmada víctima y del investigado/encausado, de manera que es-

tos puedan asesorar a las partes sobre la conveniencia o no de iniciar la mediación. Si, finalmente, la afirmada víctima y el investigado/encausado deciden iniciar la mediación, el abogado/a no tomará parte en las sesiones de mediación, si bien, lógicamente, cada una de las partes mantendrá contacto con ellos para ponderar si mantienen o no su voluntad de seguir en la mediación (recuérdese que el consentimiento para participar en la mediación es revocable en cualquier momento). Finalmente los abogados/as serán los destinatarios, junto con el Ministerio Fiscal, del acta de reparación para que, a la luz del mismo, puedan deslindar qué estrategia procesal van a seguir en el procedimiento y cómo van a incorporar el resultado de la mediación al mismo.

3. *La garantía de protección de las víctimas*

La garantía de protección de las víctimas exige que la derivación al espacio de mediación o de cualquier otra técnica restaurativa únicamente sea factible cuando no exista riesgo de victimización secundaria, reiterada, intimidación o represalias. En este sentido el artículo 15.1.d LEVD exige 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. Desde esta perspectiva, el espacio de comunicación debe ser seguro y competente, lo que exige que el Juez o Tribunal tome en consideración, a la hora de proceder a la derivación a los servicios de justicia restaurativa, criterios como: la naturaleza y gravedad del delito, la intensidad del daño causado a la víctima o la existencia de un contexto de dominación violenta psicofísica o sexual o los desequilibrios de poder entre los integrantes de la interacción conflictiva (así, considerando 46 de la Directiva 2012/29/UE). La neutralización de los riesgos de revictimización es primordial para concluir que el espacio comunicativo redundará en interés de la afirmada víctima, al ofrecer un escenario fértil a la satisfacción de sus necesidades de atención y escucha. En este plano debe incardinarse la intervención del Ministerio Fiscal. Su carácter de promotor de la acción de la justicia en interés de la sociedad (artículo 124 de la Constitución española), de protector de los derechos de las víctimas (artículo 773.1 LECrim), o de especial garante de las víctimas menores de edad (artículo 19 LEVD) justifica plenamente que en supuestos de víctimas necesitadas de especial protección, antes de acordar la derivación, el Juez o Tribunal confiera audiencia al Ministerio Fiscal y cuente, también, con el apoyo de las

Oficinas de Asistencia a las Víctimas¹⁰ (artículo 29 LEVD), que deben estar integradas por profesionales con una sólida formación victimológica. En la misma línea, la formación y experiencia de los facilitadores constituye una exigencia de primera magnitud, cualquiera que sea la modalidad organizativa que se siga: profesionales adscritos a los Juzgados o Tribunales o externos a los mismos.

Las víctimas especialmente vulnerables por razones personales, relacionales o contextuales, no están excluidas de la derivación a las técnicas restaurativas. Lo que sí precisan es una tutela reforzada que se traduce en una especial ponderación por el juez o tribunal de cada caso concreto para evitar que la edad, la discapacidad o la asimetría de poder puedan limitar su capacidad para consentir libre y voluntariamente o puedan favorecer situaciones de revictimización. En los casos de menores de edad, por ejemplo, será recomendable partir de una perspectiva holística de la legislación (atendiendo, fundamentalmente, a lo dispuesto en los artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en redacción conferida por la LO 8/2015, de 22 de julio), de manera que, sin perjuicio del análisis adicional de las circunstancias del caso concreto, con carácter general se excluya la derivación de menores de doce años (respecto a los cuales no existe una presunción normativa de madurez), se estime como extraordinaria la derivación de menores entre doce y catorce años (únicamente a partir de esta última edad se tiene responsabilidad jurídico penal), alcance mayor presencia en los casos de menores entre catorce y dieciséis años y, finalmente, sea frecuente con mayores de dieciséis años. Lo determinante, en todo caso, será el grado de madurez del menor, juicio ponderativo que deberá hacer el juzgador en cada caso (al respecto, véase STS 699/2014, de 28 de octubre, en un supuesto de ejercicio del derecho a la dispensa legal para declarar en juicio), así como el papel de apoyo que en ocasiones pueden aportar terceras per-

¹⁰ El artículo 37 del Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, especifica las siguientes funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa: a) informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa; b) proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima y c) realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. El ejercicio eficaz de estas competencias precisará de una estrecha coordinación y colaboración del Servicio de Atención a las Víctimas con el Servicio de Mediación intrajudicial. Así, MORENO, R., «El European Forum For Restorative Justice (EFRJ): Una experiencia europea para promover la Justicia Restaurativa y la Mediación en Europa y mejorar servicios públicos en el ámbito de la Administración de Justicia en Euzkadi», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10, 2016, p. 63.

sonas¹¹. El único óbice jurídico a la derivación es que la justicia restaurativa esté prohibida por la ley para el delito cometido. En la legislación española esta interdicción se circunscribe a la mediación en los asuntos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 ter. 5 LOPJ).

4. *La garantía de trato como inocente del investigado/encausado*

La garantía de trato como inocente del investigado/encausado explica que, en las fases previas al enjuiciamiento, únicamente quepa que el Juez o Tribunal derive el proceso a mediación cuando el mismo haya reconocido los elementos fácticos del caso. Sabido es que la presunción de inocencia tiene una doble dimensión: como regla de procedimiento y como regla de juicio (por todas, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Arraigo y Vella c. Malta de 10 de mayo de 2005, caso Lizaso Azconobieta c. España de 28 de junio de 2011 y caso Neagoe c. Rumania de 21 de julio de 2015). La presunción de inocencia como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso, hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad¹². La presunción de inocencia como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad del destinatario de la pretensión penal se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo.

El respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no quepa la derivación cuando el acusado niegue la pertenencia del hecho. Es decir, cuando, desde la perspectiva factual, declare que no es culpable del hecho porque no ha participado en el mismo. Es obvio que si el hecho no le pertenece, porque niega que lo haya realizado, una derivación por el Juez o Tribunal del caso al espacio de mediación supondría tratar como presunto culpable a quien se

¹¹ TAMARIT, J., ABAD, J. y HERNÁNDEZ, P., «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 2, 2015, pp. 49-50.

¹² La Directiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio estipula en su artículo 3 que los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Tal y como dispone su artículo 14, los Estados miembros tienen que transponer esta Directiva antes del 1 de abril de 2018.

presume inocente¹³. Diferente es, sin embargo, el caso de quien, admitiendo que el hecho sustancialmente le pertenece, se opone a la significación jurídica que se pretende del mismo, ora por estimar que no es típico, ora por considerar que, siendo típico, no es injusto u ora por valorar que siendo injusto no le es reprochable. Pongamos varios casos para explicar esta garantía. Si el procedimiento tiene por objeto un delito de lesiones por deformidad, cabe la derivación, sin lesionar el derecho a un trato como inocente, si el investigado/encausado afirma ser causante de las mismas pero estima que lo provocado no es una deformidad o considera que se produjeron en legítima defensa. En cambio, no sería posible la derivación si menta que él no causó las referidas lesiones. Si el procedimiento tiene por objeto un delito de estafa por haber simulado en el tráfico mercantil una solvencia de la que se carece y, de esta manera, haber obtenido un beneficio económico a costa del perjuicio de quien dispuso de bienes o servicios por estimar solvente a quien no lo era, será posible la derivación si se admite haber obtenido los bienes o servicios a través de la contratación y haber causado un perjuicio al no haber satisfecho la contraprestación pactada pero, sin embargo, se niega haber simulado una solvencia inexistente, manteniendo que fueron circunstancias sobrevenidas e imprevisibles las que hicieron imposible el cumplimiento de lo debido. No será factible, sin embargo, la derivación cuando se niega haber realizado la contratación de los bienes o servicios cuyo precio no se sufragó. Finalmente, en el delito de administración desleal será factible la derivación cuando se admita la realización de los actos de administración del patrimonio ajeno que se tildan de desleales y únicamente se cuestione que los mismos se realizaron quebrando las reglas de una administración leal y, por el contrario, no será posible la misma si se niega la propia realización de los actos de administración.

¹³ Esta cuestión es enormemente controvertida. A modo de ejemplo, ARMENGOT entiende que es posible la derivación, cualquiera que sea la posición del investigado respecto a los hechos, cuando el juez haya apreciado la existencia de indicios de participación del infractor en los hechos objeto de instrucción (ARMENGOT, A., «Suspensión del proceso penal y efectos procesales del acuerdo mediador», en CERVELLÓ, V. (dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 123-124). Por su parte CAMARENA considera que la derivación judicial (o la de cualquier órgano) a mediación en fases previas a la ejecución conlleva, cualquier que sea la forma en que se realice, una vulneración de la presunción como regla de tratamiento. De ahí que considera que únicamente es posible la remisión a los servicios de mediación de aquellas causas en las que hubiera una petición expresa de la defensa (CAMARENA, S., «Efectos materiales del acuerdo mediador y consecuencias en el proceso judicial del fracaso del acuerdo mediador», en CERVELLÓ, V. (dir.), cit, p. 145).

5. *La garantía de la reparación*

La garantía de la reparación exige que el objeto de la mediación sea la restauración del conflicto generado por la infracción penal en términos fértiles para la pacificación individual y social. Desde esta perspectiva, indicadores positivos para la derivación son:

- la necesidad de modificar las dinámicas relaciones de las personas involucradas en el conflicto porque se integran en sistemas comunes (familiares, laborales, profesionales, educativos) o comparten espacios (lúdicos, sociales), lo que alimenta controversias futuras;
- la capacidad de las partes para identificar su respectivo interés y, finalmente,
- la voluntad de solución del problema (mirada al futuro) y no de venganza (mirada al pasado).

La restauración puede lograrse a través de la combinación de estrategias de compensación diversas, como la económica, la prestacional, la terapéutica o la simbólica, y puede consistir, en muchas ocasiones, en remodelar, a modo de reparación transformadora o reconstructiva¹⁴ unas relaciones preexistentes claramente criminógenas (a modo de ejemplo, contextos de dominación en áreas familiares, educativas, profesionales o sociales). Traemos, a estos efectos, el concepto de reparación contenido en el artículo 112 del Código Penal —en adelante, CP—: la reparación, dice el precepto, podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer. Hacemos mención, también, a la pacífica jurisprudencia que estipula que cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica, pueden integrar las previsiones de la atenuante (por todas, STS 616/2014, de 25 de septiembre). Incluso es sumamente ilustrativa la mención jurisprudencial a la reparación como restauración a costa del infractor (STS 521/2015, de 13 de octubre).

En este plano es factible la articulación de lo restaurativo con lo terapéutico. En multitud de ocasiones la reparación diseñada por las partes transita por la construcción de un espacio jurídico que posibilite la implantación de un tratamiento específico que facilite la asis-

¹⁴ TAMARIT, J., «La reparación y el apoyo a las víctimas», en TAMARIT, J. (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 305-354.

tencia médica especializada de trastornos mentales o la debida implantación de programas de deshabituación de adicciones químicas. Para conferir pleno rendimiento a esta perspectiva es sumamente fructífera la cooperación judicial y sanitaria que, dentro de sus respectivas competencias:

- permita al juez o tribunal decidir qué procede imponer para posibilitar la estrategia terapéutica —una medida o una inejecución—;
- posibilite al ámbito sanitario determinar dónde procede su implantación —qué recurso sanitario es el más idóneo para obtener el objetivo pretendido— y
- favorezca a ambos deslindar de forma cooperativa cómo se lleva a cabo lo acordado en el lugar indicado.

En el plano de la restauración la calidad del encuentro restaurativo es determinante, en la medida que cuanto más afectante resulte para los partícipes en el mismo, mayor será el nivel de pacificación que se obtenga como resultado.¹⁵ Desde esta perspectiva se ha predicado un posible sentido terapéutico de la justicia restaurativa, atendiendo al significado curativo para la víctima del reconocimiento de la significación de lo ocurrido y su ubicación en la esfera de responsabilidad del victimario¹⁶.

6. La garantía de privacidad

La garantía de privacidad exige que el espacio de comunicación sea confidencial, de manera que nada de lo tratado o acordado pueda acceder al procedimiento si no es con el consentimiento conjunto de la afirmada víctima y el investigado/encusado. De esta manera los mediadores y los profesionales que participen en el procedimiento de mediación (auxiliares, peritos, orientadores jurídicos) estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función (artículo 15.2 LEVD) y las partes al deber de sigilo respecto

¹⁵ SAMPEDRO, J., «El proceso penal como encuentro víctima-victimario: reflexión en torno al espacio judicial como escenario de encuentro hacia la reconciliación», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 1, 2014, pp. 132-136.

¹⁶ WALKLATE, S., «Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 4, 2016, pp. 86-89.

a lo conocido en el procedimiento de mediación¹⁷. Esta garantía tiene varias exigencias:

- la primera, que la falta de inicio o la falta de culminación del espacio de mediación será comunicada al Juez o Tribunal sin especificar el motivo o la razón de la falta de inicio o del inicio sin culminación:
- la segunda, que, de celebrarse un juicio adversarial, no podrá ser fuente de prueba de lo ocurrido en el espacio de mediación ni el facilitador ni ninguno de los dos intervinientes y
- la tercera que, de culminarse el espacio de mediación con un acuerdo, el acta de reparación, en el que se plasma el mismo, se entregará a las partes y al Ministerio Fiscal para que la gestionen procesalmente, sin remisión al Juez o Tribunal.

Respecto al último extremo, a mi juicio debe evitarse, a toda costa, que el acta de reparación funcione o pueda utilizarse como un elemento probatorio y tal riesgo, implícito o explícito, existe si el acta de reparación se transmite al Juez o Tribunal, incorporándolo al procedimiento. Únicamente será factible esta incorporación cuando no exista riesgo de su utilización como elemento probatorio y ello acaecerá cuando se pronuncie sentencia en un proceso de estricta conformidad y se aporte el acta de reparación para que se refleje en los pronunciamientos de la sentencia el acuerdo alcanzado¹⁸.

IV. La gestión procesal de la mediación

1. *Los asuntos susceptibles de mediación*

Cumplidas las garantías de protección de las víctimas y de trato como inocente del investigado/encausado, la derivación al espacio de mediación precisa que:

¹⁷ Señala CAMARENA que es sumamente difícil detectar la introducción por vía indirecta de información obtenida en el proceso de mediación.(CAMARENA, S., «Efectos materiales», cit. (n. 13), p. 155 y ss.

¹⁸ SAEZ entiende que si el acta que contiene el acuerdo restaurativo no contiene una descripción del suceso se sortea cualquier intento de aprovechamiento probatorio. SÁEZ, R., «La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2012, p. 1766.

- el injusto posibilite la comunicación bidireccional de la afirmada víctima y el investigado/encausado;
- tal comunicación no esté prohibida por la ley;
- se inserte en una relación o en un contexto que haga sumamente fértil la pacificación y
- se tramite en un procedimiento que permita la construcción del marco de diálogo.

Los injustos que permiten la articulación de una comunicación bidireccional son aquellos en los que existen investigados y víctimas definidas. De ahí que los injustos susceptibles de derivación a mediación son los que tienen a los intereses de las personas como bienes a proteger, destacando las infracciones contra la integridad corporal (lesiones), la libertad personal (coacciones y amenazas), y el patrimonio (hurtos, robos, estafas, apropiación indebida, administración desleal). Quedan fuera, por lo tanto, los delitos supraindividuales que protegen intereses colectivos y difusos (a modo de ejemplo, salud pública, seguridad vial, ordenación del territorio y medio ambiente) en la medida que no existen víctimas definidas y concretas. En algunos casos, sin embargo, se ha acudido al expediente de las víctimas subrogadas para permitir la mediación en estas figuras delictivas.

Es necesario, también, que la comunicación bidireccional entre el investigado/encausado y la afirmada víctima no esté prohibida por la ley. Por este motivo no es posible la mediación en los delitos de violencia de género, atendiendo a la interdicción contenida en el artículo 87 ter.5 LOPJ.

Presentes los anteriores elementos, la derivación al espacio de mediación está plenamente justificada cuando el delito se produce en el marco de un sistema en el que interactúan de forma continua el investigado/encausado y la afirmada víctima o acaece en el seno de un contexto en el que es factible un reencuentro entre ambos. Por ello, se valorará de forma especial que la infracción acaezca en los sistemas familiares, vecinales, docentes, laborales, empresariales, o en contextos lúdicos, de ocio y deportivos. También se valoran circunstancias que concurren en el investigado/encausado, tales como adicciones o trastornos mentales no inhabilitantes, que posibilitan fórmulas de justicia terapéutica, o su carácter de primario delictivo, que favorecen modelos punitivos diferentes a la ejecución penitenciaria. En todo caso, se ha señalado que la adecuación de la derivación al espacio de mediación depende más de las actitudes de las partes que de la gravedad del delito. Desde esta perspectiva una adecuada gestión del principio de flexibilidad debe posibilitar la de-

rivación cuando las necesidades de las partes, por ellas plasmadas tras la debida información, justifiquen la implantación de un espacio de comunicación, sin riesgo para la presunción de inocencia como regla de tratamiento o de la protección de las víctimas como pauta de actuación,

Finalmente es necesario que el asunto se tramite en un procedimiento penal que por su duración permita la implantación de la mediación. Por ello, se excluyen los casos de enjuiciamiento inmediato y rápido.

2. *Órganos judiciales que pueden derivar y momentos procesales para la derivación*

La derivación cabe realizarla en la fase de instrucción, en la fase enjuiciamiento y en la fase ejecución y puede ser efectuada en la legislación vigente por los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de lo Penal o las Audiencias Provinciales.

El órgano judicial, aplicando los criterios de derivación anteriormente señalados, de oficio o instancia de parte, resolverá motivadamente remitir el asunto al espacio de mediación, decisión que deberá motivar para evitar el tránsito por los espacios de arbitrariedad e inseguridad jurídica. La decisión, que será notificada al Ministerio Fiscal, al investigado/encausado, a la afirmada víctima y a sus respectivos abogados, irá acompañada de una información que el Letrado de la Administración de Justicia remitirá a las personas y profesionales mencionados en el que se explicitará, de una manera comprensible, en qué consiste la mediación, sus presupuestos, cual es el procedimiento a seguir y los resultados que se pueden alcanzar en la misma¹⁹.

En la legislación procesal penal (a diferencia de lo previsto en la LEC) no está prevista la suspensión del proceso una vez producida la derivación. Por ello entiendo que lo conveniente es que el procedimiento de mediación discurra de forma coetánea al desarrollo del proceso penal, gestionando, en la medida de lo posible, los «tiempos muertos» que puedan existir entre las diversas fases procesales (más fácil en la fase de enjuiciamiento o ejecución que en la instrucción)

¹⁹ El artículo 438.3 LOPJ enumera, entre los Servicios Comunes Procesales que pueden crearse por la Administración Pública competente, al de mediación.



3. El espacio de mediación

El espacio de mediación está organizado por el equipo de mediación que puede ser un servicio público gestionado por la propia Administración (a través de su propia estructura o mediante concesión de la gestión) o estar atribuido a un equipo designado en cada proceso a partir de una lista de mediadores homologados trasladada periódicamente a los órganos judiciales con representación institucional (Decanos, Presidentes de Audiencia, Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia). El modelo de servicio público es el existente en la Comunidad Autónoma del País Vasco que cuenta con Servicio de Mediación Intrajudicial, Servicio que depende de la Dirección de Justicia del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco. El modelo de gestión privada homologada es el previsto, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Murcia, donde la Unidad de Mediación Intraprocesal, integrada en el Servicio Común General de la nueva Oficina Judicial cuenta con un elenco de mediadores profesionales que voluntariamente prestan

sus servicios en los asuntos derivados a la Unidad desde los órganos judiciales²⁰.

En ambos casos, tras la comunicación judicial de la derivación del caso a mediación, el equipo de mediación contacta telefónicamente con las partes, a fin de tener una primera sesión informativa, en la que estarán acompañados de sus abogados/as. Para preparar la misma, el Servicio de Mediación obtendrá del Letrado de la Administración de Justicia la información imprescindible para el cumplimiento de su tarea mediante copia de las siguientes actuaciones: denuncia, declaraciones del investigado/encausado y de la afirmada víctima, informes periciales relevantes (lesiones, adicciones, anomalías o alteraciones psíquicas, tasación de daños), y, si la fase procesal lo permitiera, copia del escrito de acusación y de defensa así como de las resoluciones judiciales que delimitan la ejecución. En la sesión informativa, primero con el investigado/encausado y si ésta accede a participar al proceso de mediación, con la víctima, se les informará del contenido y naturaleza del proceso de la mediación, partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones de la persona mediadora (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. Tras ello, recabarán de ellas el consentimiento informado para participar en el procedimiento de mediación. Si el investigado/encausado y la afirmada víctima, debidamente asesorados por sus abogados, consienten, se iniciará el proceso de mediación. Si una de ellas o ambas se oponen, no se iniciará el proceso de mediación, comunicando este hecho al Juez o Tribunal que derivó sin indicar el motivo de la falta de inicio.

El espacio de mediación tendrá las fases que se describen a continuación.

a) FASE DE ACOGIDA

Cuando las partes han consentido iniciar el procedimiento se inicia esta fase, consistente en realizar una entrevista individual con cada una de ellas, mediante las que el Servicio podrá conocer de las partes su percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso.

²⁰ PASCAL DEL RIQUELME, M., «La experiencia de la Unidad de Mediación Intraprocesal del Partido Judicial de Murcia», en *Mediación es Justicia*, 2014, Huygens, Barcelona, pp. 57-64.

La persona mediadora deberá conocer de la persona investigada/ encausada o acusada, su situación específica con la Justicia y su influencia en el proceso, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias del mismo. De la víctima y del resto de implicados, podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

Cuando el Servicio lo considere necesario ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Asimismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

b) FASE DE ENCUENTRO DIALOGADO

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considera posible, puesto que se puede llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas, sin perjuicio de que se potenciará el uso de la mediación directa como pauta de trabajo prioritaria.

Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas, procurando no superar el total de 6 sesiones incluyendo las sesiones iniciales, aplicándose las técnicas de la mediación que permitan controlar los niveles de tensión y asegurar a las partes el uso de la palabra, aclarar opiniones, haciendo resúmenes y traduciendo lo que va sucediendo al lenguaje más sencillo y claro posible.

c) FASE DE ACUERDO

Después del encuentro dialogado, si las partes alcanzan una decisión consensuada que satisfaga sus necesidades e intereses, se redactará un Acta de Reparación y, en su caso, un plan de actuación. Este documento, firmado por las partes intervinientes se entregará a las partes, al Ministerio Fiscal y a los Abogados para que estudien el modo y

manera de incorporar al proceso lo acordado, conforme a la legalidad aplicable.

Cuando la mediación concluya sin acuerdo, el Servicio de Mediación comunicará este hecho al Juez o Tribunal sin indicar las razones de la conclusión.

El proceso de mediación transcurrido ese plazo inicial no podrá superar con carácter general los dos meses desde la resolución judicial que acuerda la derivación, sin perjuicio de que por circunstancias extraordinarias y debidamente motivadas y autorizadas por el órgano judicial y el Departamento de Justicia, se pueda prorrogar dicho plazo en uno o dos meses más.

4. *La incorporación del resultado de la mediación al proceso*

El Acta de reparación tiene que contener los acuerdos restauradores a los que, desde el prisma de sus necesidades, han llegado las partes. Su contenido puede ser:

- moral o simbólico, como la formulación de disculpas y /o la obtención del perdón²¹ ;
- prestacional, como la realización de actividades en favor de las víctimas o de terceros;
- terapéutico, como el seguimiento de tratamientos médicos, psiquiátricos o de deshabitación y
- económico, como el abono de una indemnización.

La gestión procesal del acta de reparación es competencia del Ministerio Fiscal y los abogados/as que defienden al investigado/encausado y a la afirmada víctima y su formulación, como se examina a continuación, es distinta atendiendo a la fase procesal en la que se produce.

La reforma operada por la LO 1/2015 en nuestro Código Penal repercute necesariamente en la forma de incorporar del acta de reparación al proceso penal. En aras a sistematizar las distintas posibilidades, y, en atención a la nueva clasificación de infracciones penales en delitos leves y delitos menos graves y graves, el acta de reparación podrá aflorar al proceso de las siguientes maneras, en atención al procedimiento

²¹ ECHEBURÚA, E., «El valor psicológico del perdón en las víctimas y los ofensores», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2013, pp. 217-230.

(dejamos a margen el enjuiciamiento inmediato —artículo 962.1 LECrim— o rápido —artículo 964.1 LECrim— en el servicio de guardia, dado que no existe margen temporal para la habilitación del espacio de comunicación que la mediación requiere²²).

a) PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO ORDINARIO DE LOS DELITOS LEVES

En procedimientos por delitos leves es factible derivar el caso a mediación entre el periodo de incoación del procedimiento por resolución judicial y la celebración del juicio (artículo 965.1.ª LECrim). Si la mediación finaliza con un acta de reparación, es posible el sobreseimiento de la causa si el Ministerio Fiscal lo solicita al entender que concurren las siguientes circunstancias (a modo de oportunidad tasada o reglada destaca la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado):

- el delito leve resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor.
- no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. A estos efectos, en los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Desde esta perspectiva, en los delitos leves que, atendiendo al mínimo desvalor del hecho y la nimia reprochabilidad de su autor, quepa calificar de «muy escasa gravedad», la mediación que produzca la reparación del daño y cuente con la falta de voluntad de la víctima en su persecución (no exista denuncia, dice el precepto, lo que puede interpretarse como falta de voluntad de denuncia para abarcar los casos en los que existió denuncia inicial pero, tras la mediación, no existe interés en mantener la misma) puede conducir a que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento. En caso contrario, se celebrará el juicio, salvo que sea un delito leve perseguible únicamente a instancias de la víctima y ésta confiera el perdón en el acta de reparación o tras la misma, en cuyo caso se acordará la extinción de la responsabilidad criminal ex artículo 130.5 CP, dado que se trata

²² Un desarrollo de lo que se expone se encuentra en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial penal presentada por el Consejo General del Poder Judicial el día 7 de noviembre de 2016, www.poderjudicial.es

de injustos penales que afectan a bienes jurídicos disponibles (por todas, STS 534/2015, de 23 de septiembre). Cuando se celebre el juicio, el acta de reparación puede servir de fundamento a una sentencia de estricta conformidad

b) PROCEDIMIENTO POR ACEPTACIÓN DEL DECRETO DEL MINISTERIO FISCAL

Está previsto para su desarrollo en cualquier momento posterior al inicio de diligencias de investigación por la fiscalía o de incoación de un procedimiento judicial y previo a la finalización de la fase de instrucción, cuando se investigue un delito que esté sancionado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o de prisión que no exceda de un año y pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 CP, con o sin pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (artículo 803 bis.a y b LECrim). En estos casos, es posible que, durante las diligencias de investigación o la instrucción, se derive por el Fiscal (en el primer caso) o el Juez de Instrucción (en el segundo) la causa a mediación, y que el resultado de la misma provoque que:

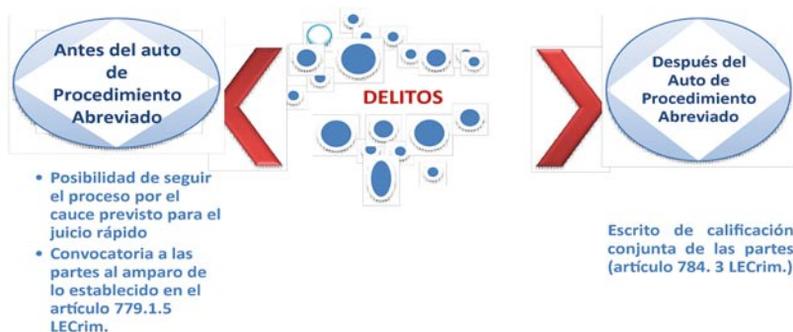
- Se repare el daño o se estipule un compromiso efectivo de reparación del mismo.
- Se solicite por el Ministerio Fiscal una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores reducida hasta en un tercio respecto a la legalmente prevista.
- No se persone la acusación particular o, personada inicialmente, se retire la misma.

A partir de estas premisas el Ministerio Fiscal podrá emitir un decreto de propuesta de imposición de pena que remitirá al Juzgado de Instrucción que corresponda para su autorización y notificación al investigado (artículo 803 bis.d LECrim). Emitido el auto de autorización —que será preceptivo cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis.a LECrim— se notificará junto con el decreto de imposición de pena al investigado, que será citado para que comparezca ante el tribunal asistido de abogado (artículos 803 bis.f a h LECrim). Si el investigado, tras la debida información, acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos (incluidos los referidos a la restitución o indemnización) el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme (artículo 803 bis.i LECrim).

c) PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La derivación a mediación puede realizarse en cualquier momento de la instrucción y si antes de la finalización de las diligencias previas, a partir de los términos del acta de reparación, el investigado/encausado, asistido de su abogado/a, puede reconocer los hechos a presencia judicial. De acuerdo con lo establecido en el artículo 779.1.5.º LE-Crim., cuando el hecho derivado a mediación estuviera incluso en los límites del artículo 801 LECrim (delito que esté castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años y que, tratándose de una pena privativa de libertad, una vez reducida en un tercio, no supere dos años de prisión), el Juez Instructor convocará inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a la comparecencia prevista en dicho artículo por si procediera la continuación por el cauce previsto para las Diligencias Urgentes. El escrito de calificación del Ministerio Fiscal (o la acusación particular, de ser su calificación más grave) será el vehículo a través del que se producirá la incorporación del acta de mediación en esta fase, mediante la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que procedan; escrito con el que la defensa manifestará su conformidad, siguiendo el cauce previsto para las Diligencias Urgentes, lo que permitirá rebajar la pena en un tercio por disposición legal (artículo 801.2 LECrim). En los casos en los que, en atención a la pena solicitada no es factible la transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes, la incorporación del acta de reparación podrá realizarse a través de la conformidad ordinaria diseñada en el artículo 784.3 LECrim: en concreto, finalizadas las diligencias previas, transformadas las mismas en proceso abreviado y acordada la apertura del juicio oral, la Defensa podrá mostrar su conformidad con el escrito de acusación. La incorporación del acta de reparación se plasmará de ordinario en un escrito de calificación conjunta que será firmado por el Ministerio Fiscal y cuantas partes estuvieren personadas, aún cuando también podrá mostrarse en el escrito de defensa emitido después del escrito/s de calificación provisional. En este caso se remitirá el escrito conjunto al órgano judicial competente para el enjuiciamiento a fin de que cite a las partes personadas y al acusados/ con el objeto de que por parte de éste se acepte la propuesta de conformidad. Todo ello sin necesidad de que por el órgano de enjuiciamiento se cite a cuantos testigos se hubieren propuesto en el escrito de calificación conjunta, en la lógica previsión de que no será necesaria su presencia en el acto de juicio oral.

...EN FASE DE INSTRUCCIÓN



@Porres, Sánchez & Subijana

Registrado el asunto en el órgano de enjuiciamiento para celebrar el juicio, éste, en el auto que pronuncia sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes puede acordar, de forma motivada, la derivación del caso al espacio de mediación entre el momento de pronunciamiento de la referida resolución y la fecha de celebración del juicio. De esta manera, por lo tanto, se utiliza el «tiempo muerto» existente entre el señalamiento y la fecha de juicio, evitando tener que acudir al remedio de la suspensión del procedimiento. El Ministerio Fiscal, el abogado/a del acusado y, en su caso, el abogado/a de la afirmada víctima, a partir los términos del acta de reparación podrán comunicar al Juez o Tribunal la existencia de una conformidad, presentando un escrito conjunto firmado por todos ellos. En tal caso, el Juez o Tribunal celebrará un juicio de conformidad, desconvocando, si a ello hubiera lugar, a los testigos y peritos que hubieran sido citados como medios de prueba. En el mentado juicio de conformidad se podrá aportar el acta de reparación para que sirva de fundamento a los pronunciamientos que se contengan en la sentencia. Aceptada la propuesta de conformidad por el acusado/a y homologada la misma por el Juez o Tribunal, se pronunciará sentencia de estricta conformidad. Asimismo en el mismo acto se declarará la firmeza de la sentencia, si las partes conocido el fallo manifiestan su voluntad de no recurrirlo, y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y las partes, se acordará lo que proceda so-

bre la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, pudiendo utilizarse el acta de reparación para la fijación de las reglas de conducta.

En términos idénticos a los referidos se actuará si el Ministerio Fiscal, el abogado/a del acusado/a y, en su caso, el abogado/a de la afirmada víctima comunican la propuesta de conformidad en una vez iniciado el juicio y antes de la práctica de la prueba, en los términos previstos en el artículo 787 LECrim.



d) PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Las posibilidades de incluir el acta de reparación en el procedimiento sumarial se circunscriben a la fase intermedia (artículo 633 en relación con el 649 y 655 de la LECrim), en las que las partes fijan la posición con la que pretenden iniciar el juicio, y al acto de juicio oral (artículo 688 de la LECrim). En ambos momentos procesales las partes, a través de un escrito conjunto o de cualquier otra manera igualmente idónea, podrán proponer una conformidad.



e) EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En la fase de ejecución de sentencia, si la pena impuesta es privativa de libertad y no se ha delimitado en el fallo firme la modalidad de ejecución, es factible la derivación a mediación en el marco de los incidentes que tratan de resolver las siguientes cuestiones:

- La inejecución condicionada simple de la pena de prisión (artículo 80.1 CP), una de cuyas condiciones puede ser, precisamente, el cumplimiento de lo acordado en proceso de mediación (artículo 84.1.1 CP).
- La inejecución condicionada sustitutiva de la pena de prisión (artículo 80.3 CP), una de cuyas condiciones es el cumplimiento de lo acordado en un proceso de mediación, como forma de reparar el daño²³.
- La inejecución terapéutica de la pena de prisión, dado que el contexto terapéutico idóneo para neutralizar el riesgo de reinci-

²³ Un desarrollo de esta previsión CERVELLÓ, V., «La mediación en el sistema penal español», en CERVELLÓ, V. (dir.), cit. (n 13), pp. 90-98.

dencia derivado de una adicción etílica o tóxica puede ser fruto de un compromiso adquirido en el proceso de mediación (artículo 80.5 CP).

Además, en el marco de la ejecución penitenciaria, uno de los elementos vertebrales para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución de la parte de pena de prisión pendiente de cumplimiento y concesión de la libertad condicional es la reparación del daño causado por el delito (artículo 90.1 CP), valorándose, de una forma especial, para el adelantamiento del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión preciso para acordar la suspensión de la ejecución de la parte pendiente, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas (artículo 90.2 CP).

V. **El modelo de justicia restaurativa en la consecución de los objetivos del sistema penal**

1. *Introducción*

El modelo de justicia restaurativa tiene que posibilitar la satisfacción de los objetivos públicos de la intervención penal. A saber:

- la reafirmación de la norma como instrumento válido de convivencia social;
- la prevención de delitos y
- la reparación del daño injusto causado a las víctimas.

Desde esta perspectiva, el resultado del espacio de comunicación —que suele denominarse acta de reparación— tiene que incorporarse al proceso penal y permitir una resolución que traslade tres mensajes:

- a la comunidad, que se ha restablecido el orden jurídico que resultó quebrado por el delito;
- al victimario, que es responsable de la acusación de un daño injusto y que, consecuentemente, tiene que realizar todo lo que está en sus manos para repararlo; y, finalmente,
- a la víctima, que fue injusto el daño sufrido y que el victimario va a desplegar todo lo que está en sus manos para restaurarlo.

Atendiendo a la legalidad vigente, la incorporación de lo acordado en el espacio de comunicación puede generar en el procedimiento las siguientes consecuencias jurídicas.

2. Cierre anticipado del procedimiento

En el marco de los delitos leves, puede justificar que el juez de instrucción acuerde el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias siempre que, tratándose de delitos públicos o de delitos semipúblicos con víctimas menores de edad, discapacitadas o desvalidas, se cumplan los siguientes requisitos previstos en los artículos 962.1 y 963.1 LECrim:

- Lo solicite el Ministerio Fiscal.
- El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad, a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor.
- No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. A estos efectos, en los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

El mismo efecto se producirá cuando, siendo delitos semipúblicos padecidos por víctimas mayores de edad, capaces y no desvalidas, la víctima confiera el perdón en el acta de reparación o tras la misma, en cuyo caso se acordará la extinción de la responsabilidad criminal ex artículo 130.5 CP.

3. Imposición de una pena atenuada

En el seno de todos los delitos, lo acordado en el espacio de comunicación posibilita, en el ámbito del enjuiciamiento, la aplicación de la atenuante de reparación del daño —artículo 21.5 CP— como ordinaria o cualificada. Lo importante, en todos los casos, es que se respeten los fundamentos de la atenuante construidos en torno a una premisa individual —la satisfacción de las necesidades e intereses de las víctimas afectadas por el ilícito penal cometido— y otra comunitaria —el restablecimiento de la vigencia de la norma que, a modo de *actus contrarius*, compensa parcialmente la desaprobación del hecho que infringió la norma penal. El cumplimiento de ambas perspectivas precisará, fundamentalmente, que el causante del daño repare el mismo en la medida de sus posibilidades (por todas, STS 610/2011, de 17 de junio) Y, desde esta perspectiva, es posible, conectando además, desde una óptica sistémica, con las previsiones contenidas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión (artículos 80 ss.CP), pergeñar resultados

del espacio de mediación que consistan en: abonos de indemnizaciones, realización de actividades específicas, seguimientos de tratamientos terapéuticos, prohibición de ejecución de algunos comportamientos o peticiones de disculpas aceptadas. Lo importante, en todos los casos, es que lo acordado sea lo que la afirmada víctima y el investigado/encausado estimen es idóneo para satisfacer sus necesidades y, además, permita un cumplimiento de las necesidades de prevención especial.

4. *Imposición de penas no privativas de libertad*

Lo acordado en el espacio de comunicación puede aportar una información muy valiosa para que el Juez o Tribunal delimite, dentro del marco legal, el contenido punitivo de la sentencia. Así:

- puede determinar la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad si el acta de reparación contiene el consentimiento del penado a realizar actividades de interés público que, como contempla el artículo 49 CP, pueden consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de participación en programas formativos específicos para la resocialización o
- permite deslindar la procedencia, cuando no es preceptiva, para la protección de las víctimas, de penas de prohibición de interacciones dúctiles a la revictimización (prohibiciones de aproximación y comunicación contempladas en el artículo 57 CP, preferentemente) o del ejercicio de funciones de guardia y custodia de menores (artículo 46 CP), o, finalmente,
- posibilita fijar, cuando es imperativa, la duración de las penas anteriormente referidas, o, finalmente,
- facilita la solicitud, en casos de injustos penales sujetos legalmente a propuestas punitivas alternativas (por ejemplo, lesiones, coacciones, amenazas), de las penas menos afflictivas (penas pecuniarias o privativas de derechos en vez de privativas de libertad).

5. *Fijación de modelos de inejecución de la pena de prisión*

Finalmente, en el seno de los delitos que hayan motivado la imposición de una pena de prisión en sentencia firme, lo acordado en el espacio de comunicación facilita la implantación de modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión.

Así, la ley penal contempla que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad impuesta o impuestas (siempre que, en ambos casos, no exceda de dos años de duración, excluida la derivada del impago de la multa) y se trate de delinquentes primarios, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (artículo 80.1 CP). El precepto deja bien a las claras que el modelo de inejecución condicionada únicamente es factible cuando permite construir un modelo de neutralización del riesgo de reincidencia. Para ello deberá ponderarse, según indica el artículo 80.1 CP, un conjunto de circunstancias, entre ellas que:

- su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado y
- los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Es diáfano, que el acta de reparación que se haya elaborado en un espacio de comunicación victimario-víctima describirá el esfuerzo que el primero haya realizado o va a realizar para reparar el daño injusto causado así como el nivel de satisfacción que el mismo produce a la víctima. Ello refleja un nivel de pacificación individual lo suficientemente intenso como para estimar que los efectos de la suspensión ejecutiva serán muy satisfactorios en términos preventivos. En todo caso, para garantizar el cumplimiento del compromiso de restauración del daño, que es, ex artículo 80.2 CP, una de las condiciones legales para la inejecución, el Juez o Tribunal —en la faceta que tiene de homologación institucional de lo acordado— puede condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (artículo 84.1.1.º CP). De esta manera, los incumplimientos del acta de reparación pueden producir, según su gravedad y persistencia, la revocación de la inejecución, la prórroga de su duración, la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, o la modificación de las existentes (artículo 86 CP).

En el caso de que el penado no sea primario (pero no habitual) o, siéndolo, la suma de las penas de prisión impuestas excedan de dos años de duración sin que ninguna de ellas, individualmente, exceda de tal límite temporal, el contenido restaurador definido en el espacio de comunicación permite que el Juez o Tribunal puede acordar la inejecución condicionada con componente sustitutivo de la/s penas de prisión. Y ello porque uno de los elementos fundamentales que procede valorar es, precisamente, el esfuerzo para reparar el daño y una de las condi-

ciones de imperativa imposición es, de existir, precisamente, el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación (artículo 80.3 CP).

En estos casos (de ahí la mención a que se trata de una inejecución con componente sustitutivo) la suspensión de la pena de prisión conlleva el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión, en ambos casos, no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión (un día de privación equivale a dos días multa o a una jornada de trabajo) sobre un quinto de la pena impuesta. Además, en sintonía con las exigencias restauradoras del modelo, la inejecución se supedita a que se produzca una reparación efectiva del daño o una indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación (artículo 80.3 CP).

VI. Bibliografía

- ARMENGOT, Alicia, «Suspensión del proceso penal y efectos procesales del acuerdo mediador», en CERVELLÓ, Vicenta (dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.109-138.
- BUCK, Manon (dir), *Restorative justice basic resource kit*, Correctional Services of Canada, Ottawa, 2016.
- CAMARENA, Salvador, «Efectos materiales del acuerdo mediador y consecuencias en el proceso judicial del fracaso del acuerdo mediador», en CERVELLÓ, Vicenta (dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.139-163.
- CERVELLÓ, Vicenta, «La Mediación en el Sistema penal español», en CERVELLÓ, Vicenta (dir.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 69-105.
- DE LA CUESTA, José Luis, «Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 28, 2014, pp. 217-230.
- ECHEBURÚA, Enrique, «El valor psicológico del perdón en las víctimas y los ofensores», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 2013, pp. 65-72.
- GISBERT, Susana y MARTÍNEZ, Elena, *Género y violencia*, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2016.
- GUARDIOLA, Javier (2016), «¿Es necesario un marco normativo específico para la mediación penal?», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 43, 2016, pp.154-177.
- MORENO, Roberto, «El European Forum for Restorative Justice (EFRJ): Una experiencia europea para promover la Justicia Restaurativa y la Mediación en Europa y mejorar servicios públicos en el ámbito de la Administración

- de Justicia en Euskadi», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10, 2016, pp. 49-64.
- PARMENTIER, Stephan, «Necesidades y derechos de las víctimas de crímenes internacionales. Repasando la contribución del prof. Tony Peters a la Victimología», en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 2013, pp. 81-92.
- PASQUAL DEL RIQUELME, Miguel, «La experiencia de la Unidad de Mediación Intraprocesal del Partido judicial de Murcia», en *Mediación es Justicia*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 57-64.
- SÁEZ, Ramón, «La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2012.
- SAMPEDRO, Julio, «El proceso penal como encuentro víctima-victimario: reflexión en torno al espacio judicial como escenario de encuentro hacia la reconciliación», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 1, 2014, pp. 121-139.
- SUBIJANA, Ignacio José, «El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 2013, pp. 143-153.
- SUBIJANA, Ignacio José, «La mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: consideraciones a la luz de los datos ofrecidos por la primera memoria elaborada tras la aprobación, en junio de 2011, de la última versión del protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 3, 2014, pp. 351-368.
- SUBIJANA, Ignacio José, PORRES, Izaskun y SÁNCHEZ, Marta,, «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 2, 2015, Huygens, pp. 125-150.
- TAMARIT, Josep M.^a, «La reparación y el apoyo a las víctimas», en TAMARIT, Josep. M (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 305-354.
- TAMARIT, Josep M.^a, ABAD, Judit y HÉRNANDEZ-HIDALGO, Patricia, «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», en *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, 2, 2015, pp. 27-54.
- VARONA. Gema, «El concepto de memoria desde la victimología: cinco conclusiones provisionales sobre las relaciones entre memoria, justicia y políticas victimales en las dinámicas de graves victimizaciones ocultas, directas e indirectas», en *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 28, 2014, pp. 183-199.

Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal

Marta Isabel Fernández Fernández

Fiscal. Fiscalía Provincial de Bizkaia

Sumario: I. Introducción. II. Regulación legal. 1. Regulación comunitaria. 2. Regulación nacional. III. Objetivo perseguido con la nueva regulación. IV. Concepto de víctima. Víctima directa e indirecta. V. Vertientes de protección de la víctima. 1. Derecho a la información. 2. Derecho a la participación. 3. Derecho a la protección. 4. Derecho a la reparación efectiva. VI. Oficinas de asistencia a la víctima del delito. VII. La justicia restaurativa. VIII. La víctima en la fase de ejecución. IX. Evaluación individual del riesgo. X. Otras disposiciones. XI. Conclusiones. XII. Bibliografía.

Resumen: El trabajo que a continuación se desarrolla pretende, sin ánimo de exhaustividad alguno, ofrecer unas breves pinceladas acerca de los derechos de las víctimas, situación actual en contraposición a la anteriormente existente, papel del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas, objetivos a alcanzar y señalamiento de algunos obstáculos que ya se vislumbran. Se trataría de dar una visión práctica del trabajo diario en las Fiscalías, no siempre bien conocido, partiendo del reconocimiento de los fallos del proceso penal que a menudo parece no satisfacer a nadie; ni a los propios operadores jurídicos que sienten sobrecarga de sus funciones, escaso reconocimiento de su esfuerzo e incomprensión social, ni a los investigados o encausados, que consideran que en ocasiones la justicia es tan lenta que en determinados casos llega cuando ya no es necesaria, pues no va encaminada a la reinserción social ni a la propia víctima que no en pocas ocasiones se ha podido sentir ninguneada o no suficientemente escuchada.

Palabras clave: estatuto, víctima, derechos, asistencia.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 177-200

I. Introducción

La víctima siempre ha ocupado un papel relevante y central para el Ministerio Fiscal, como puede verse tras la lectura de los artículos 124 de la Constitución Española y 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El artículo 124 de nuestra Norma Fundamental establece que corresponde al Ministerio Público promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Juzgados y Tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social.

Por su parte el apartado 10.º del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (aprobado por Ley 5/1981, de 30 de diciembre, y modificado a su vez por Ley de 24/2007, de 9 de octubre), fija como función del mismo, entre otras, la de velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas; fijando con ello la denominada función tuitiva del Fiscal.

Precisamente la preocupación de la Fiscalía por esta materia supuso la creación ya en el año dos mil cinco de la Fiscalía Especial para la Protección y Tutela de las Víctimas, con una Fiscal de Sala Delegada a la cabeza y un Fiscal Delegado por provincia. Dicha especialidad surgió con la intención de proteger a aquellas víctimas más vulnerables y que a su vez no contaban con un control específico; es decir, que no eran contempladas por otras especialidades tales como la violencia contra la mujer, la extranjería o la especialidad de menores.

A fin de progresar en esta materia todos los años se lleva a cabo una reunión entre todos los Delegados, bajo la dirección de la Fiscal de Sala, a fin de fijar criterios de actuación en la materia, subrayando los progresos que se hayan venido haciendo y las dificultades experimentadas, llegando a conclusiones que posteriormente se materializan en Instrucciones a seguir a fin de unificar nuestra actuación y que tienen su reflejo en la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado, realizada a partir de los datos obtenidos de las distintas Memorias Provinciales.

De gran importancia a estos efectos resultó la Instrucción de la FGE 8/2005, de 26 de julio, donde se reitera que, sin dejar de lado el criterio general, es prioritario mantener un especial seguimiento de las víctimas que pueden considerarse especialmente vulnerables. En la misma ya se establecían unas pautas a seguir por los Fiscales en cuanto a qué tipo de víctimas debían ser especialmente consideradas y qué tipo de

delitos debían contemplarse, sin perjuicio de poder considerarse casos puntuales diferentes.

Así, en cuanto a los perjudicados a tener en cuenta se señalaban los menores, las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada y también los extranjeros en tránsito por España o en situación de desarraigo y todo ello por cuanto se entendía que dichas personas se encontraban en una situación de mayor desprotección e inferioridad que el resto.

Respecto a los delitos a tener en consideración se hacía referencia a los que podemos denominar más sensibles; esto es, los que afectan a bienes personales tales como la vida, la integridad física y moral, la libertad y la libertad e indemnidad sexuales sin perjuicio, como en el caso anterior, de poder incluir en casos concretos otros delitos incluso patrimoniales que por la dureza de la acción, la desproporción de fuerzas u otra circunstancia se vieran merecedores de un mayor reproche.

A fin de poder controlar y efectuar un seguimiento de dichas causas se viene llevando a cabo en las Fiscalías un Registro de las mismas, donde se fijan unos datos básicos y se hace referencia a la fase procesal en la que se encuentran.

II. Regulación legal

1. Regulación comunitaria

Desde el punto de vista comunitario siempre se ha insistido en la necesidad de proteger a las víctimas y tratar de dar un marco común en esta materia a fin de unificar la situación de las mismas independientemente del país de la Unión Europea donde éstas residan.

Destaca en este sentido la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que ha sido el precedente de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Para ciertos colectivos de víctimas consideradas socialmente especialmente vulnerables se han dictado otras Directivas también importantes que habrán de tener su necesario reflejo también en las legislaciones nacionales, como son la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por las que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

En el ámbito comunitario ya se venía haciendo referencia a un concepto omnicomprendivo de lo que debía ser considerado como víctima, así el artículo 2.1.a de la Directiva 2012/29/UE señalaba como tal «la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causado por una infracción penal», englobando como víctima, por lo tanto, no solo al sujeto pasivo del delito sino también al perjudicado, que pudiera o no coincidir con aquél. En el caso del fallecimiento de la víctima directa serían víctimas según dicha Directiva «los familiares que hubieran sufrido un daño como consecuencia de tal circunstancia» (cónyuge o persona unida por análoga relación sentimental, familiares en línea directa, hermanos y personas a cargo de la víctima).

Precisamente es el dieciséis de noviembre del presente año 2017 cuando finaliza el plazo para que los Estados miembros adapten sus legislaciones al sentido de la Directiva 2012/29/UE y se entiende que será a partir de dicha fecha cuando podrá comenzar la evaluación del mayor o menor éxito alcanzado en esta materia.

2. Regulación nacional

Cierto es que con anterioridad a la regulación hoy vigente únicamente existían desde el punto de vista nacional normas dispersas, aunque importantes, referentes a la víctima, que parecía la gran olvidada por el Derecho Penal, preocupado por los derechos y garantías del otrora denominado imputado o acusado.

Entre dichas normas destacarían las medidas innominadas previstas en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) fijando como primeras diligencias a practicar las de proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito siendo posible en el marco de dicha protección adoptar las medidas cautelares que se consideraran necesarias como las prohibiciones de aproximación o de comunicación, prohibición de residencia en lugar determinado o, en los supuestos más graves, la prisión provisional del agresor para evitar su reiteración delictiva o la posibilidad de que atente nuevamente contra derechos o bienes de la víctima.

Asimismo, para luchar contra ciertas lacras, de gran impacto social, se dictaron en su momento normas muy relevantes dirigidas a grupos

específicos tales como las reativas al terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de setiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo, Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo y Ley 2/2003, de 12 de marzo, que establecía un sistema específico de ayudas a tales víctimas), la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, normas que han abierto el camino a seguir a fin de dar visibilidad e importancia a los perjudicados.

Dichos precedentes han sido fundamentales para poder llegar a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD), que tendría el gran mérito de compendiar los derechos hasta ahora existentes, procesales y extraprocerales, y ampliar los mimos en fases procesales donde hasta ahora era prácticamente impensable como la fase de ejecución procesal, tradicionalmente centrada en la relación existente entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Ministerio Fiscal y el penado.

Se trata de un cambio muy importante pues supone elevar a la víctima en elemento fundamental del procedimiento con capacidad incluso como veremos de recurrir, aún cuando el Ministerio Fiscal no lo hubiere hecho, aquellas resoluciones que le parecieren perjudiciales a su interés incluso aunque no se hubieran constituido en parte.

Esta participación de la víctima desde el inicio del proceso hasta la ejecución de la pena ha supuesto importantes modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y supone la apertura hacia un nuevo modo de entender a la víctima como sujeto activo del proceso que habrá de tener su reflejo en el futuro Código Procesal Penal.

III. **Objetivo perseguido con la nueva regulación**

Como fundamental meta perseguida con las nuevas normas dictadas se hallaría la evitación de la denominada «victimización secundaria».

Es cierto que todo sometimiento a un procedimiento, especialmente penal, genera estrés en las personas, aún cuando las mismas no se hallen en la posición del perseguido sino de aquél que puede exigir la tutela judicial efectiva y el reconocimiento de sus derechos.

Todo delito genera daño, a veces físico y/o moral, otras patrimonial y, en muchos casos, físico, moral y patrimonial, siendo dicho daño más

grave cuanto mayor sea la sensibilidad del individuo o más grandes los hándicaps que el mismo presente por sus características personales o materiales.

Se intenta evitar que verse inmerso en un proceso agrave aún más si cabe el daño habido; es decir, que el sistema no afecte aún más a la persona perjudicada y que ésta por consiguiente no se vea ni agobiada en exceso ni se sienta desprotegida o aislada, dándole voz en su causa o, cuando menos, el derecho a ser oído si así lo desea y siempre el derecho a ser informado.

Es cierto que en ocasiones, debido a la necesaria agilización del trabajo, la acumulación del mismo o la asunción de un lenguaje denso y técnico, podemos no contar con el tiempo o la capacidad suficiente para explicar claramente qué se está haciendo y cómo se están tutelando los intereses de los afectados por la infracción delictiva, creando una brecha entre la sociedad y la administración de justicia que hace que el ciudadano tenga una percepción en ocasiones equivocada de nuestro trabajo y muchas veces distante o incluso desconfiada ante el mismo.

Precisamente son éstas cuestiones importantes a afrontar y para cuya resolución el Estatuto de la víctima es un elemento fundamental a tener en cuenta. No en vano en su Preámbulo indica que la finalidad de dicha Ley es «ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar» y todo ello «partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas».

IV. Concepto de víctima. Víctima directa e indirecta

En la LEVD (artículo 1) se recoge un concepto global de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio que se la haya irrogado, físico, moral o económico, comprendiendo tanto la víctima directa como la indirecta (cónyuge o persona unida a la víctima por análoga relación de afectividad, hijos, progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición de las personas a su cargo).

Dicho concepto, de víctima directa e indirecta, venía siendo subrayado en el ámbito europeo como necesario según apuntamos anteriormente.

Incluso se indica en el artículo 1 LEVD que sus disposiciones serán aplicables a las víctimas de los delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal, lo que parece por un lado que es un concepto excesivamente ambicioso y por otro que podría confrontar con otras normas como la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modificó la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en la materia de la Justicia Universal.

Concretamente el art. 2 LEVD indica:

«Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

Como víctima directa a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o la desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o la desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o la desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º. En el caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia entre ellos del que ostentara la representación legal de la víctima».

V. Vertientes de protección de la víctima

La protección a la víctima abarca diferentes vertientes pues es necesario informarla, protegerla, darle la posibilidad de participar y procurarle una reparación efectiva.

Todos estos aspectos son de singular importancia. En principio se entiende que el derecho a la información es el más importante pues sin él no habría otros, pero no es el único a considerar, pues tras dicho conocimiento al perjudicado ha de dársele también la oportunidad de ser oído, de participar en el proceso y, obviamente, de ser protegido y reparado por el mal sufrido. Todo ello con un respeto escrupuloso hacia su persona, otorgándosele un trato profesional, individualizado y no discriminatorio.

1. *Derecho a la información*

Fundamental como decimos es la información, que ha de ser otorgada ya desde un primer momento, bien se presente denuncia ante los Juzgados, bien ante la Fiscalía, bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

A tal fin resulta necesario utilizar un lenguaje claro y comprensible; incidiendo la Ley en que deben tenerse en cuenta las características personales de la víctima, especialmente si padece algún tipo de discapacidad sensorial, intelectual o mental y, lógicamente, si es menor de edad. Más allá de la obligada actuación del traductor e intérprete en los casos que así sea preciso, servicio siempre gratuito y del derecho a obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada, es necesario asesorar a la víctima de sus derechos, toda vez que en la mayoría de las ocasiones los desconoce, al menos en la amplitud actualmente existente. Así, habría que informar de las acciones de posible ejercicio, de la capacidad de exigir la responsabilidad civil juntamente con la penal, del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de la existencia de otras formas de justicia como la mediación (salvo en los casos que por ley se hallan expresamente vedados como serían los delitos de violencia contra la mujer), de las ayudas económicas que se pueden solicitar, de los recursos sociales que se ponen a su disposición y la propia existencia de las llamadas Oficinas de asistencia a la víctima del delito (OAVD), servicios gratuitos con vocación de universalidad y compuestas por equipos multidisciplinarios donde desde una perspectiva menos formal pueden canalizar su asesoramiento.

El Estatuto también contempla la necesidad de informar sobre los procedimientos de reclamación existentes en el caso de considerar violentados por el sistema los derechos de los que se es titular, sobre medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea y sobre la forma de obtener el reembolso de los gastos habidos como consecuencia de un proceso penal.

En este sentido y como cambio importante que refleja la importancia concedida hoy a la víctima y su dignidad, se establecería en el artículo 126 CP una modificación del orden de prelación hasta ahora existente, con arreglo al cual la misma tendría derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieren causado al Estado, cuando se impusiera en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministe-

rio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima.

La información resulta asimismo muy completa cuando se trata de delitos constitutivos de violencia doméstica o violencia contra la mujer, pues en ellos ya se preveía con anterioridad a la LEVD la obligación de comunicar a las víctimas los actos procesales que pudieran afectar a su seguridad, informándoles permanentemente de la situación procesal del investigado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas y situación penitenciaria del condenado.

2. *Derecho a la participación*

Dicho derecho es otra de las bases fundamentales del sistema. Se posibilita a la víctima intervenir en el procedimiento en igualdad de armas e incluso con ventajas respecto al resto de las partes y al Ministerio Fiscal. Así la víctima tiene derecho a ser informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como de la acusación que se dirija contra el presunto infractor y de las resoluciones fundamentales que se dicten a lo largo del procedimiento (auto de no incoación, auto de archivo, sentencia, autos de prisión provisional o puesta en libertad posterior, medidas cautelares personales o modificación de las mismas cuando precisamente se hubieran dictado para protegerla, como serían las prohibiciones de aproximación y/o comunicación impuestas).

La víctima puede recurrir el sobreseimiento aún cuando el Ministerio Fiscal hubiere mostrado conformidad al mismo, otorgándosele además un plazo extraordinariamente amplio, veinte días, a diferencia de al resto de las partes, incluido el investigado, que solo cuentan con cinco días.

No solo eso. Además, la víctima puede hacerse acompañar por la persona que designe en todos su trámites, no obstante la representación procesal que proceda, salvo resolución judicial motivada, derecho éste que subraya esa necesidad de evitar victimizaciones secundarias y el deseo del legislador de proteger su posición en el procedimiento, evitándole males morales innecesarios.

Precisamente para comunicarse más rápida y eficazmente con la víctima, aprovechando los avances tecnológicos actualmente existentes se solicita a la misma una dirección de correo electrónico, que será el canal preferentemente utilizado, debido a su agilidad y, solo en caso de no poseer tal, la comunicación se realizará a la dirección postal o domicilio que hubiere dado o, de ser residir fuera de la Unión Europea, a la

oficina diplomática o consular española en el país de residencia a efectos de la oportuna publicación de la resolución que se notifique.

Durante la fase intermedia del procedimiento el Ministerio Fiscal, a través de la tradicional fórmula del otrosí empleada en sus escritos de calificación, trata de recordar y hacer cumplir todos los derechos que a la víctima asisten (derecho a la información, a recurrir, necesidad de uso de videoconferencia u otro medio que impida la confrontación visual en el caso de declaración de menores o de casos en los que concurren particulares circunstancias, celebración a puerta cerrada...).

En ocasiones, como pueden ser delitos contra la libertad sexual o delitos en que deban intervenir menores o personas con alguna circunstancia especial y debido a las peculiaridades de los mismos, se interesa que el señalamiento sea único o al menos el primero a llevar a cabo en el día, al objeto de reducir al máximo la permanencia de dichas personas en los edificios judiciales. Este método de incluirlo en otrosí permite al Fiscal que acude al juicio comprobar si el señalamiento efectuado lo ha sido de ese modo. También por la fórmula del otrosí interesamos que se lleve a cabo el oportuno ofrecimiento de acciones con expresa información de los derechos reconocidos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Dolosos y Violentos y contra la Libertad Sexual.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 789.4 y 792.5 LECr, se interesa por otrosí la notificación por escrito de la sentencia que recaiga en el procedimiento a los ofendidos o perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa y también que se proceda a informar a la víctima de los derechos que le asisten conforme lo establecido en los artículos 5.1.m y 7 LEVD.

El derecho a la información en el primer contacto con las autoridades (artículo 5 LEVD) se concreta en:

- a) Medidas de apoyo y asistencia disponibles.
- b) Derecho a denunciar.
- c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica.
- d) Información sobre solicitud de medidas de protección.
- e) Indemnizaciones a las que se puede tener derecho.
- f) Servicios de interpretación y traducción.
- g) Ayudas y servicios auxiliares disponibles para la comunicación.
- h) Procedimiento para ejercer los derechos si se reside fuera de España.
- i) Recursos a interponer contra resoluciones estimadas lesivas.
- j) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y procedimiento para comunicar con ella.

- k) Servicios disponibles de justicia restaurativa.
- l) Supuestos en los que se puede obtener el reembolso de gastos.
- m) Derecho a ser notificado de las resoluciones del artículo 7.

Precisamente en el caso de haber solicitado el ejercicio de su derecho, conforme establece el artículo 5.1 LEVD, a la víctima han de notificársele las resoluciones contempladas en el artículo 7.1 LEVD; a saber:

- a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
- b) La sentencia que ponga fin al procedimiento.
- c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor así como la posible fuga del mismo.
- d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
- e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos la Administración Penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.
- f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13.

3. *Derecho a la protección*

La voluntad del legislador de proteger a la víctima se manifiesta en varias cuestiones como en el período de reflexión que fija el artículo 8 LEVD para el caso de tratarse catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran ocasionado un elevado número de víctimas. En estos casos llamativamente se indica que para los Abogados y Procuradores constituye una infracción muy grave que da lugar a la responsabilidad disciplinaria pertinente el hecho de dirigirse a las víctimas ofreciendo sus servicios profesionales antes de que transcurran cuarenta y cinco días del hecho. Nuevamente la sensibilidad y el respeto hacia las víctimas se muestra en el espíritu de la Ley dado que estos son los casos donde debido a la presión de los medios de comunicación y de la propia sociedad civil, el mantenimiento de la calma es más difícil y puede lanzar al afectado a reclamaciones no siempre acertadas.

Asimismo se ha de velar especialmente por las víctimas menores de edad, utilizando los mecanismos legalmente previstos para evitar

la confrontación visual con el presunto infractor, procurando que en la medida de lo posible las declaraciones de los mismos sean llevadas a cabo por el Equipo Psicosocial, compuesto por personal cualificado y que dichas declaraciones se recojan con los requisitos legalmente establecidos para otorgarles valor de prueba anticipada, evitando declaraciones de menores innecesarias tanto en fase de instrucción como posteriormente, en fase de juicio oral.

Asimismo no deben practicarse careos con testigos menores de edad salvo que se considere absolutamente imprescindibles y no lesivos para su interés, previo informe pericial.

Esta necesidad de evitar declaraciones, si no son necesarias, es subrayada por la LEVD en el sentido de que se debe tomar declaración el menor número de veces posible y, además, sin dilaciones injustificadas y solo cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal. Igualmente los reconocimientos médicos deben ser practicados solo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal y únicamente los que fueren necesarios a los fines procedimentales.

Asimismo se subraya la conveniencia de que la toma de declaración de las víctimas se lleve a cabo en dependencias habilitadas a tal fin, por profesionales con formación adecuada, de ser posible por las mismas personas (algo ya más complejo debido al propio funcionamiento de la Administración de Justicia) y en el caso de víctimas de violencia sexual, de género o violencia en el marco de las relaciones familiares por persona del mismo sexo que la víctima, la posibilidad de celebrar la audiencia a puerta cerrada y la evitación de formular preguntas innecesarias en relación a la vida privada de la víctima.

Mención aparte merece también la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Peritos y Testigos en causas criminales, estableciendo diferentes grados de reserva de su identidad en los procedimientos, con eliminación de datos que permitan su identificación por terceros a fin de facilitar que los mismos declaren con garantía y permitan un adecuado escalrecimiento de los hechos

Precisamente una de las modificaciones producidas en el artículo 544 ter LECr ha ido en el camino de proteger a los menores en el sentido de imponer al Juez el pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, sobre la pertinencia de la adopción de medidas de carácter civil (régimen de guarda y custodia, uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de visitas y prestación de alimentos).

También se ha introducido el artículo 544 quinquies LECr que, en referencia a los delitos referidos en el artículo 57 CP, permite la suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, pudiendo fijar un régimen de visitas en el caso de verlo beneficioso para el menor o discapacitado, la suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, el establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o cualquier función tutelar o el suspender o modificar el régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente u otro familiar que se encontrara en vigor.

Asimismo hay que destacar los acompañamientos realizados por las OAVD, que si bien en ciertas provincias resultan simbólicos debido a que aún se encuentra el servicio en ciernes, en otras como en el País Vasco gozan ya de reconocimiento; en concreto, según dato extraído de la propia memoria publicada por el Gobierno Vasco, durante el año dos mil quince el Servicio de Asistencia a la Víctima (SAV) llevó a cabo ciento tres acompañamientos, habiendo sido este servicio muy estimado por sus perceptores.

4. *Derecho a la reparación efectiva*

Destaca en esta materia la modificación habida en el artículo 126 CP, a la cual ya nos hemos referido.

En contraposición al mismo también se regula un procedimiento para hacer efectiva la obligación de reintegrar las ayudas, subvenciones o gastos que haya realizado la Administración a favor de personas que hayan resultado condenadas por denuncia falsa o simulación de delito para evitar el enriquecimiento de quienes se hayan aprovechado de forma injusta del sistema asistencial de protección a las víctimas.

VI. **Las oficinas de asistencia a la víctima del delito**

La LEVD hace especial referencia a las mismas. Por su parte, el Real Decreto 1109/2015 desarrolla la Ley 4/2015 regulando asimismo las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

Se trata de oficinas formadas por equipos multidisciplinarios que llevan a cabo sus funciones de asistencia y apoyo bajo los principios de gratuidad y de confidencialidad. Son órganos que dependen del Gobierno o de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de víctimas y a quienes correspondería ofrecer la información a las víctimas sobre sus derechos y sobre procedimientos legales (responsabili-

dad civil, asistencia jurídica gratuita, acciones penales, ayudas económicas, recursos sociales...), atención concreta inicial (medidas cautelares, derivación a la red socio-sanitaria...), atención continuada (seguimiento de la evolución, asistencia psicológica, derivación a recursos sociales, acompañamiento a juicios y declaraciones...) y asistencia a víctimas con orden de protección (coordinación de los órganos judiciales con los servicios sociales, conocimiento de las necesidades de la víctima, información permanente al Juzgado).

Entre los objetivos de dichas oficinas se encontraría conseguir la rehabilitación de la víctima, con la finalidad de evitar la cronificación de los daños (físicos, económicos, psíquicos y sociales) y secuelas que la comisión del delito haya provocado, poniendo para ello a su alcance los recursos adecuados que les ayuden a superar, en la medida de lo posible, la situación vivida; en definitiva, evitar la denominada «segunda victimización» aminorando en la medida de lo posible el impacto emocional de lo vivido.

Cierto es que en el momento presente dichas oficinas no están igualmente desarrolladas en todo el ámbito estatal.

Así, frente a territorios en los que o bien no existen como tales o cuentan con poquísimo personal o con brevísima trayectoria existen otras como las del País Vasco, que cuentan ya con una larga y consolidada experiencia fruto de más de veinte años de funcionamiento; en este sentido destacar que la atención a las víctimas lleva en funcionamiento en Bilbao desde el año mil novecientos noventa y uno, desde mil novecientos noventa y cuatro en Gipuzkoa y desde mil novecientos noventa y cinco en Álava.

Precisamente en dicho territorio histórico y con la denominación de Servicio de atención a las Víctimas se engloban una serie de profesionales (juristas, trabajadores sociales, educadores y psicólogos) dependientes del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco y el Instituto de Reintegración Social.

Concretamente, y según se extrae de los datos publicados por el Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco respecto al trabajo desarrollado por el SAV durante el año dos mil quince, último publicado, el SAV atendió un total de 2674 personas, 2270 de las cuales habían acudido a dicho servicio por primera vez, habiendo sido el resto, 404 personas, atendidas los años previos.

En cuanto a los motivos de dicha intervención son fundamentalmente (según se estima en un 70% de los casos), la violencia contra la mujer y la violencia denominada intrafamiliar.

Además de prestar a las víctimas información general de sus derechos, las OAVD les darían una atención personalizada. Así, tras una

entrevista de acogimiento y otras de seguimiento, en su caso, se acercarían a la víctima, serían informadas del problema y actuarían en consecuencia bien asesorando legalmente, bien derivando a la víctima, si así lo requiere, a la red socio-sanitaria a fin de que reciba tratamiento psicológico o piscoterapéutico por entidad especializada.

En otras ocasiones lo que se llevaría a cabo sería la derivación a los recursos sociales.

A ninguna víctima se le dejaría de prestar asistencia pues es un servicio que nace con vocación de universalidad, no discriminándose tampoco ningún delito. La atención es integral, llegándose a contactar con el entorno de la víctima a fin de lograr ofrecer una respuesta adecuada.

Entre las funciones de las OAVD se hallarían la de realizar el acompañamiento a las víctimas tanto a su declaración en fase de instrucción como al propio acto del juicio oral siempre, claro está, que la víctima estuviere conforme con ello. No son infrecuentes los cambios de opinión experimentados por las víctimas, ocasionados por el propio devenir del procedimiento, lo que debe ser escrupulosamente respetado, pues tan importante es acompañar a quien quiere ser acompañado, como no importunar a quien no lo desea, sin perjuicio de informarle o asesorarle en cualquier momento si cambia de opinión.

Siempre que sea posible lo ideal es que se busque una cercanía física entre dichas oficinas y los edificios judiciales a fin de lograr una mayor y mejor comunicación entre los mismos que redunde en un servicio más eficaz.

En este sentido y con la finalidad de identificar debidamente los procedimientos con víctimas especiales, tanto por parte del personal de la Fiscalía como de los Fiscales, se incorpora a la carpetilla una pegatina con la mención de «víctima especial». Cuando se produce un cambio en la situación del procedimiento, se formula escrito de acusación o se señala para juicio oral, el Fiscal encargado del asunto en cada momento procesal informa de tal extremo a fin de que se actualicen debidamente los datos del Registro y se proceda a la comunicación al SAV, que tiene así noticia de un asunto con «víctima especial» desde el primer momento. Asimismo, en el momento en que se produce el señalamiento de juicio se comunica inmediatamente esta circunstancia por parte de la Fiscalía al mencionado Servicio al objeto de que puedan contactar con la víctima, esté o no personada, para prestar la necesaria cobertura y asistencia para acudir al juicio, acompañándola en todo momento si así es su deseo.

Lo cierto es que no se establece la coordinación de las OAVD con las Oficinas de víctimas creadas tras la Ley 35/1995 de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual ni con

las creadas tras la Ley 29/2011 de reconocimiento y protección a las víctimas de terrorismo, lo que puede generar duplicidades, siempre redundantes e inadecuadas e incluso desconcierto para la propia víctima al desconocer a cuál debe acudir en un supuesto determinado, con la consiguiente frustración de ésta.

Tampoco se fija en la Ley cuál es la relación concreta que han de tener estas Oficinas con los jueces, el Ministerio Fiscal o la Policía a efectos de poder realizar una adecuada valoración del riesgo ponderando los datos existentes si bien la Ley establece que el Juez o el Ministerio Fiscal pueden solicitar informes a dichas Oficinas sobre tal menester, solicitud que habrá de ser atendida por éstas.

Parece que lo más adecuado sería que desde la Fiscalía General del Estado se coordinaran las actuaciones de las distintas Oficinas, pero ello dista todavía mucho de poder ser una realidad en un futuro próximo y hay que moverse en el ámbito de las Comunidades Autónomas o las entidades locales como en el caso de las víctimas de violencia contra la mujer, con las consiguientes disparidades de actuación y protección.

El papel a desempeñar por estas Oficinas en materia de ejecución de la pena es también fundamental. Según los datos extraídos de la memoria del Departamento de Administración y Justicia del Gobierno Vasco en el año dos mil quince, primero en el que el SAV ha asumido funciones relativas a las comunicaciones penitenciarias preventivas, primordialmente excarcelaciones, se han realizado mil nueve comunicaciones.

Uno de los grandes retos que según dicha memoria el SAV tiene en mente y por el que trabaja, considerando para ello necesario personal especializado y espacios adecuados, es el de posibilitar la atención de hijos e hijas de víctimas de la violencia contra la mujer y de la violencia doméstica, consideradas víctimas directas tras las Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, una vez superado el olvido inicial del legislador que no hacía referencia a ellas como tales víctimas directas, cuando lo cierto es que, como ya se indicaba en la Resolución 174/2010 del Consejo de Europa, ser testigo de la violencia perpetrada contra la madre o en el entorno familiar es una forma de abuso psicológico contra los niños con consecuencias potencialmente muy graves no solo debido al daño psicológico para los mismos, que a nadie se le escapa como evidente sino también en cuanto al propio desarrollo equilibrado de la sociedad, toda vez que estadísticamente un porcentaje importante de personas que en su infancia ven violencia intrafamiliar a su alrededor acaban reproduciendo dichas conductas en su vida adulta.

VII. La justicia restaurativa

La mediación busca lograr una reparación por cauces ajenos al formal procedimiento penal y en la práctica puede ofrecer mejores resultados que el mismo, en la medida que busca obtener un acercamiento de posturas con reconocimiento de lo hecho por parte del propio infractor y sensación de resarcimiento por parte del perjudicado. Es otro de los grandes cambios y se observa que cada vez contará con más importancia, como ocurre en los países de nuestro entorno, aunque en el momento actual se encuentre prácticamente circunscrito en cuanto a su eficacia a los delitos leves.

Siempre garantizando la confidencialidad de los debates que llevan al acuerdo, en el marco de la absoluta voluntariedad de ambas partes y teniendo presente que no se trate de delitos en los que, por sus peculiares características, la Ley vede expresamente la mediación, como sería el caso de la violencia contra la mujer, en la que dicho sistema sería totalmente inadecuado dado el desequilibrio entre agresor y víctima y la dominación-manipulación que el agresor ejerce sobre la mujer, privándola con ello de la voluntariedad, libertad y equilibrio de armas que ha de centrar cualquier acuerdo.

VIII. La víctima en la fase de ejecución

La participación de la víctima en la ejecución supone una de las grandes novedades de la LEVD.

El procedimiento penal, concebido como acusatorio, se abre ampliamente a las víctimas, lo que es objeto de no pocas críticas ya que tradicionalmente la ejecución penal ha sido monopolio exclusivo del Estado, campo en el cual habrían sido actores principales por un lado el penado y por otro el Juez y el Fiscal, quedando la víctima relegada a un discreto segundo plano, como mero sujeto pasivo, instrumento dentro del procedimiento con dos momentos relevantes como serían los de su declaración en fase de instrucción y en fase de juicio oral, pero respecto a la cual no se realizaba un seguimiento posterior, ni desde el punto de vista de su auténtica reparación efectiva ni desde el punto de vista de su propia resocialización tras el perjuicio psicológico, moral y patrimonial habido, quedando diluida en la vorágine de la propia ejecución. Así, si bien la víctima ha tenido tradicionalmente un papel importante en las fases de instrucción y enjuiciamiento, no ha ocurrido lo mismo en la fase de ejecución al igual que ha venido siendo común en los países de nuestro entorno en los que junto al Ministerio Fiscal suele

admitirse el derecho a intervenir a los perjudicados civiles como ocurre en Italia, Francia o Portugal o tiene el perjudicado una participación adhesiva a la del Ministerio Fiscal como en Alemania o solo una participación subsidiaria en caso de desistimiento como en el supuesto de Austria.

La principal crítica a dar participación a la víctima en la fase de ejecución se referiría a la conjunción de tal apertura con el artículo 25 de nuestra norma fundamental, conforme al cual la finalidad de la pena sería la resinserción y resocialización del penado. Ciertamente es que aún cuando sea el principal fin no sería el único ya que la pena tendría también un fin retributivo y de prevención general que es quizás en el que debemos centrarnos para entender el cambio habido en esta materia.

La víctima tiene derecho, si así lo ha solicitado, no solo a que le sean notificadas las resoluciones a que hace referencia el artículo 13 LEVD, sino también a recurrir algunas de gran calado como son los siguientes autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria; a saber:

1. La clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena impuesta cuando los delitos sean de homicidio, aborto del artículo 144 CP, lesiones, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual, de tortura y contra la integridad moral, robo con violencia o intimidación, delitos de terrorismo o trata de seres humanos.
2. Asimismo, en el supuesto de acumulación jurídica de penas puede recurrir la decisión relativa a que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de pena para la libertad condicional se refieran no a la suma de las penas impuestas sino al límite de cumplimiento de la condena cuando la víctima lo fuere por alguno de los delitos antes referidos o de un delito cometido en el marco de un grupo criminal.
3. Finalmente y no menos importante, el auto de concesión de la libertad condicional cuando se trate de alguno de los delitos mencionados anteriormente y la pena impuesta fuera superior a cinco años de prisión o cuando se trate de alguno de los delitos mencionados en el artículo 36.2 CP, párrafo segundo.

Incluso, se llega a legitimar a las víctimas para solicitar medidas o reglas de conducta necesarias para asegurar la seguridad del preso condicional si pudiera derivarse del delito por el que se condenó una razonable situación de peligro, pudiendo incluso facilitar al Juez o Tribunal la información que entienda relevante para resolver sobre la eje-

cución de la pena impuesta, la responsabilidad civil derivada de la infracción criminal o el comiso.

Amplios derechos, por lo tanto, que no alcanzan a otras resoluciones como los autos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, regulados por los artículos 80, 88 y 89 CP y que tampoco alcanzan a las resoluciones relativas a la clasificación o progresión a tercer grado.

El control de la obligación de notificar a las víctimas las sentencias recaídas en procesos penales, aún cuando las mismas no se encuentren personadas, conforme ordenan los artículos 789.4 y 792.5 LECr, pesa especialmente sobre los Fiscales que reciben las sentencias y sobre los que despachan Juzgados de lo Penal, sin perjuicio de que llegada la ejecutoria sin haberse producido dicho extremo asuman la obligación los Fiscales encargados de las ejecutorias. En los casos del artículo 789.4 LECr se interesa dicha notificación al tiempo de iniciarse la ejecutoria. En los casos del artículo 792.5 LECr se insta en el momento de ser notificada Fiscalía de dichas resoluciones con escrito específico añadido a la firma de la notificación.

Sin perjuicio de lo señalado se incluye un otrosí en los escritos de calificación, en los supuestos de víctimas de delitos graves, lesiones u otros similares, interesando el cumplimiento de los referidos preceptos, con la adecuada notificación.

Asimismo se tiene especial cuidado, máxime tras la nueva regulación, en que en los casos graves como pudieran ser aquéllos en los que concurra un especial peligro por razón del autor del hecho, las víctimas sean informadas de las distintas situaciones penitenciarias de los encausados o penados para lo cual es fundamental continuar con un seguimiento del asunto tanto durante la fase de instrucción y enjuiciamiento como durante la ejecutoria, algo que se ve muy facilitado en la práctica dado que, como hemos señalado anteriormente, los asuntos propios de la Especialidad se identifican claramente en la carpetilla correspondiente. Se pone especial énfasis en que se comunique a la víctima el hecho de que su agresor haya salido en libertad lo cual puede ser interesado del órgano judicial o del SAV o bien llevarse a cabo directamente.

IX. Evaluación individual del riesgo

Es ésta una de las cuestiones fundamentales del nuevo sistema, cómo saber cuándo alguien es merecedor de especial protección y en base a qué criterios podremos llegar a tal conclusión; fundamental-

mente habrían de verse tanto las características personales del perjudicado como las circunstancias que han concurrido en la infracción criminal y la propia entidad de la misma; en particular debería observarse si se han incumplido o no con carácter previo medidas cautelares o penas privativas de libertad, ver si el investigado o encausado se encuentra inmerso en otros procedimientos o antecedentes penales que le pudieran constar.

También de tratarse de un condenado deberían verse los informes penitenciarios relativos a incidencias habidas en el cumplimiento de la condena y la información proporcionada por los Centros Penitenciarios sobre pronósticos favorables o contrarios a una posible rehabilitación y reinserción.

Según el artículo 24 LEVD en la fase de instrucción corresponde la valoración del riesgo al Juez Instructor o al Juez de Violencia contra la Mujer.

El Ministerio Fiscal también habrá de valorar cuando se tratare de diligencias de investigación o nos moviéramos en el procedimiento de menores y, por supuesto, también los funcionarios de la Policía que son quienes en la mayoría de las ocasiones recogen primero la denuncia formulada o son conocedores iniciales del hecho delictivo.

Durante la fase de enjuiciamiento el Juez o Tribunal al que corresponda el conocimiento de la causa debe llevar a cabo la valoración del riesgo, de forma motivada.

X. Otras disposiciones

El Estatuto se centra también en otros puntos no menos importantes como serían, entre otros:

1. La necesidad de formar operadores jurídicos y personal al servicio de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas y, por lo tanto, que se apliquen ciertos protocolos de actuación ya desde un primer momento, acudan los perjudicados inicialmente bien a los Juzgados bien a las Fiscalías bien a las diferentes Comisarías de Policía o a las OAVD o a centros públicos asistenciales.
2. La conveniencia de sensibilizar a la sociedad mediante campañas de información, tan importantes en una materia como nos ocupa.
3. La necesidad de fomentar la cooperación con la sociedad civil y no solo en el ámbito nacional sino también en el internacional.

4. El fomento de la autorregulación por los medios de comunicación del tratamiento de la información que pueda afectar a la dignidad de la víctima, cuestión que plantea, como no puede ser menos, importantes debates sobre dónde termina el derecho a la información, esencia de una sociedad democrática avanzada y derecho que todos debemos proteger y donde empieza la que pudiera considerarse la «no información relevante» que lejos de concienciar a la sociedad sobre un problema (ejemplo: la violencia contra la mujer y la necesidad de luchar contra ella), entra en campos que pueden causar humillaciones innecesarias a las víctimas. Tema complejo éste que entroncaría asimismo con las buenas prácticas periodísticas y que si bien en el caso de los menores, más vulnerables, parece no plantear mayores dudas pues su intimidad debe siempre y en todo caso ser protegida. Así, la LEVD indica en su artículo 22 que los Jueces, Tribunales, Fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal así como todos los que de algún modo intervengan el proceso, deberán adoptar las medidas necesarias para proteger la intimidad de las víctimas y sus familiares y, en particular que impidan la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores o con discapacidad. Pero parece más difícil de dilucidar las dudas que suscitan, cuando los perjudicados son mayores de edad y ellos mismos se exponen ante los medios.

En este sentido se han modificado los artículos 680, 681 y 682 de la LECr sobre la publicidad de los debates del juicio oral. En concreto el artículo 681.2 LECr permite:

- a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.
- b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

El artículo 681.3 LECr indica:

«Queda prohibida en todo caso la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de

aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.»

El artículo 682 LECr permite:

- a) Prohibir que se grabe el sonido y/o la imagen en la práctica de determinadas pruebas o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.
- b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.
- c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

XI. Conclusiones

Culmina con la Ley 4/2015 (LEVD) la dispersión normativa que había caracterizado esta materia, convierte a nuestro país en uno de los que ya cuentan con una regulación global de los derechos de las víctimas y da voz a las mismas incluso en un marco en el que hasta ahora no habían tenido relevancia como es la fase de ejecución.

Debatida es la necesidad de fijar o no protocolos de actuación entre los distintos operadores jurídicos, administraciones y servicios implicados. Si bien sus defensores consideran que son la vía más adecuada para coordinar las actuaciones, puesto que establecen unas reglas homogéneas en la materia siendo herramienta eficaz allí donde se implantan, lo cierto es que encuentran también con detractores que entienden que no es aún el momento de fijarlos ya que la situación no es igual en todo el territorio nacional.

Lógicamente la homogeneización del sistema sería lo ideal y a lo que hay que tratar de llegar con el paso del tiempo, toda vez que sería inadmisibile que debido al lugar de residencia hubiera víctimas de primera o de segunda clase y en dicha homogeneización debería jugar un papel fundamental el Ministerio Fiscal que debido a su organización y funcionamiento, así como a la función tuitiva que el ordenamiento le atribuye y a su propia configuración como cuerpo nacional, parece la institución adecuada para ello.

La valoración del riesgo teniendo en cuenta las peculiaridades del delito y de la víctima que lo sufre es también una de las cuestiones esenciales y más difíciles de lograr de modo adecuado.

En cuanto a la ejecución penitenciaria la notificación a las víctimas de las múltiples resoluciones que puede recurrir ocasionará no pocas

disfunciones y retrasos por el propio funcionamiento del sistema ya suficientemente saturado de trabajo. Así, en muchas ocasiones el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desconocerá cuál es el domicilio de la víctima e incluso si la misma ha manifestado su voluntad de ser notificada de las resoluciones que en esta fase se vayan dictando puesto que no habría otra forma de saberlo que haber sido advertido el Centro Penitenciario de tal circunstancia por el propio Tribunal sentenciador y advertir a su vez de tal circunstancia el Centro Penitenciario al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al dirigir la concreta queja, propuesta o recurso, lo que en principio es difícil que ocurra. Debería centrarse cuál ha de ser el papel de las OAVD en tal materia y como se coordina la información de éstas con la que consta en Fiscalía, en los Juzgados, en la Administración Penitenciaria y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Asimismo, el papel de las OAVD, de gran relevancia, plantea problemas de desarrollo pues deberían estar todas y cada una de ellas dotadas de medios no solo materiales sino también personales muy superiores a los hoy por hoy cuentan. Por otro lado, teniendo en cuenta la preferencia de notificar vía correo electrónico puede haber problemas con los plazos a considerar, si es desde que se notifica de tal modo o si es desde que llega a conocimiento del que lee el correo; es más, tampoco existiría plena conciencia de que el destinatario del correo fuera quien hubiera leído el mismo. Por razones de practicidad y analogía con las notificaciones habría de considerarse que los plazos legalmente establecidos deberían empezar a computarse desde el día siguiente a la emisión del correo. Incluso es posible que el interesado hubiera variado de domicilio y dicho cambio no hubiera sido dado a conocer por el mismo. Lógicamente en este caso sería absurdo y de muy difícil acometimiento que se llevaran a cabo un sinnúmero de diligencias de averiguación de domicilio debiendo considerarse que la comunicación en el último domicilio conocido sería absolutamente suficiente para cumplir la finalidad de la norma, al entender implícito un cierto desinterés posterior de la víctima hacia dichas comunicaciones. Es obvio que todo ello puede incidir de modo relevante en los derechos del condenado, que podría ver recurrida una resolución que le favorecía largo tiempo después de haber sido dictada y que la agilidad procesal que hoy se pretende podría verse asimismo seriamente perjudicada. Es más, incluso hay quienes señalan que la gran cantidad de notificaciones que la ley pretende llevar a cabo a las víctimas puede ser perjudicial para ellas, generando en las mismas, mucho tiempo después de cometida la infracción, sentimientos de desasosiego, dolor innecesario al recordar lo sufrido o incluso expectativas que al no verse satisfechas produzcan en ellas mayor alejamiento del sistema y más incompreensión del mismo. Por último,

hay que subrayar que en el expediente penitenciario constan datos del interno absolutamente sensibles pues afectan en ocasiones a su intimidad o a su salud, física o mental, que no deben ser puestos en conocimiento de terceros debiendo tener la víctima que así lo hubiera solicitado conocimiento únicamente de las cuestiones objetivas, esto es, situación penal y penitenciaria. Mayor dilación se produciría también si la víctima solicitara el reconocimiento al derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer los recursos a los que tiene derecho ya que los plazos ya extraordinariamente largos con que cuenta en contraposición con el resto de las partes se verían suspendidos hasta la designación de Letrado y Procurador.

En cuanto a la limitación de la dotación económica para llevar a cabo la aplicación de esta norma es otro de los obstáculos evidentes. En este sentido la normativa es clara y coincidente; tanto la Disposición Adicional 2.^a LEVD como la Disposición Adicional Única del Reglamento prevén que las medidas incluidas en dichas normas no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos lo que, sinceramente, dados los ambiciosos objetivos que pretenden las nuevas normativas, no deja de llamar la atención.

XII. Bibliografía

- CASTAÑÓN ÁLVAREZ y SOLAR CALVO, «Estatuto de la Víctima: Consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», en *Diario La Ley*, 20/1/16.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución». Curso de formación continua de Fiscales, CEJ, 2015.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, «Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015», en *Diario La Ley*, 26/1/16.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, «La víctima del delito en la ejecución penitenciaria», en *Diario La Ley*, 6/10/15.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Estatuto de la Víctima. Comentario a su regulación procesal penal», en *Diario La Ley*, 10/7/14.
- NISTAL BURÓN, Javier, «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», en *Diario La Ley*, 5/6/15.
- PLASENCIA RODRÍGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», en *Diario La Ley*, 18/1/16.

La prensa ante los derechos de las víctimas

Lourdes Pérez Rebollar
Jefa de Redacción de *El Diario Vasco*

Sumario: I. Introducción: Contexto general de la relación entre Prensa y Justicia y tratamiento por los medios de la victimización. II. Artículo 2 del Estatuto: Tres casuísticas. III. Artículo 22 del Estatuto: Cuatro casuísticas. IV. A modo de conclusión.

Resumen: Una mirada a lo que significa la aplicación del nuevo Estatuto de la víctima del delito en el trabajo cotidiano de los periodistas y en el compromiso contra el delito de los medios de comunicación.

I. Introducción: Contexto general de la relación entre Prensa y Justicia y tratamiento por los medios de la victimización

Buenos días a todos, y muchísimas gracias por asistir a esta ponencia. Es un placer y un honor encontrarme aquí hoy con ustedes, gracias a la amable invitación de Alfonso González-Guija, uno de esos magistrados para con los que esta periodista siempre se sentirá deudora. Deudora por algo tan humano y a la vez tan heroico como haber contribuido a defender la libertad de todos cuando ETA aún tendía una sombra amenazante sobre este país y sus ciudadanos señalados. Por ello, no quisiera comenzar esta intervención sin dedicar un recuerdo sentido a la memoria de José María Lidón, cuyo asesinato jamás olvidaré, como tantos otros, porque aquella tristísima mañana del 7 de noviembre de 2001 me tocó cubrirlo. Pero también me siento en deuda con jueces como Alfonso por algo mucho más pedestre, pero enormemente valioso: haberle encontrado siempre al otro lado del teléfono,

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-16982-22-6, núm. 13/2017, Bilbao, págs. 201-221

estuviera en condiciones o no de responder a la curiosidad periodística, para atender a nuestras preguntas sin considerar a los de mi oficio —al menos, a mí nunca me lo ha parecido— ni como un enemigo ni como un peligro para la Magistratura. Lo cual no solo es muy de agradecer, sino que me da pie para arrancar esta ponencia con unas consideraciones previas que creo necesarias para poder trasladarles cómo se imbrica el Estatuto de la Víctima en la labor cotidiana de los medios de comunicación y en la relación de estos, no siempre ni fluida ni sencilla, con la Judicatura y el resto de los poderes públicos.

El reino de los jueces no ha sido, tradicionalmente, de este mundo. Resulta comprensible cuando uno se dedica a una profesión que tiene en su mano la suerte de las personas, de su vida y de su hacienda. Y ayuda a entender por qué tantos y tantos magistrados han parecido situarse por encima del Bien y del Mal, no tanto en el sentido de indiferencia o por desprecio hacia sus conciudadanos y la realidad que les circunda, sino colocados en una suerte de hornacina impermeable, blindada, no ya frente a la crítica o a la reclamación de mayor transparencia, sino sobre todo frente la mirada escrutadora de los periodistas como intermediarios ante la sociedad. Siempre existirá, y no es el único ámbito en el que esto ocurre, una tensión tan estimulante como irresoluble entre lo que los jueces —o los policías, o los legisladores— creen que pueden y deben relatar y lo que «los de la Prensa» aspiramos a obtener de ellos. Es un pulso eterno entre la discreción y la voluntad de saber y de contar. Pero lo cierto, y así al menos me lo demuestra a mí la experiencia, es que esa batalla que libramos siempre los periodistas por revelar lo que alguien no quiere que se conozca, o no ve preciso que se conozca, se ha topado en los juzgados y tribunales uno de sus huesos más duros de roer. El periodista que lograba hacerse con una fuente judicial fiable tenía un tesoro, porque la desconfianza ha condicionado hasta el extremo de la opacidad, en no pocos casos, la relación entre la Magistratura y los medios de comunicación. No negaré que no hayamos cargado de razones, en ocasiones, ese recelo: hemos podido pecar de amarillismo y de un rigor, digámoslo así, distraído. Dos circunstancias que los jueces aborrecen, y no les culpo. Yo misma lo hago.

Pero esa verdad también presenta otra cara: la de aquellos jueces y singularmente la de aquellos fiscales que, como otros poderes públicos, albergan un arraigado prejuicio hacia los periodistas y sus medios, a los que tienden a contemplar inequívocamente como seres irresponsables, frívolos y capaces poco menos que de matar a su padre por un titular atractivo. He de confesarles que esto último tiene mucho de real, sobre todo si adoras lo que haces, no te pesan demasiado los escrúpulos y no te llevas bien con tu padre. Pero salvando la broma, los prejuicios son

bidireccionales. Y operan también en ambas orillas. Por una parte, los periodistas acostumbramos a atisbar tras el silencio de los tribunales, la opacidad de los servicios de seguridad, los intereses partidarios y las reformas sensibles de los legisladores intentos de coartar el libre ejercicio de nuestro oficio; intentos de acallarnos, o de constreñir cuando menos lo que nosotros consideramos que debe serle revelado a una sociedad democrática y formada. Y de otro lado, parte de la Judicatura continúa observándonos con aprensión. Como interlocutores poco de fiar con los que conviene no intimar y que exhiben un dudoso gusto al manejar los aspectos más delicados de los sumarios.

Pocos datos hay más singulares, más trascendentales en el material de alto voltaje con el que trabajan magistrados y fiscales, que la identidad de una víctima violentada. Es su deber y su obligación proteger a la parte más vulnerable de cualquier procedimiento, especialmente si este versa sobre delitos muy íntimos o con capacidad para estremecer al conjunto de la ciudadanía. Y es el deber y la obligación de quienes desempeñamos nuestra labor en los medios de comunicación mostrarnos extraordinariamente cabales y cuidadosos en este terreno. Creo llegado el momento de expresarles que del mismo modo que cada vez contamos con más jueces preocupados por hacerse entender y por explicar por qué deciden lo que deciden —por facilitar, en definitiva, nuestra tarea como intermediarios ante lectores, internautas, oyentes y telespectadores—, son más los periodistas que prefieren pecar de cautos y respetuosos ante las víctimas de delitos que los que, efectivamente, matarían a su padre por un titular de primera página. Al menos, los que yo conozco, admitiendo que de todo hay en la viña de los plumillas. Y en la de los jueces.

En este punto, me gustaría contarles una historia; una historia terrible que puede que muchos de ustedes ya conozcan. El 4 de diciembre de 1997, una mujer hasta entonces anónima se vistió de valentía y dignidad antes de acudir a los platós de Canal Sur a relatar cuatro décadas de infierno. Durante todos esos años, toda una vida, su marido le había sometido a un maltrato incesante e implacable, que el agresor había extendido, como una suerte de manto de coacción y amedrentamiento, sobre los cuatro hijos que ambos compartían. Nunca hasta entonces —y el siglo xx ya agonizaba— se había televisado un testimonio tan desgarrador, a cara descubierta y sin tapujos, sobre la tragedia cotidiana, oculta y vergonzante de los ataques machistas. Trece días después, el maltratador señalado en antena ante miles de espectadores apalizó a la esposa que había osado divorciarse de él y airear su padecimiento, después le roció con gasolina y acabó prendiéndole fuego hasta robarle su último aliento.

Aquella mujer, sí, tenía un nombre, una identidad singular. Se llamaba Ana Orantes y nada volvió a ser igual en la sensibilización ciudadana e institucional contra la violencia de género después de su estremecedor ajuste de cuentas en público con el hombre que la había «enterrado en vida». Ana Orantes, que recurrió a los medios de comunicación tras un calvario del que nadie pareció hacerse cargo jamás, logró hacer perdurar su nombre más allá de su asesinato. Logró que ese nombre, el símbolo de su historia, actuara como un aldabonazo para la conciencia de una sociedad que en plena década de los 90 —es decir, casi anteayer— continuaba mirando para otro lado cuando una mujer era vejada por su marido o su novio. Un «problema privado» que ha matado en las dos últimas décadas a casi 1.500 ciudadanas en toda España. Lo que impide que nos acerquemos a esa relación de casi 1.500 mujeres con la asepsia de un informe forense son los nombres de todas y cada una de esas mujeres asesinadas. De esas víctimas.

El nombre es lo que nos identifica cuando venimos al mundo, el clavo que sujeta en la pared nuestra identidad, lo que somos, lo que tenemos y a lo que aspiramos. Es el nombre lo que pervive en nuestro recuerdo, lo que da cuerpo a la imagen que los demás conforman y conservan de nosotros. Evocar en público el nombre de cada una de las mujeres asesinadas ha representado una de las grandes conquistas en la lucha colectiva contra el maltrato sexista. Cada vez que un redactor ha escrito en una crónica el nombre de una víctima ha contribuido a rescatarla del anonimato cosificado al que quiso condenarla su agresor; la ha sacado de la lista mortuoria que da cuenta de la cadena interminable de feminicidios, en la que las asesinadas pasan a ser eslabones numéricos en el recuento oficial del drama. Ana Orantes también estaba destinada a transformarse en una víctima sin historia en medio de las estadísticas. Si hoy la recordamos, si su relato marcó un punto de inflexión en el tratamiento de la violencia machista, fue porque puso rostro a un sufrimiento tan extendido como silente. Porque le confirió un nombre que hizo su testimonio inolvidable.

Permítanme que enlace esta tragedia de dimensiones colectivas con otra, sin pretender compararlas, por su supuesto, en sus características y consecuencias. Todos los periodistas que nos hemos visto obligados a tener que convivir con el terrorismo, a tenerlo que contar, hemos aprendido con la experiencia lo importante, lo trascendental incluso, que resulta identificar a las víctimas. Muchos de nosotros nos hemos sobrecogido al revisar los periódicos de los 80, de los años de plomo, cuando los atentados de ETA se ventilaban a veces en media columna porque la cadencia era tan insufrible que podían perpetrarse varios en apenas unas horas. No había en aquellas líneas ni identidad ni rostro.

Todo lo más, las iniciales de los miembros de las fuerzas de seguridad a los que luego se organizaban funerales en soledad sin presencia institucional notable y en medio de una cruda indiferencia ciudadana. Solo cuando los asesinados comenzaron a tener nombre, cuando empezamos a escribir quiénes eran, qué hacían, a quién querían o con qué disfrutaban en esa vida arrebatada por la fuerza, comenzó a removerse la apatía de la sociedad. Comenzó a recobrase la dignidad intransferible de cada víctima frente a la voluntad liberticida del victimario de, otra vez, cosificarla, convertirla en algo prescindible y exterminable, en algo sin alma ni sentimientos. El 20 de octubre de 2011, la tarde emocionante en que ETA anunció que renunciaba definitivamente a la violencia, mi periódico incluyó en las páginas especiales de aquel ejemplar para la historia el listado completo con los nombres de cada uno de los más de 800 asesinados a lo largo de medio siglo de terror etarra.

El 27 de abril de 2015 se publicó, con un consenso partidario que se proyectó más allá de las enmiendas planteadas, el nuevo Estatuto de la víctima del delito, una ley llamada a empoderar a los afectados por actividades criminales y a apuntalar el compromiso del Estado de Derecho con su amparo efectivo. El espíritu y gran parte de la letra de la normativa, aprobada con un grado de acuerdo partidario que contribuye a blindarla y que la Prensa no puede soslayar, resultan indiscutibles porque nadie puede rebatir que las víctimas de delitos, especialmente cuando estos son singularmente graves, precisen del mimo de los poderes públicos y del conjunto de la sociedad. Pero ello no obvia que algunos preceptos de la reforma introduzcan una serie de cautelas que, llegados el caso, pueden acotar el acceso de los periodistas a datos sensibles de los damnificados. En concreto, el artículo 22 permite a jueces, tribunales, fiscales y «las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal» adoptar «las medidas necesarias» para preservar «la identidad de todas las víctimas y sus familiares», incluyendo una mención específica a fin de «impedir la difusión de cualquier información» que sirva para que sean reconocidas «las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección». Este artículo 22 entra en conexión con la modificación del 681 LECr, que permite a la Magistratura constreñir el acceso a las vistas orales en los procesos judiciales y también la publicación de datos —en particular, todos aquellos que conduzcan a su eventual identificación ante la opinión pública— de los damnificados.

El modo de conciliar estas prevenciones legislativas con el trabajo diario y a pie de calle de los periodistas, sometido a condicionantes que no son ni mejores ni peores, pero sí muy distintos a los de cualquier otro oficio, amenaza con no ser pacífico. En mayo de 2016,

tuve la oportunidad de participar en una jornada de trabajo aquí, en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que un grupo de colegas periodistas, de jueces y expertos en atención a víctimas compartimos reflexiones sobre la literalidad de la ley y su aplicación para una Prensa que se dirige a una sociedad democrática, a una opinión pública abierta, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Les anticipo que no se trató de un diálogo exento de discrepancias y de aristas. Un diálogo con coincidencia en el fondo —la víctima merece consideración, respeto y un tratamiento informativo de su realidad absolutamente escrupuloso—, pero que dejó al descubierto qué diferente son nuestras tareas y sus ritmos. Y que evidenció una divergencia no menor sobre un asunto mayor que enlaza con el prelude de esta ponencia: el tratamiento de la víctima cuando ha sido asesinada en actos criminales que tienen una indudable trascendencia institucional y social. Son, lógicamente, las expresiones más extremas del delito —el exterminio del semejante por violencia machista o por ejecución terrorista—; y una de ellas, por fortuna, ha desaparecido de nuestras vidas al bajar ETA definitivamente la persiana. Aunque permítanme que incluya aquí un inciso a modo de pregunta: a estricto pie de ley, ¿era conveniente o no que los medios publicáramos la identidad de los guardias civiles agredidos recientemente en la localidad navarra de Alsasua?

Pero regresemos a la otra violencia transformada en combate de Estado, los feminicidios (aunque el término, asimilado de México, no termine de gustar a algunas especialistas en violencia de género), y cuyo tratamiento informativo capitalizó parte del debate que mantuvimos jueces y periodistas en aquellas horas de reunión conjunta de mayo. Una de las cuestiones más espinosas que surgió en aquel encuentro, y no esconde ningún cinismo, es hasta dónde alcanzan los derechos de las víctimas una vez que les han arrebatado el derecho primero y básico a la vida. Y si es útil ocultar eventualmente la identidad de las asesinadas, cuando la revelación de su nombre no se convierte en hecho noticioso por inclinación al morbo, sino que lo que se pretende es reconstruir la identidad que el maltratador quiso sepultar y hacer pedagogía social contra un mal que sigue cobrándose cada año, de frío promedio, la existencia de medio centenar de nuestras conciudadanas. Pensemos, de hecho, en la previsión legal que antes he citado, según la cual se bloquea la identificación de menores o personas con discapacidad. Llevemos la pregunta un poco más allá: si una víctima mortal de violencia machista pertenece a cualquier de esos dos colectivos singularmente vulnerables, ¿se les protege de manera más cabal sumando al robo de su vida el borrado de su nom-

bre? ¿Cómo se conciencia a la sociedad contra crímenes tan abyectos si quienes los sufren ven diluida su identidad en un listado aséptico y anónimo?

Recuerdo que, en aquella cita, alguien nos hizo notar a los periodistas, muy respetuosamente, que el asesinato siempre es la manifestación última del delito y que, cuando las muertas son mujeres, existe un compromiso periodístico hacia ellas. Tenía razón: muchas y muchos de los que ejercemos este oficio nos sentimos directamente concernidos por la lucha contra la violencia sexista, y es cierto que esta victimización ha adquirido una relevancia pública que no tienen otros casos en los que no es preciso ofrecer detalles personales de quienes padecen el delito. Esto último es tan notorio como que los medios no acostumbramos a publicar, por continuar con la misma casuística, las identidades de las mujeres que sufren agresiones, pero sin un desenlace irreversible, salvo que el ataque esté revestido de unas características tan distintivas que lo justificara. Pero junto a ello, ninguno de los poderes públicos concernidos en la aplicación del nuevo Estatuto de la víctima puede sacudirse la responsabilidad de lo que puede significar la aplicación rigurosa de la norma. No debería bastar que se zanje el debate asegurando, o prometiendo desde la mejor intención, que no se va a perseguir a ningún periodista por continuar haciendo lo que hacemos: esto es, relatar las biografías de las mujeres asesinadas para que no acaben olvidadas en la relación anónima y numérica de los feminicidios. Lo cierto es que la ley abre la puerta a esa hipótesis, a que se pueda castigar a un medio por excederse en lo que el legislador considera un tratamiento apropiado de la identidad de las víctimas. Si esta ha muerto, ¿a quién preguntamos si podemos publicar su identidad o no? Y en cuanto a los hijos potencialmente repercutidos, y a los que debe protegerse todo lo posible, ¿cómo podríamos preguntarles si quieren o no que se relate su drama cuando en la mayoría de los casos son menores y cuando solamente la idea de dirigirse a ellos implica, por sí misma, invadir su espacio más íntimo en medio de la tragedia?

Se me dirá que exagero, que llevo las preguntas al límite. Puede, lo admito. Pero las cautelas que pueden permitirse los tribunales no son las que podemos manejar en la Prensa: entre otras cosas, porque las investigaciones policiales y judiciales se proyectan durante meses, a veces durante años, y nuestro trabajo solo dispone de horas. Y a veces ya ni eso, si tenemos en cuenta lo que representan la información digital y las redes sociales y cuyo impacto me temo, señorías, no están teniendo ustedes en cuenta en sus análisis sobre la transmisión de información y la transparencia comunicativa. Quisiera retrotraerme a la durísima peri-

peca vital de Ana Orantes con la que arrancaba esta ponencia: aquella víctima de maltrato no acudió a pedir ayuda a ningún poder público, se personó en un plató de televisión porque quizá pensó que era la única manera de hacer audible su drama. ¿Incrementamos con ello el riesgo que pesaba sobre la víctima? La realidad es que a su agresor le resultó tan insoportable el señalamiento público que acabó asesinándola, un desenlace que jamás tuvo que haberse producido y que hoy, muy probablemente, no se consumaría porque todos estamos más preparados para afrontar la lacra (y utilizo la denominación a modo de crítica, «lacra» es una expresión de denuncia que la reiteración sin contenido ha vaciado como herramienta útil para perseverar en la concienciación social).

Subrayo, al recordar el «caso Orantes», el papel determinante que hemos desempeñado los medios de comunicación en el combate contra la violencia contra las mujeres, en ocasiones sustituyendo incluso a unas instituciones que se quedaban cortas en su respuesta. La pulsión agresiva no se ha contenido, pero las mujeres y su entorno ya no están tan dispuestas como antaño a claudicar, a asumir el maltrato como un fatalismo poco menos que irreversible. Y ese trabajoso camino por el que las víctimas de la violencia machista no solo denuncian, sino que sienten que pueden empezar a hacerlo, además, sin el estigma del silencio, la indiferencia y la incomprensión a su alrededor, no habría podido recorrerse sin la contribución de los medios de comunicación y de cada periodista que se ha acercado honestamente a esta tipología de la violencia. Como corolario, no deberíamos orillar la evidencia de que cualquier normativa de cobertura a las víctimas debe imbricarse en el propósito aún más elevado de evitar la comisión del delito. En los supuestos de los ataques sexistas, el silencio y/o la rutina en el relato público solo benefician al agresor. Y devuelven el terror machista a las cuatro paredes del «asunto privado», cuando se trata de una mácula que se proyecta sobre la colectividad social y la entereza del Estado de Derecho.

Me parece útil recuperar aquí algunas de las cuestiones que surgieron en el debate entre jueces y periodistas, dándoles una vuelta: si esas cuestiones se plantearon para tratar de aclarar cómo puede repercutir el nuevo Estatuto en la tarea periodística, el traerlas a colación aquí y ahora sirve para describir mejor las disyuntivas con las que nos topamos casi continuamente en nuestro ejercicio profesional. Se trata de una especie de guía que puede ayudar a comprender al legislador y a quienes han de aplicar la ley cómo trabajamos cotidianamente en los medios de comunicación, los dilemas que se nos plantean en tiempos de decisión y ejecución cada vez más cortos,

las dudas a las que nos enfrentamos, en muchas ocasiones, sin red. Y sabedores de que, aunque nos alejemos de la trinchera del amarillismo, no siempre acertamos; y de que podemos hacer daño, mucho, con nuestros errores. Esta es una perspectiva que nunca deberíamos perder de vista, porque más vale quedarse corto en un titular, en una información, que pasarse de largo. Un objetivo que la pugna por las audiencias en todos los soportes disponibles, la descapitalización de redactores especializados que ha provocado la doble crisis —la general y la específica de un sector en profunda e incierta transformación— y la creciente aceleración del ejercicio periodístico complican, y hacen más complejo, el buen hacer día a día. Minuto a minuto. Y sin olvidar que las potencialidades, y los límites, de la labor periodística difieren si hablamos de un periódico en papel, donde todavía gozamos de algo de tiempo para resolver los problemas, pero donde estamos obligados a profundizar en nuestras informaciones y análisis con el máximo rigor; de los medios digitales, que han de alimentarse casi continuamente sin poder prescindir de ese mismo rigor; de las emisoras de radio, que han de nutrir sus boletines informativos hora a hora; y de las televisiones, que viven de las imágenes que en tantas ocasiones colisionan con las medidas de protección de derechos en aspectos dispares acordadas por el legislador y aplicadas por los jueces y tribunales. Y sin perder de vista otro elemento ya insoslayable: la incursión en el periodismo de las redes sociales. Porque un medio, por decirlo así, «convencional» puede mostrarse del todo escrupuloso en el amparo a la identidad de las víctimas, pero es muy difícil, por no decir imposible, ponerle puertas al campo cuando esa víctima cuenta con un perfil abierto en Facebook o quienes la conocen desvelan algún aspecto relevante sobre ella, por ejemplo, en Twitter.

II. Artículo 2 del Estatuto: Tres casuísticas

La primera parte de las «deliberaciones» en el Tribunal Superior vasco estuvieron centradas en el artículo 2 del Estatuto de la víctima del delito, (Ley 4/2015) sobre Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima, y que reza:

«Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

- a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito».

A partir de este precepto, la primera cuestión que se sometió a consideración fue la definición de lo que se entiende por víctima. *¿Es lo mismo que estamos hablando de una persona que ha resultado herida en un accidente de tráfico o en una acción criminal?*

La concepción jurídica y periodística no varía: una víctima es una víctima y merece protección con independencia de su condición, aunque obviamente ni el tratamiento legal/penal ni el informativo es el mismo. Dado que la pregunta se refiere a personas que habrían resultado heridas, es del todo infrecuente que los medios desvelemos la identidad de los afectados ni en accidentes ni en acciones criminales, salvo que medien circunstancias que los conviertan en singularmente relevantes para lectores, internautas, oyentes y telespectadores. Pero quisiera ponerles un ejemplo práctico de cómo la literalidad de la ley no prevé las condiciones en que nosotros desarrollamos nuestra labor.

Imaginemos que a estas mismas horas se produce un siniestro de tráfico en una de nuestras carreteras con el resultado de cuatro jóvenes, alguno de ellos menor de edad, fallecido. Desgraciadamente, no se trata de una hipótesis insólita. De manera periódica, uno de estos siniestros acapara los espacios dedicados a los sucesos en los medios de comunicación. La proyección informativa nunca coincide entre la Prensa de ámbito general y la de ámbito más local como a la que yo estoy adscrita. Si cuatro jóvenes de alguna localidad guipuzcoana mueren en nuestra red viaria en una salida de calzada o en una co-

lisión, eso se convierte de inmediato en lo que en el argot se conoce como una noticia de alcance. Lo que significa movilizar a un redactor, o más, y a un fotógrafo al lugar del accidente, una cobertura lo más rápida posible en la web —texto redactado, imágenes y vídeo si ha sido posible grabarlo— y la recopilación del mayor volumen de datos sobre los hechos, pulsando desde fuentes oficiales —policía, juzgado en su caso— al entorno afectivo de los fallecidos para preparar el despliegue que aparecerá en el periódico al día siguiente.

A ello hay que añadir que quienes disponemos de una cuenta activa en Twitter y con una cierta cifra de seguidores seguramente nos haremos eco en esa red social de lo ocurrido, lo cual podrá ser retuiteado a su vez —es decir, multiplicado en su conocimiento público— por los internautas interesados y que atesoren un *smartphone*, un teléfono inteligente hoy casi a disposición de cualquiera. Tan a disposición, y aprovechando para deslizarlo aquí, aunque es válido para los ejemplos que puedan imaginarse o intuirse, que los periodistas llevamos años encontrándonos con una «competencia» espontánea: la de aquellos que emulan nuestra labor armados con uno de esos «teléfonos inteligentes» (en ocasiones, los propios medios hemos estimulado esa competencia con secciones que invitaban a convertirse al lector en periodista por un rato. Esta llamada a la participación, por calificarla de alguna forma, irresponsable a mi modo de ver, ha contribuido a la frivolidad y la depauperación de nuestra imprescindible responsabilidad como intermediarios entre lo que ocurre y la sociedad en que eso ocurre. Pero esto daría para otro debate en otras jornadas).

Regresemos a nuestro accidente imaginario, pero tan basado en nuestra realidad habitual. Un accidente de esa envergadura sacude la vida diaria de la localidad de procedencia de las víctimas y/o donde se localiza el siniestro. ¿Es realmente posible obviar en ese supuesto la identidad de los fallecidos, incluso si son menores? La Policía puede hacerlo y, de hecho, lo hace: se remiten a los medios, como mucho, las iniciales. ¿Pero alguien cree que pueden colocarse las puertas de la discreción total al campo de un suceso que afecta a una comunidad social en la que todos se conocen? ¿Es factible no darnos por enterados de un acontecimiento luctuoso cuando muchos de nuestros potenciales lectores saben de quiénes estamos informando, e incluso les conocían? Es más, ¿cabe concebir la empatía con ese mismo lector, la que busca todo medio con proyección local que pretende seguir formando parte de la vida de sus conciudadanos, si se obvia lo más empático que puede haber, que es el nombre de la víctima, la filiación que la identifica como un ser único y singu-

lar? Y les añado un último elemento, crudo, pero también real, para que puedan completar su análisis: ¿de verdad es factible sustraernos a la identidad de los fallecidos cuando sus deudos optan por que publiquemos una esquila junto a las páginas puramente informativas del periódico?

Ni el caso que planteo ni ninguna de esas preguntas nos son ajenas o extemporáneas, antes al contrario, afloran de tanto en tanto, y nos obligan a tomar decisiones ejecutivas en tiempos, a veces, muy estrechos. No, no podemos sustraernos a relatar quiénes eran las víctimas, cuál era su vida, ante un siniestro como el descrito, salvo que un juez nos lo prohibiera expresamente: entre otras razones, porque la sensibilización social para refrenar las muertes en carretera jamás habría sido la misma si los medios no nos hubiéramos empeñado, en esto también, en ponerle «cara y ojos» a quienes se quedaban en el asfalto. Siempre respetamos figuras de «autoprotección» como los *off the records*; pero insisto, en la práctica es imposible ponerle puertas al campo, asumiendo que la frontera entre un información certera y la que incurre en el morbo no siempre es fácil de sortear, aunque sea nuestro deber procurar hacerlo. Y el dilema se multiplica exponencialmente cuando el damnificado es un menor —si lo es por un delito, nunca publicamos su identidad—, o cuando tratándose de un accidente, uno de los protagonistas puede ser, al tiempo, víctima y responsable de los hechos. No podría responder a cada interrogante con una réplica unívoca. Cada caso es un mundo, cada noticia tiene sus propias premisas y sus propios condicionantes. Y no debería ser así, pero lo es: el desafío se incrementa conforme avanza el día y se aproxima la hora de cierre del periódico. Un lapso que resulta aún más apremiante para las webs y los programas de radio y de televisión.

¿Es igual que la víctima sea un hombre que una mujer?

Hay delitos que, por sus propias características, tienen una dimensión informativa diferente: la violencia machista o la trata de blancas. Pero mientras en el primer supuesto, y como he subrayado a lo largo de esta ponencia, es trascendental evitar la cosificación de las víctimas, en el segundo rara vez se publica la identidad de las víctimas. Hecha esta excepción, el género no debería llevar a distinguir a los afectados, aunque junto a ello es un hecho que niñas y mujeres suelen ser la diana más vulnerable en la comisión de delitos y que esa vulnerabilidad acaba permeando, haciéndolo más empático, aunque sea de manera inconsciente, el relato periodístico.

¿Es igual que la sea un personaje conocido que una persona anónima?

La protección legal, de nuevo, no varía. Pero es notorio que la repercusión social no resulta comparable y, en consecuencia, el tratamiento periodístico tampoco lo es. Y no es sencillo trazar la línea que separa el interés inevitable que despierta casi cualquier acontecimiento que concierne a una figura pública del legítimo derecho que atesoran esas mismas figuras públicas a ver protegida y amparada su identidad, su honor y la integridad de su imagen. Una vez más, hay que hacerse preguntas: ¿es evitable identificar a la víctima de un accidente, del tipo que sea, si se trata, pongamos por caso, de un jugador de la Real Sociedad o del Athletic? ¿Y si la víctima de un atraco en una situación restringida al ámbito personal —unas vacaciones, por ejemplo— fuera uno de nuestros representantes institucionales?

La diferencia con otras situaciones análogas, en lo que se refiere a la Prensa, es que todos aquellos que han adquirido una relevancia social por el motivo que sea tienden a asumir que su fama comporta el sacrificio, de mayor o menos entidad, de su privacidad, sin que eso debiera traducirse nunca en un tratamiento periodístico menos respetuoso, cuidadoso o riguroso hacia ellos o ellas por tratarse de personajes reconocibles. Pero junto a ello, es innegable que el protagonismo en esos casos redimensiona la potencia de los hechos y el interés que suscitan. Pueden citarse aquí dos precedentes de fresco recuerdo. He constatado unas líneas más arriba que, excepto en alguna ocasión muy excepcional, las agresiones a mujeres no derivan en la identificación de estas, si no se registra un desenlace fatal. No ocurrió así con la desaparecida Carmina Ordóñez, cuyo nombre e ilustre apellido llenaron páginas en la llamada prensa rosa, pero también en la considerada seria, cuando tuvo que ser hospitalizada por lo que se describió como una desgraciada caída, pero que tenía todas las trazas —y así se acreditó más tarde— de una paliza a manos de su marido de entonces.

El segundo ejemplo es el accidente que protagonizó en mayo de 2011 el torero José Ortega Cano, en estado de embriaguez, aunque la prueba de alcoholemia fue anulada al romperse la cadena de custodia, y que acabó con la vida del ciudadano sevillano Carlos Parra. Resultan incontables los siniestros que se registran casi a diario en nuestras carreteras con ese perfil —un conductor borracho que causa la muerte a alguien que circula en la misma vía que él—, sin que el lector, el internauta, el oyente o el espectador lleguen a tener conciencia en la mayoría de los casos ni de quién es el causante del hecho luctuoso ni de quién resulta damnificado por ello. Que fuera alguien tan conocido como el torero viudo de Rocío Jurado el responsable del accidente, por

el cual acabó condenado a una pena de prisión, resultó sin duda determinante para que aquel suceso en una anodina carretera andaluza saltara a las portadas de los medios de comunicación. Y arrastró de paso con él a su víctima, del cual supimos y contamos muchas cosas que jamás hicimos con otras víctimas en un contexto homologable. ¿Sirvió la exposición pública de Ortega Cano para garantizar mejor los derechos de Carlos Parra, dado que se produjo un infrecuente seguimiento periodístico de este sumario concreto? ¿O fue al contrario y la identidad del culpable del accidente violentó también la privacidad que requería el afectado y sobre la que el nuevo Estatuto de la víctima establece nuevas cautelas? ¿Y qué ocurre con las prerrogativas del sospechoso a no verse sometido a un juicio mediático paralelo al abierto en los juzgados?

Controlar todos estos factores en juego para que el relato informativo no se desmande requiere de precisión periodística, prudencia y mucho sentido común. Lo que no siempre opera, y menos cuando las prisas nos dejan sin margen para reparar en lo que describimos y analizamos, y sobre lo que opinamos.

III. Artículo 22 del Estatuto: Cuatro casuísticas

En la jornada celebrada junto a los jueces vascos, se desgranaron otra serie de interrogantes vinculados, en esta ocasión, al artículo 22 de la Ley, sobre el derecho a la protección de la intimidad establece:

Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

¿Forma parte del derecho a la información o va contra el derecho a la intimidad la publicación de datos que permitan la identificación directa o indirecta de una persona (hombre o mujer) víctima de una conducta violenta o la de sus familiares?

Cuando se trata de dar amparo a la víctima de un delito violento, todos los que operamos en el espacio público deberíamos tratar de mi-

nimizar los roces que invariablemente se producen entre dos derechos básicos que tienden a colisionar: el que consagra la libertad de expresión y de información y el que protege la privacidad. La paradoja es que los periodistas somos depositarios y deudores al tiempo de ambas prerrogativas constitucionales. Apuntado esto, la casuística que sugiere la pregunta es sumamente amplia y dispar en el caso de la información periodística. La posición resulta diáfana, a mi juicio y como se ha venido desgranando en esta ponencia, si nos encontramos ante un caso de violencia sexista: hay que llamar a las víctimas por su nombre, incluso si son menores; o más si cabe, si se me permite, en el supuesto de que sean menores y se les haya arrebatado ya la vida casi sin estrenar que tenían por delante.

En enero de 2016, Vitoria y el conjunto de Euskadi se sobrecogieron con un asesinato estremecedor. Un hombre de 30 años que mantenía una relación afectiva con su madre arrojó por la ventana de un piso de la capital alavesa a Alicia, una niña de apenas 17 meses que no logró sobreponerse a sus gravísimas lesiones. El relato que tuvieron que componer los compañeros encargados de cubrir el infanticidio —y les aseguro que ni la asepsia profesional ni la mayor de las capacidades para el cinismo ayudan a tomar distancia con un caso tan atroz— estremecía en cada una de sus líneas. Porque fue la madre, que apenas había alcanzado entonces la mayoría de edad, la que descubrió a su pareja encima de su hija y la que comenzó una pelea a vida y muerte con él para intentar salvarla. El agresor no pudo con la mujer, pero sí con la existencia incipiente de la niña. Se publicaron las tres identidades del homicidio: la del detenido, la de la joven madre atacada y la de la pequeña Alicia. Los medios, con mayor o menor pericia, con mayor o menor extensión y detalle, reconstruimos los acontecimientos de aquella noche de lobos con los datos que conseguimos rastrear y logramos hablar con los familiares de la pequeña para tratar de comprender semejante expresión del Mal. ¿Era imprescindible ese despliegue? ¿Necesitaban conocer los lectores, más allá de la curiosidad morbosa que acaba siempre llamando a la puerta de crímenes como estos, la letra pequeña de la vida de aquella familia?

La respuesta a esta última pregunta no es sencilla. Y nos obliga a realizar siempre, antes de publicar cualquier información o reportaje de contenido tan delicado, una introspección profesional sobre lo que hacemos y cómo lo hacemos. Siempre he defendido que, aunque suele ser más lo que callamos que lo que sacamos a la luz pública, casi todo se puede contar si se cuenta adecuadamente; si nos molestamos en buscar el enfoque más pertinente para todos los factores que acaban concurriendo en las noticias de alcance a las que había referencia ante-

riormente y si intentamos encontrar el lenguaje también más adecuado para lograr nuestro objetivo. Un relato se transforma invariablemente en morboso —y, por lo tanto, contrario al respeto debido a las víctimas— si el periodista que lo redacta se recrea en los escabroso por vocación, devoción o simplemente torpeza. Pero el suceso más lacerante puede terminar por remover conciencias y activar los resortes institucionales y sociales precisos para intentar evitar nuevas victimizaciones si se acierta a contar la verdad de los hechos con talento, con mesura, con el sentido común —otra vez— para elegir las mejores palabras y los verbos más atinados. Aun así, que un texto periodístico se interprete como morboso o no depende también de la mirada del que lee, escucha o ve la televisión; es un riesgo —cómo «cae» en la audiencia lo que escribimos o grabamos— con el que debemos lidiar a diario con todo tipo de informaciones, entrevistas y reportajes. Y aprovecho para subrayar que, si el familiar de una víctima se niega a que su testimonio sea publicado, jamás vulneramos ese compromiso de confidencialidad, al menos en la redacción donde trabajo.

De lo que no tengo duda es de la sociedad debía saber que la pequeña asesinada se llamaba Alicia y que tenía 17 meses; no se me ocurre mejor homenaje ni mejor denuncia de su vil muerte que escribir su nombre, como no se me ocurre qué mal añadido podríamos causar divulgándolo cuando a la pequeña se lo habían quitado todo y de la peor manera. Legisladores, policías, jueces, fiscales, secretarios, abogados y todos los que operan en el terreno objeto de estas jornadas tienen que ser conscientes de que la ciudadanía no empatiza igual —y, por lo tanto, no se sensibiliza tanto en el combate contra violencias que se proyectan sobre la convivencia colectiva— si no se identifica a las víctimas. Si se les hurta el nombre distintivo después de que les haya sido arrebatado todo lo demás.

Me gustaría mencionar en este punto otro crimen reciente, que puso al descubierto una problemática que existe, que se contabiliza de manera incipiente en las estadísticas oficiales, pero que permanece oculta como antes lo hicieron otras tipologías violentas: las agresiones que se producen en el seno de una convivencia afectiva no entre un hombre y una mujer, sino entre parejas masculinas o femeninas. El asesinato del actor Koldo Losada a manos de su compañero sentimental colocó dolorosamente en el tapete esa realidad silenciada en muchos casos. Se publicaron también esta ocasión la identidad de la víctima, quien era, además, un intérprete reconocido en la escena vasca, con lo que eso suponía para el derecho a la intimidad; y el nombre del asesino, ya condenado. ¿Se habrían protegido mejor todos los derechos, también el de la denuncia y el resarcimiento, que concurren en la vic-

timización si no hubiéramos contado que se trataba de Koldo Losada? ¿Contribuyó o no ese dato a que la ciudadanía se hiciera consciente de que hay otro tipo de violencia que, aunque no se tipifique como «de género» o «doméstica» también arraiga en la vulnerabilidad de los afectos?

La casuística se vuelve más compleja en otros casos. Y debe tenerse en cuenta que la información raramente se consigue de una manera modélica. Me explico. No solo se trata de que el oficio del periodista consista, esencialmente, en descubrir un hecho noticioso que o bien se desconoce, o bien alguien quiere ocultar por motivaciones a veces honorables y otras por simple voluntad de opacidad; este pulso siempre tiende a ser problemático con las fuentes oficiales, con los portavoces de Interior, con la Judicatura y con la Fiscalía. Se trata también de que es muy difícil que tengamos acceso a la verdad absoluta; a veces, ni siquiera logramos acceder a una verdad incontrovertible, porque esas mismas fuentes nos fallan o no nos alcanzan o los datos que nos transmiten son erróneos. Y no siempre —o casi nunca— tenemos la oportunidad de hacer lo que la Ley parece recomendarnos bajo la redacción de sus preceptos: que contemos con la autorización de las víctimas, o con la de los familiares de las víctimas si se ha consumado una muerte violenta, para dar cuenta de esos hechos y, singularmente, para escribir «retratos de vida». Siempre que es posible, lo hacemos y respetamos el parecer como no podría ser de otra manera, pero en muchas ocasiones no es un compromiso factible. Comparto, eso sí, que debemos ser mucho más cuidadosos de lo que lo somos, en general, a la hora de apoyar en nuestras crónicas y en lo que a la violencia machista se refiere, en valoraciones del vecindario y testimonios similares. Resultan especialmente dañinos para la defensa de la integridad de las víctimas los que minusvaloran la gravedad de los hechos o se refieren, sin conocimiento de causa, a «parejas normales» en las que no cabría imaginar un desenlace irremediable por fatal.

Regresando a la casuística, los periodistas, con mayor o menor tino y de manera más o menos generalizada, nos imponemos a diario nuestros propios límites. Límites que afectan singularmente a quienes son más vulnerables, que son los menores víctimas de delitos. Pero habiendo contextos delictivos en los que la protección de la identidad se presenta muy nítida —los casos de abuso, maltrato o pederastia, por ejemplo—, cada día nos enfrentamos a tipologías que nos ponen a prueba y que resultan un examen cotidiano. ¿Cómo tratar, por ejemplo, los casos de *bullying* que se producen entre adolescentes que dejan su vida al descubierto en las redes sociales? Si unos padres deciden

contar a un medio de comunicación la historia de su hijo o hija acosado en las aulas, a modo de denuncia porque no creen que estén recibiendo el apoyo escolar o de los poderes públicos que merecen, ¿se arriesga el periodista y su medio, con la ley en la mano, a recibir un correctivo judicial si publica el nombre del niño o niña u ofrece referencias suficientes para que en su entorno se le reconozca, cuando son los propios progenitores los que toman la decisión de que ese posible *bullying* se conozca? Y yendo un poco más allá, ¿es factible contar uno de estos casos de acoso preservando tanto los datos que no fuera permitido dar a conocer, por ejemplo, el colegio al que pertenezca el abusador? ¿Es consciente el legislador de que podemos encontrarnos dentro de no mucho ante otro problema de victimización que corrompa, por sus efectos, la convivencia que es de todos?

Y otra de las realidades a las que cada vez con mayor frecuencia nos enfrentamos es cómo tratar las informaciones sobre los menores implicados por la fuerza —de nuevo regresa el fantasma que nos persigue— en episodios de violencia machista. Si son menores, no estamos en condiciones de identificarlos, somos plenamente conscientes de que no podemos violentar la privacidad ni exponer al público a quienes ya han sido violentados en lo más íntimo. ¿Pero qué hacer si un joven de 18 años se dirige a nosotros, o acepta nuestra invitación, para relatar su experiencia como un testimonio valioso para combatir el mal? Y si, efectivamente y como vengo repitiendo, es necesario dejar constancia de cómo se llamaban todas y cada una de las mujeres asesinadas, ¿cómo protegemos a sus hijos de la huella que el caso deja en los medios, con informaciones que pueden ser rastreadas durante años en Google? Planteo el dilema porque creo que lo vamos a tener que afrontar entre todos de una forma u otra en sumarios concretos. Pero también lo sitúo encima de la mesa porque también atisbo un efecto contraproducente en las apelaciones a la privacidad extrema en este tipo de casos: que se reverdezca indirectamente el peso del estigma. Porque nadie debería sentirse señalado de manera negativa, antes al contrario, por formar parte del entorno más próximo de una mujer asesinada.

Al hilo de lo anterior, he aquí una cuestión que salió a relucir en el debate entre jueces y periodistas y que, rayando el absurdo, da la medida de algunos escollos con los que podemos encontrarnos ante la aplicación del nuevo Estatuto. El interrogante era el siguiente: *Si, por ejemplo, en una concentración que pueda desarrollarse con posterioridad a los hechos (un feminicidio), quienes desplegaran una pancarta con el lema «Todos somos María Jesús», en alusión a la víctima, ¿tam-*

bién quebrantarían la norma? ¿Y si la prensa publicase la imagen de dicha concentración?

La respuesta invariable de los profesionales del Derecho presentes en aquel foro fue que no cabe pensar que este tipo de escenarios vayan a producirse, que es una hipótesis poco menos que extemporánea. Pero lo cierto es que, de acuerdo a la literalidad de la reforma legal, cualquiera de los poderes concernidos por ella puede considerar que se está vulnerando el derecho a la intimidad de la víctima y que proteger esa prerrogativa exigiría suprimir esa pancarta y, en su caso, bloquear la difusión de la imagen. ¿Absurdo? Sí. ¿Posible? También.

Hay otras cuestiones, enlazadas con lo anterior, de las que simplemente haré mención porque describen con propiedad algunos de los problemas con los que nos encontramos. *¿Se pueden publicar fotos en el escenario de los hechos o en los funerales? ¿Se pueden publicar fotografías o vídeos obtenidos de las redes sociales cuando la víctima o personas de su entorno no las tienen muy protegidas? ¿Es necesario obtener antes la autorización de sus autores? ¿Se puede siempre que se cubran los rostros?*

La irrupción de las redes sociales en nuestro ecosistema constituye un fenómeno novedoso y ya ineludible que no está forzando únicamente las cuadernas de los medios de comunicación, sino también de otras estructuras con dimensión pública. La cuestión sobre si alguien que cuenta con un perfil abierto en Facebook o en Twitter hace renuncia a su privacidad es sumamente espinosa y existen interpretaciones no coincidentes sobre lo que significan las propias restricciones de quienes tutelan el uso correcto de las leyes. Lo que no cabe es que de esa renuncia voluntaria a la privacidad deduzcamos por sistema que podemos utilizar las imágenes en contextos delictivos y/o escabrosos. Una vez más, es imprescindible actuar con sentido común y atendiendo a las particularidades de cada información a la que nos enfrentemos, porque no es lo mismo disponer de detalles de la vida, desgranados en las redes sociales, de un joven víctima, por ejemplo, de una intoxicación de drogas por engaño que hacer lo propio con esos datos cuando se trata de un delito contra la libertad sexual. Aunque en esto conviene también sincerarse: de poco o de nada sirve, más allá de la autoestima a la honorabilidad profesional —que no es poco, bien es cierto—, que los periódicos queramos mostrarnos extremadamente cuidadosos con la utilización de referencias de Facebook o Twitter si las imágenes las hacen circular los propios usuarios de las redes o si otros medios más inmediatos, como las webs o la televisión, recurren a ellas. O viceversa, que también puede ocurrir.

De nuevo, es muy difícil poner puertas, en este caso al mercado. Una circunstancia que no nos puede condicionar a la hora de tomar la decisión más sensata en los asuntos más sensibles, pero de la que los profesionales de la Prensa no podemos sustraernos. El legislador tiende a operar en el mundo ideal para tratar de responder a pulsiones sociales concretas y quienes desempeñan su trabajo en los tribunales cuentan con el terreno tasado de la ley. Nosotros nos movemos en aguas movedizas y, a veces, en medio de la jungla.

IV. A modo de conclusión

Sobre el papel, la aplicación de la Ley podría hacerse extensiva a este aspecto también. Se trata, no obstante, de un supuesto acotado periódicamente hablando. Los procesos judiciales que son seguidos por los medios hasta su desenlace final tienen unas características muy determinadas: es decir, han tenido que tener su origen en un delito tan grave como para que se considere que la ciudadanía ha de estar informada de en qué castigo —la mayoría de las veces, penal— desemboca o no. La cobertura alcanza a los casos por asesinato, en los que la revelación de la identidad de la víctima y del acusado o acusados suele haberse revelado ya cuando se cometió el crimen; o a otros de los que se cataloga como generadores de «alarma social»: tenemos un referente reciente en la vista oral que se sigue en Madrid contra el pederasta de Ciudad Lineal.

Sí me gustaría trasladarles un debate que mantuvimos varios periodistas con motivo del enjuiciamiento del monje shaolín que fue condenado hace poco más de un año en Bilbao por el asesinato de dos mujeres en su gimnasio. La diatriba tenía que ver con el relato que ofrecimos los propios medios sobre las víctimas, a las que se vinculó con la práctica de la prostitución. Donde unos colegas veían un dato innecesario que vulneraba la privacidad de cómo ambas mujeres podían ganarse la vida, al tiempo que podía resultar, implícitamente, justificador del crimen, otros consideraban que se trataba de un elemento ineludible para contextualizar ante la opinión pública a qué víctimas elegía el asesino y por qué entre las más vulnerables. Quienes defendían el ejercicio íntegro de transparencia redondeaban el argumento aduciendo que no publicarlo venía a suponer la admisión de un estigma que, entonces sí, podía alentar justificaciones intolerables del delirio homicida del condenado. El ejemplo resume, gráficamente, qué dilemas se nos presentan y cómo pueden dar lugar a planteamientos de resolución diferentes.

El interrogante es hasta dónde puede clarificar la Ley qué hacer, cómo hacerlo y de qué forma acotar nuestro trabajo cumpliendo con el mandato de proteger y amparar a las víctimas sin constreñir el ejercicio de la libertad de expresión y de la sociedad a disponer de información veraz y transparente. Y sin que algunas conquistas, como la paulatina sensibilización ciudadana contra la violencia machista que tiene su expresión más cruel en los asesinatos de mujeres, den un paso atrás porque se considere que la mejor manera de respetar a las víctimas es borrando su identidad. Su nombre.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SAILA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones