



Revista

Real  
MÉXICO

Número 18  
enero-junio 2021

ISSN 2007-4700





# Revista

---

# Penal

## MÉXICO

Número 18  
enero - junio 2021  
México  
ISSN 2007 4700



Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, [clase.unam.mx](http://clase.unam.mx) y [www.latindex.org](http://www.latindex.org)



REVISTA PENAL MÉXICO, año 8, núm. 18, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, Tel. 5487 1571, página *web*: [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx), *e-mail*: [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx), y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gerardo Laveaga. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

# Revista

---

# Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL  
DE CIENCIAS PENALES

RAFAEL RUIZ MENA  
*Secretario General Académico*  
*Encargado del despacho de la Dirección General*

GABRIELA ALEJANDRA ROSALES HERNÁNDEZ  
*Secretaria General de Extensión*

ALEJANDRA SILVA CARRERAS  
*Directora de Publicaciones y Biblioteca*

Número 18  
enero - junio 2021  
México  
ISSN 2007 4700

## DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

### CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
*Universidad de Huelva*

GERARDO LAVEAGA  
*Director General del INACIPE*

### COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS  
*Universidad Georg August de Gotinga*

LUIS ARROYO ZAPATERO  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

ANDRÉS BAYTELMAN  
*Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance*

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN  
*Extitular de la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales - En suplencia del Procurador General de la República*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE  
*Universidad de Salamanca*

DAVID CIENFUEGOS SALGADO  
*Universidad Autónoma de Guerrero*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ  
*El Colegio de México*

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO  
*Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM*

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA  
*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

JAVIER DONDÉ MATUTE  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

PABLO GALAIN PALERMO  
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ  
*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
*Universidad Pablo de Olavide*

ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO  
*Universidad Autónoma de Chiapas*

CLAUS ROXIN  
*Universidad de Múnich*

ULRICH SIEBER  
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA  
*Universidad De La Salle Bajío*

JESÚS ZAMORA PIERCE  
*Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*

### EDITORA DE LA REVISTA

ALEJANDRA SILVA CARRERAS  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

### CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

GUSTAVO FONDEVILA  
*Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.*

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA  
*Universidad Autónoma de Tlaxcala*

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales y Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM)*

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ  
*Poder Judicial de la Federación*

MARÍA ELOÍSA QUINTERO  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ  
*Instituto Tecnológico Autónomo de México*

MIGUEL BUSTOS RUBIO  
*Universidad Internacional de la Rioja*

VICTOR MANUEL MACIAS CARO  
*Universidad de Huelva y Pablo de Olavide*

## La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español: análisis de la sentencia del tribunal supremo 834/2012 de 25 de octubre.

**Lyonel Fernando Calderón Tello** *Profesor de Derecho Penal y Ciencias Penales  
Universidad Técnica Particular de Loja  
Profesor de Derecho Internacional  
Universidad de Guayaquil*

**RESUMEN:** El trabajo expone una propuesta de solución a un problema que se presenta con no poca frecuencia en la jurisprudencia: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o phisher-mule. Se presentará la solución a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre. La tesis que se somete a prueba afirma que, el comportamiento del mulero o phisher mule es punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática.

Entre las razones que tenemos para sostener lo anterior, están las siguientes: a) el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa, se debe preferir su aplicación.

**PALABRAS CLAVE:** Mulero, phisher-mule, receptación, estafa informática, blanqueo de capitales doloso e imprudente.

**ABSTRACT:** The paper presents a proposal for a solution to a problem that arises not infrequently in the jurisprudence: to determine under what penal type the behavior of the mulero or phisher-mule is punishable. The solution will be presented based on the analysis of the proven facts of the Supreme Court sentence 834/2012 of October 25. The thesis that is put to the test affirms that, the behavior of the mulero or phisher mule is punishable as reception and not as imprudent or intentional money laundering or as a computer scam.

Among the reasons we have to support the above, are the following: a) the prior crime, the computer scam, is a crime against the patrimony (property); b) the mulero is neither an author nor an accomplice of the previous crime; and, c) in a fundamental way, since the penalty of this type of crime is more proportionate than that of money laundering, to the lesser degree of behavior of the mulero compared to the author of the scam, its application must be preferred.

**KEY WORDS:** Mulero, phisher-mule, reception, computer scam, money laundering intentional and reckless.

**SUMARIO:** 1. Tesis propuesta: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática. 2. El problema: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o *phisher-mule*, a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre. 3. El comportamiento del mulero punible por el delito de estafa informática: una tesis jurisprudencial. 4. El comportamiento del mulero punible como blanqueo doloso o imprudente: una tesis doctrinal y jurisprudencial. 5. El comportamiento del mulero punible como delito de receptación: tesis doctrinal. 6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática. 6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática.

Rec: 14 nov 2019 | Fav: 1 marz 2020

## 1. Tesis propuesta: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática

Hemos escogido de entre las diferentes sentencias del Tribunal Supremo en materia de blanqueo de capitales, varias en las que el problema fundamental se encuentra referido al ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales, el delito de receptación y el delito de estafa informática, este último un delito patrimonial. La circunstancia de que se discuta si es un delito patrimonial ayuda mucho para la explicación de lo que aquí se sostiene, lo veremos luego. De este modo, a nivel jurisprudencial en estos supuestos, se discute sobre la calificación del delito, entre un delito de blanqueo de capitales (doloso o imprudente) y la participación en el delito (previo) de estafa informática. Haremos especial énfasis en la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre.

## 2. El problema: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o *phisher-mule*, a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre.

### 2.1. Los hechos probados

En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 del 25 de octubre, se reclama contra la sentencia que condenó a la acusada como autora de un

delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave. Todo gira alrededor de un comportamiento fraudulento que tiene su inicio en el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la red, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática (banca *on line*) a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta de la original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. El autor pesca (*phishing*) las claves bancarias, que permiten el acceso a las cuentas del incauto para poder realizar una disposición patrimonial no autorizada. En los antecedentes de la antes referida sentencia, que resuelve un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia con fecha del 3 de noviembre de 2011, por delitos de estafa y blanqueo de capitales, se mencionan como hechos probados (que interesan de manera especial para este trabajo) los siguientes:

a) Que la entidad denominada Colon Collection, mediante el envío de correos electrónicos y bajo la apariencia de actuar como una entidad bancaria y utilizando un falso duplicado de su página web, obtuvo de forma encubierta e ilegítima y sin consentimiento alguno de su titular, la clave de su cuenta bancaria;

b) Que con las claves fraudulentamente obtenidas, ingresaron a la cuenta a través de la red, retirando después (de la cuenta *on line*) las cantidades de dinero;

c) Que la acusada recibió en su cuenta de correo electrónico una propuesta laboral, en la que se indicaba que necesitaban representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores, siendo requisito fundamental para trabajar, ser operador de un computador personal. Los deberes y responsabilidades que el empleado asumía con la empresa eran, entre otros, la suma y transmisión de órdenes de clientes asignados del área a las jefaturas de la compañía, y la suma de pagos en órdenes satisfechas de clientes asignados del área a la cuenta bancaria del empleado y de su transferencia a las jefaturas de la compañía o a otra cuenta bancaria señalada. Las transacciones de dinero se deben conducir a través de Western Unión. Como salario a recibir por el empleado, en dicho contrato se dice que, recibirá 250 euros libres de gastos e impuestos por cada operación satisfactoria, pagados el mismo día de trabajo en forma y tiempo;

d) Que aceptando la propuesta de trabajo, se afirma que, la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió a aperturar la cuenta corriente. El 17 de mayo de 2007, recibió una llamada telefónica a nombre de la empresa contratante, en la cual se le comunicó que se iba a realizar una primera transferencia. Ese mismo día, la acusada recibió en su cuenta corriente una transferencia por importe de 3 074 euros, procedentes de la cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas, luego procedió a retirar esa misma cantidad en la ventanilla del banco citado y a remitir a Moldavia la cantidad de 2 630 euros a favor de Gracia, a través de Western Union, quedándose ella con una comisión de 350 euros.

Luego bajo el mismo procedimiento, se realizaron otras dos transferencias adicionales por importe de 3 126.43 y 2 849.12 euros, procedentes de la misma cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas. Volviendo a retirar el dinero, y a enviar por Western Union la cantidad de 2 509.50 y 2 778 euros, quedándose con la cuantía de 688.05 euros por concepto de comisión.

## **2.2 Tipo penal aplicado por el Tribunal a quo**

Se señala que la audiencia condenó a la acusada como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia) a la pena de quince meses de prisión y multa de 10 000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión.

## **2.3. Las alegaciones del recurso de casación y el análisis efectuado por el Tribunal Supremo**

El recurso de casación fue planteado por la representación legal de la acusación particular de la entidad bancaria Banesto S.A. y lo realiza entre otros motivos, por infracción de ley por aplicación indebida del art. 301.1 y 3 del CP, y por inaplicación de los artículos 248.2, 249 y 74 del mismo texto legal. En efecto, dice el Tribunal Supremo que, del recurso de casación, se deduce que para la acusación particular:

“...los hechos, tal y como han sido descritos, deberían ser subsumidos en el tipo de la estafa informática previsto en el artículo 248.2 del CP, en el que se castiga a aquellos que “...con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”. Con cita de la jurisprudencia de esta Sala -SSTS 12 de junio de 2007 y 16 de marzo de 2009-, considera que el conocimiento puntual que la acusada Leticia tenía de su participación en los hechos, le hacía cooperadora necesaria de un plan estratégico en el que su colaboración resultaba indispensable para una defraudación a gran escala, valiéndose de las posibilidades tecnológicas que ofrece internet y las comunicaciones telemáticas. Ella sabía, al fin y al cabo, el dinero que pasaba por sus manos, habiendo reconocido en el juicio que todo le pareció un poco “raro”. Haciendo suyas las palabras de esta misma sala en el primero de los precedentes apuntados, concluye que “...se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y solo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta”.

### La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge el motivo y lo desestima argumentando en el fundamento jurídico segundo, numeral 5, literal B:

“... que el estado actual de la jurisprudencia del TEDH y del TC, descartan la posibilidad al alcance del Tribunal Supremo de convertir lo imprudente en doloso y hacerlo, además, por la vía del art. 849.1 de la LECrim y sin oír al encausado”.

Ahora, los hechos en sí, son importantes para entender la cuestión que en este trabajo se plantea, porque parece que el Tribunal Supremo piensa que la calificación realizada por el tribunal *a quo*, ha sido errónea. Así, el Tribunal Supremo afirma que: “el juicio histórico, es cierto, describe dos secuencias claramente diferenciadas”, por un lado se declara probado la obtención fraudulenta de las claves de acceso a la cuenta bancaria; y por otro, un acuerdo o contrato de trabajo por el que la acusada, a cambio de “un porcentaje de dinero”, una comisión, abriría “una cuenta corriente a la que le serían remitidas distintas remesas” de dinero, luego de lo cual las extraería para “girarlas, a través de Western Union a personas residentes en el extranjero”. Así, la acusada “recibió tres transferencias por importe respectivo de 3 074, 3 126.43 y 2 849.12 euros. Una vez obtenidas esas cantidades, fueron transferidas”.

Pero lo fundamental para entender la opinión del Tribunal Supremo es la siguiente afirmación:

“... esa doble secuencia, si bien se mira, forma parte de una estrategia única. Se trata de obtener dinero mediante el fraudulento acceso a las claves bancarias de confiados usuarios de Internet y, a partir de ahí, buscar una fórmula que permita colocar esos remanentes dinerarios en un país seguro, a nombre de personas de difícil identificación por los agentes de policía del Estado en cuyo territorio se efectúan el acceso inconstituido a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países. Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática -banca *on line*- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la

disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad.”

Y, termina el Tribunal Supremo, calificando la conducta, en el sentido en que habitualmente la doctrina lo hace respecto de la estafa informática cuando afirma que: “... de forma gráfica se dice que el autor “pesca los datos protegidos” —de ahí la denominación *phishing*—, que permiten el libre acceso a las cuentas de los particulares y, a partir de ahí, el desampoderamiento”.

#### **2.4. Determinación de los diferentes comportamientos y momentos (o secuencias) constantes en los hechos probados de la sentencia analizada y clarificación del problema dogmático**

De los hechos probados en la sentencia que estamos analizando, se observan con mucha claridad que se dan tres momentos o secuencias muy diferenciados entre sí: 1) el primero, consiste en la obtención fraudulenta de claves; 2) el segundo, en la ejecución o realización de la disposición patrimonial no consentida; y, 3) una nueva disposición patrimonial, mediante el retiro y envío de dinero al exterior. No queda duda que de las referidas *secuencias* históricas; la primera y la segunda, encajan con el tipo penal del artículo 248.2.a, con lo que cabe una pregunta: ¿se requiere que para la configuración del tipo penal de la estafa informática del artículo 248.2.a, se realice otra transferencia distinta de la no consentida por el titular del activo patrimonial? o mejor, ¿el tipo penal del artículo 248.2.a, se alcanza con la transferencia (no consentida) de cualquier activo patrimonial? En los hechos probados de la sentencia analizada existen dos transferencias: la primera es la realizada por quien obtiene ilegalmente las claves bancarias a favor de quien realiza la segunda transferencia. Entonces, ¿cuándo queda colmado el tipo?, ¿con la primera transferencia o con las dos? Responder esta cuestión es fundamental, porque si delimitamos el tipo penal de la estafa informática, podremos saber cuándo una persona podrá ser imputada como autor o partícipe en el ámbito de este delito.

### 3. El comportamiento del mulero punible por el delito de estafa informática: una tesis jurisprudencial

#### 3.1. Presupuestos dogmáticos de la estafa informática: ¿qué es el phishing?

Importante será, aclarar brevemente qué es el *phishing*<sup>1</sup> como modalidad delictiva. Así, diremos primeramente que es una expresión utilizada para identificar a la compleja manifestación delictiva de fraude bancario<sup>2</sup>. Una forma delictiva caracterizada por el uso de la tecnología informática, de este modo, nos encontramos ante un nuevo y moderno fenómeno delincuencia<sup>3</sup>. Un sector de la doctrina sostiene que se desarrolla en tres fases<sup>4</sup>: a) la primera tiene por objeto la obtención ilícita de datos confidenciales para el control de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos del delito mediante diversas modalidades<sup>5</sup>; b) la

segunda fase, consiste en el traspaso o transferencia patrimonial en línea a otras cuentas bancarias, mediante el no consentido uso de las claves obtenidas ilícitamente; y, c) la tercera fase consiste en el retiro inmediato de las cantidades transferidas y su posterior envío, a través de sociedades dedicadas al envío y recepción de dinero, generalmente hacia otros Estados.<sup>6</sup>

#### 3.2. La conducta típica del artículo 248.2.a CP

Detengámonos un poco en el análisis de la conducta típica del artículo 248.2.a CP, que contiene la denominada estafa informática y que tendría en su ámbito de aplicación los comportamientos típicos de *phishing*, para reconocer o descartar estos tres momentos o fases del fenómeno. El tipo establece que: “los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”. En general, se ha interpretado que los elementos del delito son semejantes a los del delito de estafa<sup>7</sup>. De este modo: a) se requiere un concreto ánimo de lucro; b) la manipulación informática o el artificio semejante, equivale (en sentido funcional y no material) al engaño bastante y al error<sup>8</sup>; y, c) la transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio para otro. Sin olvidarnos de la necesaria relación causal entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio. La referencia a “alguna ma-

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, entre otros: Choclán Montalvo, José Antonio, “Fraude informático y estafa por computación”, en *CDJ*, núm. 10, 2001; Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red”, en *RDPC*, núm. 19, 2007; Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en red: del phishing al pharming”, en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007; Faraldo Cabana, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; Flor, Roberto, “Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide», en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010; Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; Miró Llinares, Fernando, *El cibercrimen*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2012; Miró Llinares, Fernando, “La respuesta penal al cibercrimen. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del phishing”, en *RECPC*, 15-12, 2013; Flores Mendoza, Fátima, “Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

<sup>2</sup> Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 302.

<sup>3</sup> FLOR, “Phishing y delitos”, cit. nota nº1, p. 77.

<sup>4</sup> Por todos, Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 303 y ss.

<sup>5</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 9 y ss. Entre las modalidades se encuentran: a) el *phishing* (deriva del verbo en inglés pescar, conjugado en presente progresivo *phishing* -pescando-), que es la que da nombre a todo el fenómeno delictivo, consiste en el envío masivo e indiscriminado de correos a usuarios de la red solicitando las claves y números secretos de cuentas bancarias, tarjetas, etc., aparentando proceder de bancos, cajas de ahorro u organismos oficiales, y alegando motivos de seguridad, mantenimiento, mejora del servicio, etc.; b) el *pharming* (deriva del sustantivo en inglés granja -farm-) más sofisticada y peligrosa, mediante esta técnica se utiliza la Red para acceder al servidor *Domain Name System* DNS y modificar las direcciones *uniform resource locator* URL e *Internet Protocol* IPs ahí contenidas, para modifica la configuración del servidor DNS del sistema, alterando

las direcciones URL e IPs contenidas en el archivo *hosts* o alterando la configuración DNS del sistema, dirigiéndolo a un servidor DNS controlado por los atacantes. Así se dirige a la víctima a páginas electrónicas falsas, creadas expresamente por los delincuentes, en las que aquella dejara constancia de sus claves de acceso y de operaciones electrónicas.

<sup>6</sup> Sobre las fases, Poveda Roda, Mariano, “Descripción” y “*modus operandi*” en la realización de fraudes mediante internet”, en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*, Sanchís Crespo, Carolina (Coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 80 y ss.

<sup>7</sup> González Rus, Juan José, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, en *RECPC*, 14 de enero de 1999 (sin paginación).

<sup>8</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 12 y 29. Contrario a aceptar como necesario una equiparación material de la manipulación informática al engaño de la estafa, sino que más bien la manipulación informática o el artificio semejante, se convierten en una fórmula amplia que permite integrar en el ámbito típico de la estafa informática, cualquier transferencia patrimonial que se haya obtenido mediante la utilización de técnicas o sistemas informáticos.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

nipulación informática o artificio semejante” es capaz de acoger todos los casos posibles mediante los que se efectúa una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de otro y ha sido definida por el Tribunal Supremo como la actuación de la máquina informática que se explica “por los impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos”<sup>9</sup>. Así, manipular significaría usar o utilizar un sistema informático; sin embargo, el riesgo típico no se concreta en el mero uso del sistema, sino en que su utilización se hace para lograr una disposición (transferencia no autorizada) patrimonial. Por otro lado, la referencia a una “transferencia no consentida”, deberá entenderse como orden de cargo realizada sobre activos patrimoniales ajenos sin que exista derecho alguno para realizar tal disposición<sup>10</sup>, por lo que no se podrá interpretar lo no consentido como si se tratase de la existencia de un acto concreto de voluntad contrario a la transferencia, simplemente porque fácticamente no existirá, lo importante es determinar que la transferencia realizada por el sujeto activo o un tercero, es una transferencia o disposición patrimonial no autorizada.

### 3.3. El comportamiento del mulero punible desde la estafa informática. Exposición de la tesis y crítica.

Ahora, ya para resolver la cuestión planteada sobre ¿cuándo queda colmado el tipo, con la primera transferencia o disposición patrimonial o con la segunda?, debemos advertir que, si seguimos el criterio de una determinada jurisprudencia (utilizada en varias sentencias tanto a nivel de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo), se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo. Así, el injusto no ha sido cubierto hasta que intervenga la conducta del mulero

por eso una de las sentencias que en las páginas siguientes citaremos, llega a afirmar que el comportamiento del mulero se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el artículo 248.2 del Código Penal”.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 556/2009 del 16 de marzo, que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, que condena a una mujer como autora de un delito consumado de estafa, ante la alegación de que la imputada no podría ser considerada autora o inductora de un delito de estafa puesto que quien ideó, puso en marcha y ejecutó el plan delictivo fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias, que permitieron el posterior acceso a las cuentas para realizar la disposición patrimonial no autorizada, y sostiene que:

“... aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante”, por lo que, debe inferirse que el comportamiento del mulero es típico de la estafa informática, porque de no concretarse aquel, no se configuraría el tipo.

Por nuestra parte, nosotros señalaremos que la postura es al menos discutible. Aquí, el juzgador, por una parte, no supo dilucidar adecuadamente la diferenciación entre los distintos tipos estafa, la estafa tradicional y la estafa informática, ya vigente al momento de la resolución y, por otro lado, tampoco supo determinar cuándo o bajo qué circunstancias se completa el tipo penal de la estafa tradicional o informática, o lo que genera aún más dudas, agrega al tipo, de manera discutible, un comportamiento que el tipo no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, es

<sup>9</sup> Revisar las sentencias del TS núm. 2175/2001, de 20 de noviembre de 2001; y, núm. 692/2006, de 26 de junio de 2006. Sobre la interpretación de este elemento del tipo, véase, por ejemplo: Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid: Edisofer, 2001, p. 45 y ss.; Galán Muñoz, Alfonso, “El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta”, en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 175-176.

<sup>10</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 13 y 29. No se exige que sea el propio sujeto pasivo el que realice el acto de disposición patrimonial, sino que, más bien a la inversa, debe ser el propio sujeto activo el que transfiera dinero a su cuenta.

difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada<sup>11</sup>.

En sentido parecido encontramos lo que se resuelve en la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, en la que se afirma:

“... consta que recibieron cada uno en sus cuentas... diversas transferencias por importantes cantidades” ( más de 250.000 euros), “habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas ‘favorecidas’ de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas”, por lo que se puede afirmar, “tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente,

<sup>11</sup> Una cuestión a destacar de estos tipos de comportamientos que deberá ser observada en los supuestos en los que quepa, es la referida a la adecuada determinación del aporte de la víctima. Son casos en los que también se observa cierto “descuido” de la víctima, y en los que tendrá que determinarse si se debe el resultado en exclusiva al comportamiento del autor. Considero que es una cuestión interesante que debe estudiarse de manera autónoma. Sin embargo, es preciso anotar que la doctrina sí se ha encargado de establecer los contornos de este concreto criterio de imputación. Revisar al respecto entre otros, Cancio Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997, p. 31-48; Cancio Meliá, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)", en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998, p. 49-100; Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1998, p. 19, 145 y ss., 177 y ss., 254 y ss., *passim*; Tamarit Sumalla, Josep María, *La víctima en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 34 y ss., 75 y ss., 99 y ss., *passim*; García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 158 y ss., 290 y ss., 324 y ss., *passim*; Feijóo Sánchez, Bernardo, “Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000, p. 290 y ss.; Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal Parte General*, segunda edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 243 y ss., 271 y ss., 277, *passim*; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 431-457; Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, p. 17 y ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 733 y ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *CDJ*, núm. 7, 2006, p. 93-108; Roxin, Claus, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)”, en *InDret*, enero de 2013, p. 14 y ss.

bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero”. Así, “vía prueba de indicios se puede... concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la ‘explicación’ dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este ‘servicio’ entregando el resto a otras personas desconocidas. [...] En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria”.

En este sentido, cabe preguntar si para el tribunal y cierta doctrina que asume esto como forma plausible de explicar estos problemas jurídico-penales, ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa (informática)? Porque cuando se verifique la “acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, ¿existe también de parte de quienes “conocen” sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial? La tesis del Tribunal Supremo en esta sentencia es que, si se comprueba aquello, es indudable que los sujetos se comportaron típicamente en el sentido del artículo 248 CP (y también del actual artículo 248.2.a CP). Porque la sentencia *a quo*, condenó como cooperadores necesarios de un delito continuado de estafa según los artículos 248.2, 250.6º y 74 CP y el Tribunal Supremo lo confirmó rechazando

### La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

la casación, esta decisión es fundamental porque es la base de la aplicación general (aunque no total) de este tipo de supuestos en los demás casos conocidos por los diferentes tribunales españoles.

Pero, la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007, da un paso más delante y sostiene que, aunque “se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados”, esto resulta indiferente a los efectos del tipo del artículo 248, porque “no le era necesario ese conocimiento”; sin embargo, aunque se afirme que no era necesario este tipo o nivel de conocimiento, y es este uno de los fundamentos para argumentar sobre el dolo, la afirmación resulta al menos discutible, precisamente porque resultaría en una interpretación con un sentido contrario al que en efecto el juzgador otorga a tal conocimiento. Pero, lo más importante de toda la discutible decisión, se observa cuando se añade sobre la inexistencia del engaño alegado que, “dada la estructura de la estafa informática..., no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador”, así, “la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal”. Expresiones y definiciones que son un avance interpretativo sobre lo que se debe entender por la estafa informática y en general pueden ser plausibles y también discutibles si se quiere; sin embargo, lo que definitivamente es censurable es que a pesar de definir en el sentido expuesto, en qué consiste la estafa informática, y ante la ausencia de comprobación respecto de los imputados de “la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, el Tribunal Supremo, mantiene la condena. Esto es criticable, porque en efecto, los imputados no realizan la disposición patrimonial no autorizada, no existe por parte de los condenados el comportamiento típico o un comportamiento que realice el riesgo prohibido, porque cuando ellos disponen de los bienes-efectos, del dinero, ya se había configurado el tipo penal de la estafa informática. Nuevamente, nos encontramos con la dificultad del juzgador para determinar adecuadamente cuándo se ve colmado el tipo de la estafa informática, si con la transferencia mediante el uso de las claves previamente obtenidas de modo fraudulento o si se requiere que se realice una segunda

disposición por terceros ajenos o no a los primeros comportamientos.

Consideramos incluso que en determinadas decisiones está implícito un razonamiento que en otras resoluciones se muestra explícito, sobre una toma de postura interpretativa de estas cuestiones, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, del 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que:

“... la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado”.

Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el artículo 248.2 del Código Penal”.

#### 4. El comportamiento del mulero punible como blanqueo doloso o imprudente: una tesis doctrinal y jurisprudencial

Si seguimos el criterio de Flores Mendoza, Miró Llinares, Blanco Cordero, entre otros, criterio que parece ser es el escogido por la jurisprudencia, esta conducta (la primera transferencia) constituye una estafa informática, según el artículo 248.2.a CP, que se completa con la actuación de los denominados “muleros” (segunda transferencia), que daría lugar a una responsabilidad por blanqueo de capitales (doloso o imprudente) en concurso real con una estafa informática, esta última a título de participación. Los autores de la estafa informática podrían responder como autores mediatos o inductores del blanqueo de capitales llevado a cabo por los intermediarios o muleros<sup>12</sup>. La

<sup>12</sup> Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 309; Flores Mendoza, Fátima, “La responsabilidad penal del denominado mulero o *phisher-mule* en los fraudes de banca electrónica”, en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013, p. 160 y ss.; según,

utilización no consentida de las claves bancarias constituiría la manipulación informática o, al menos, el artificio semejante a aquella, que vienen exigidos por el tipo penal. Esta postura entiende por manipulación informática o artificio semejante toda maquinación o maniobra, truco o ardid sobre un sistema informático o mecánico que permita un traspaso patrimonial no consentido<sup>13</sup>. Aquí, es preciso siempre tener en cuenta, que no se trata de un concepto equivalente materialmente al engaño de la estafa tradicional sino uno funcional al engaño, de este modo, muy diferente al que la doctrina tradicional sostiene<sup>14</sup>. En general esta discusión tiene como trasfondo la cuestión de si cabe o no la estafa tradicional, en eso no nos introduciremos porque considero que la discusión es estéril dado que la estafa tradicional requiere una disposición patrimonial ejecutada por parte de la víctima, cuando la disposición patrimonial se ejecute, estando los demás elementos del tipo de la estafa presentes, no hay duda, es una estafa.

Así, en lo que respecta al comportamiento del mulero, ellos sostienen que este debe encajarse en las conductas del artículo 301 CP<sup>15</sup>. El comportamiento típico consistiría en transmitir bienes con el conocimiento de su origen delictivo, por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del artículo

Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming”, en *La Ley Penal*, 2007, p. 62 y ss., la primera fase que se correspondería con la obtención fraudulenta de las claves, sería punible a través de los nuevos tipos del art. 570 bis CP.

<sup>13</sup> Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 160; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 12. Citando ambos, a varios autores que asumen esta interpretación, entre los que destacan: Rey Huidobro, Luis Fernando, “La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, p. 6; Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Estafas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (Dirs), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 280 y ss., sustituyendo su anterior posición; Faraldo Cabana, Patricia, “Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en *Estudios Jurídicos*, 2009, p. 88 y ss., entre otros.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Romeo Casabona, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Madrid: Fundesco, 1988, p. 47; sobre los diferentes conceptos utilizados por la doctrina, Mata y Martín, Ricardo, “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, mata y martin, Ricardo (Dir.), Granada: Comares, 2007, p. 343 y ss.

<sup>15</sup> Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota n°12, p. 175; también, Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 36 y ss., 42; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 715 y ss.; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota n°13, p. 13 y ss.

301.1 CP, dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos<sup>16</sup>, otra postura entiende que el tipo de blanqueo se configura desde el momento en que se realiza la primera transferencia a favor del mulero, porque “posee” los bienes de origen delictivo<sup>17</sup>, y es además, susceptible de ser cometido en la modalidad imprudente<sup>18</sup>; todo, con independencia de que haya participado en el delito de estafa informática (segunda fase) o en el de pertenencia a una organización criminal (primera fase) o en todas.

Esta solución es compartida por la jurisprudencia, en efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 del 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este artículo, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo:

“... la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y “procedió a retirar” el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario.

Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 del 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que este, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón que aduce la sentencia radica en que efectivamente:

“... los acusados no participan en la manipulación

<sup>16</sup> Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota n°12, p. 183, aunque admite la comisión imprudente, se muestra crítica, su fundamento está en que son conductas dolosas; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 36 y ss.; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota n°13, p. 13 y ss.

<sup>17</sup> Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota n°15, p. 718.

<sup>18</sup> Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota n°15, p. 718; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota n°13, p. 13 y ss.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar...”.

Ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez intermediarios, así, la actitud de los imputados de no “querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev”, debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es “que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo” desde el tipo del artículo 301 CP.

Se ha dicho<sup>19</sup> en contra de este tipo de resoluciones que la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos: a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la seguridad social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta

a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc. Todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso<sup>20</sup>), según esta postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Además, Miró Llinares sostiene que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del art. 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del artículo 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen origen en un delito, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Así, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni “para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, ni “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, sino para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo<sup>21</sup>. Se propone como ejemplo de este entendimiento lo que se resuelve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, del 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que:

“... cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes

<sup>19</sup> FLORES MENDOZA, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 185-186.

<sup>20</sup> MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 32.

<sup>21</sup> MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36.

entregados a cambio de aquélla. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada *phishing* en el que el “bien” supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 del 12 de junio de 2007 que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”.

Según esta crítica y postura, solo a partir de la reforma del CP del 2010, mediante la que se modifica el artículo 301 del CP, cabe el comportamiento del mulero, en el sentido de que el tipo penal ya no se refiere al delito sino a la actividad delictiva, de modo que podría entenderse que ya no es necesario que el dinero provenga de un delito consumado, sino que puede provenir de una actividad delictiva en la que también podría estar participando el propio autor del blanqueo. Esta reforma del blanqueo, entiende esta postura, modifica la tradicional forma de entender el objeto material del blanqueo de capitales y permitiría la punición de los comportamientos del mulero. Se concluye que el mulero posee y transmite bienes, y aquello que habría que demostrarse, para la aplicación del tipo doloso, es que el sujeto sabe que el dinero que recibe tiene su origen en una actividad delictiva indeterminada. Ya no sería necesario que el delito del que deriva el dinero estuviese consumado, sino que al referirse ahora el tipo a “actividad delictiva” podría entenderse que también hay blanqueo cuando se está transmitiendo una cantidad económica que se está generando por la propia conducta delictiva en la que, además, podría estar implicado el propio autor del blanqueo y, se agrega además, que en caso de no imputar dicho conocimiento quedaría, además, la posibilidad de sancionar los hechos por el tipo imprudente del artículo 301.3.

## 5. El comportamiento del mulero punible como delito de receptación: tesis doctrinal

Por último, tenemos la opinión de Velasco Núñez, para quien, la conducta de los muleros está más cerca

del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática. Directamente señala que, parece penalmente más correcta, la calificación de su conducta como blanqueo, dado que se recepta dinero y no objetos, sin embargo, entiende que esta conducta debe estar subsumida finalmente en la receptación. Las razones que aduce son las siguientes: a) por ser el previo un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa<sup>22</sup>. Las críticas que se han planteado a esta posibilidad son las siguientes: a) si se manifiesta que el sujeto ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, como exige el tipo, entonces difícilmente podrá decirse que no es cómplice del mismo, y entonces no habría receptación<sup>23</sup>; b) aparentemente, cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de este; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial)<sup>24</sup>.

## 6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o phisher mule punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática

### 6.1. Coincidencias doctrinales

A nuestro juicio, el tipo objetivo de la estafa informática es alcanzado con las dos primeras fases (y en sentido estricto, en la segunda fase, porque en la primera fase, ya se podría imputar por un delito de pertenencia a una organización criminal), porque es ahí en donde se realiza la disposición patrimonial no autorizada a través del uso de claves obtenidas fraudulentamente, en esto existe coincidencia con la tesis de Flores Men-

<sup>22</sup> VELASCO NÚÑEZ, “Fraudes informáticos”, cit. nota nº12, p. 65

<sup>23</sup> MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 33.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e Internet*, Madrid: Lex Nova, 2011, p. 39 y 40.

## La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

doza, Miró Llinares, Rey Ruidrobo, Velasco Núñez, Blanco Cordero, entre otros, por lo que el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática: el injusto ya está completado.

Desde esta perspectiva, resulta discutible la postura que entiende el comportamiento del mulero como parte del ámbito de aplicación del delito de estafa informática<sup>25</sup>. La sentencia 556/2009 del 16 de marzo y muchas otras que juzgan análogamente, son poco plausibles, porque califican como cooperación necesaria, el comportamiento del mulero, cuando en efecto ese comportamiento no se requiere para producir la tipicidad. El problema está en la inadecuada delimitación de los caracteres diferenciadores de los distintos tipos de estafa y la no determinación de los requisitos que completan el tipo objetivo en la estafa informática<sup>26</sup>. Por estas mismas razones, habría que rechazar aquella postura que entiende que nos encontramos ante un delito de estafa tradicional<sup>27</sup>. Para nosotros,

el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto, no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática, el injusto ya está completado, tanto en los supuestos en los que se infiera por parte del “mulero”, un conocimiento (dolo) de la situación antijurídica de la que proceden los bienes-efectos, que incluya una finalidad de aprovechamiento patrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre), y aun en los supuestos en los que se determine que objetivamente pertenecen a la organización que realizan la primera y segunda fase (Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio). Son tres distintos comportamientos y que reciben en el ordenamiento jurídico-penal español una respuesta distinta.

### 6.2. Puntos discrepantes

6.2.1. Sobre el análisis del conocimiento que se verifica para la realización del hecho: presupuestos dogmáticos de partida

A partir de aquí es donde surgen las diferencias con los distintos autores. Porque, la cuestión no es argumentar en torno al dolo del sujeto mulero, sino en función del comportamiento desplegado por aquel<sup>28</sup>: aunque el mulero conozca e incluso quiera que se realice el fraude a través de la estafa informática, este conocimiento y voluntad de que se realice el hecho, no es criterio suficiente para imputar un resultado prohi-

<sup>25</sup> La sentencia 556/2009 de 16 de marzo afirma que “aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta un participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante”.

<sup>26</sup> En realidad, de lo que se trata es algo cuya gravedad es mucho mayor, porque, se agrega al tipo de manera arbitraria un comportamiento que el delito no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, en el caso de la sentencia 556/2009 de 16 de marzo, es difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, de 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que: “la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado”. Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el art. 248.2 del Código Penal”.

<sup>27</sup> Como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, sin embargo, como el tribunal y cierta doctrina asumen esto como forma plausible de explicar estos pro-

blemas jurídico-penales, caben las preguntas que hemos formulado previamente. Recordemos las preguntas: ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada, por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa (informática)? Porque cuando se verifique la “acechancia a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, ¿existe también de parte de quienes *conocen* sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial?

<sup>28</sup> Así lo hacen Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 168; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota nº15, p. 716, quien asume que cuando exista “connivencia” entre mulero y estafadores, debe hacerse responder al primero como participe del comportamiento del segundo. Si la “connivencia” es simplemente tolerancia de los comportamientos ajenos, es discutible que se haga participe a alguien de un comportamiento ajeno. La responsabilidad tiene como fundamento un hecho y culpabilidad propios, no ajenos, por lo que se debe rechazar también esta ambigua interpretación.

bido, antes de imputar por el tipo subjetivo, es preciso imputar al tipo objetivo la realización de las conductas que describe el tipo, de lo contrario se imputa por conocimientos o, intenciones si se quiere, pero no se imputa objetivamente.

La conducta del mulero no es punible por la vía del artículo 248.a o incluso de la estafa tradicional, no porque no haya conocimiento, sino porque no realiza el tipo objetivo. Por esta razón, no nos introduciremos en las discusiones que se derivan de entender si existió o no dolo o si basta o no ignorancia deliberada. Si existe dolo o no, es un examen posterior a si existe o no comportamiento típico. Si no existe comportamiento típico, no se precisa realizar mayor análisis sobre el tipo subjetivo. Es necesario observar que así resuelven los tribunales esta cuestión, situación que resulta al menos discutible por la posible infracción de las garantías básicas derivadas de la norma constitucional, la Parte General del Código Penal y los requisitos de una dogmática penal respetuosa de estas garantías.

## 6.2.2. Sobre los argumentos para determinar que se trata de un delito de blanqueo de capitales

De una u otra manera, hasta aquí, con las previsiones antes señaladas, se coincide con las posturas de Flores Mendoza, Miró Llinares, Rey Ruidrobo, Blanco Cordero; sin embargo, cuando aquellos asumen que se trata de un delito de blanqueo de capitales, no se han percatado que la prohibición a la que se refiere tanto el artículo 298 CP como la del artículo 301 CP, se refieren a la misma materia: prohibir la ilícita circulación de bienes-efectos, pero desde diversas estrategias político-criminales, así, cuando se blanquee bienes-efectos y estos provengan de un delito contenido en el título XIII del CP, deberá imputarse conforme a las reglas del artículo 298 CP.

Revisemos detalladamente su postura, para ir a la vez construyendo la nuestra. Esta postura afirma que, el comportamiento típico consistiría en transmitir o poseer bienes con el conocimiento de su origen delictivo, por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del artículo 301.1 CP dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos. Sin embargo, nada obsta para que este comportamiento quede reconducido

también a través de la recepción, ayuda u ocultamiento, constantes en el artículo 298 CP. Con lo que, incluso, las mismas finalidades del comportamiento se pueden predicar para ambos delitos: “de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos”. Por lo que, hasta aquí, no se define si el comportamiento del mulero es receptación o es blanqueo.

Por otro lado, se sostuvo respecto del blanqueo y se sostiene respecto de la receptación, que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del artículo 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del artículo 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen “origen en un delito”, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Desde esta perspectiva, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni “para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, ni “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, sino, para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo<sup>29</sup>.

El problema de esta interpretación es precisamente la incapacidad para desligarse del fenómeno de la estafa informática o mejor del *phishing* como fenómeno desde una perspectiva criminológica. El *phishing* en su conjunto, desde una perspectiva criminológica requiere para lograr su finalidad, cual es obtener beneficio, provecho, utilidad por vías ajenas a lo lícito, efectivamente de que se cumplan con tres fases. El problema es que desde una perspectiva jurídica y jurídico-penal, esto no es muy relevante, el fenómeno y su entendimiento desde la perspectiva criminológica deben ser siempre considerados, más su consideración a efectos interpretativos, está limitada o condicionada por lo que establezca el tipo penal que se quiere aplicar a un caso concreto. Así, aunque el comportamiento del mulero desde una perspectiva criminológica es interpretable como necesario para cumplir con la finalidad delictiva, desde la perspectiva jurídico-penal del artículo 248.2.a, es innecesaria para configurar el tipo, porque es un comportamiento que excede el tipo objetivo o que el tipo objetivo no lo requiere para configurarse. Aceptar esto es como

<sup>29</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

querer, en el sentido de los elementos subjetivos del injusto, incorporar un determinado elemento al tipo objetivo, lo cual es en toda regla una interpretación no cubierta por el ordenamiento jurídico<sup>30</sup>.

Por lo que, resulta al menos discutible afirmar que, como sin la conducta del mulero, sin su intervención, no puede llevarse a cabo el comportamiento típico de la estafa informática, se debe castigar con la pena de este delito. La cuestión se resuelve determinando qué comportamiento colma cada tipo objetivo en cada delito, por lo que, cuando se participa en un delito previo, tendrá que juzgarse según las reglas del delito previo. Mas esto, no es argumento para descartar que el comportamiento del mulero esté incluido en el ámbito de aplicación del artículo 298. La referencia al conocimiento que tenía el imputado en una determinada causa de su actuar que, al ser comparados con la norma jurídica de que se trate, van a ser valorados en la fundamentación jurídica como delito, es una afirmación válida siempre y cuando se haya alcanzado el tipo objetivo<sup>31</sup>. Se imputan conocimientos a un determinado sujeto cuando con su comportamiento ha superado el riesgo prohibido, de lo contrario se juzgarían intenciones.

Por otro lado, resulta también discutible tomar como punto de partida dogmático el argumento de que “el delito de blanqueo de capitales esté configurado como la tipificación expresa de formas de intervención específica en determinados delitos”, porque el blanqueo de capitales y la receptación no son formas de intervención específica en un delito previo, son conductas posteriores muy diferenciadas de las anteriores. Se trataría de una postura ligada a la teoría del mantenimiento o a la explicación del delito de receptación como forma de la participación, teorías que no explican de manera suficiente estos comportamientos delictivos. No es de extrañar que, si se parte de esta idea, se sostenga que, “la delimitación entre la responsabilidad por esta figura delictiva y la cooperación necesaria o la complicidad por el” delito previo, “vayan a depender únicamente del conocimiento

que se pueda atribuir que tiene el sujeto que realiza la concreta aportación”. El análisis del conocimiento no determina lo objetivo. Aunque es cierto que el dolo de la acción la explica, no se puede analizar si en una determinada acción existe dolo hasta que se compruebe que esa acción es en efecto típica y en este sentido superadora del riesgo.

Por lo que, resulta también discutible aquella conclusión que afirma que, la responsabilidad de los “muleros del phishing, sea como partícipes de una estafa o como autores de un blanqueo dependerá del conocimiento que se impute que tenía el mulero en el momento de realizar una conducta”<sup>32</sup>. La determinación de la responsabilidad jurídico-penal exige el cumplimiento de ciertos estándares básicos, entre los que cabe contar, la imputación por hechos: la responsabilidad depende primeramente de la imputación objetiva y luego de la subjetiva. Suponer lo contrario, conduce a situaciones indeseables desde una perspectiva garantista: imponer cargas o deberes jurídico-penales inexistentes así, se debe imputar al mulero que conoce, que obra con dolo, aunque no realice comportamiento antijurídico alguno según el artículo 248.2.a CP, simplemente, porque “permite con su actuar la consumación del delito al no existir disponibilidad sobre el mismo hasta que no se da tal transferencia”, por lo que, nos encontraríamos ante una comisión por omisión.

En este orden de cosas, también resulta discutible aquella afirmación que asegura que, “la intervención del mulero es casi insustituible como forma de lograr el perjuicio patrimonial por medio de la estafa informática”<sup>33</sup>, porque, el perjuicio patrimonial ya ha sido configurado desde el momento en que se realiza la primera disposición, porque el injusto se cumple con la disposición patrimonial no consentida. Pensar de otra manera equivale a incorporar en todos aquellos tipos penales en los que el motivo para realizar el tipo sea un aprovechamiento, incluir como típico, el comportamiento final que coadyuva a su realización. Un ejemplo permite mostrar nuestra posición: una persona roba un Picasso valorado en 200 millones de euros, si se sigue los presupuestos de esta teoría, el perjuicio patrimonial no estaría configurado hasta que un tercero adquiera o reciba el Picasso, y entregue al autor del delito de robo el dinero del Picasso. Jurí-

<sup>30</sup> Aunque requiere un análisis pormenorizado y mucho más específico, me atrevería a señalar que, si se practica por la autoridad correspondiente, el acto ingresa al ámbito de la infracción de deberes para juzgar. En estos casos, el núcleo del comportamiento está en tomar por arbitrio propio la declaración de la ley que sólo corresponde al legislador, de este modo su actuación es crear derecho injusto y, por tanto, sería una decisión ilegítima.

<sup>31</sup> En el sentido observado, Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 42.

<sup>32</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 42.

<sup>33</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 44.

dico-penalmente el tercero que adquiere o recibe el cuadro del afamado pintor español sería partícipe del delito de robo porque sin su intervención no se habría logrado el perjuicio patrimonial. Como se observa, la argumentación resulta poco plausible.

La solución de este problema está en la interpretación que en esta investigación se realiza de la receptación como un delito autónomo, la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido, al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación hoy, según la actual configuración de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía, con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. La conducta del mulero es típica según lo que se establece en el artículo 298 CP.

En atención a lo anterior, resulta curioso y extraño, que se describa la conducta del mulero de este modo:

“el mulero que recibe importantes ingresos y los transfiere por los medios que le han ordenado, realiza un comportamiento cuyo único sentido social es, a todas luces, hacer posible a otros sujetos, determinados o indeterminados, la consumación final del delito”<sup>34</sup>.

Y, aun a pesar de aquello, se sostenga que se trata de una participación en un delito de estafa informática cuando, realmente se describe el comportamiento típico de una receptación: a) recibir un bien-efecto de un delito previo contra el patrimonio; b) no participar en el delito previo; y, c) actuar con ánimo de lucro propio y/o para ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo.

Por otro lado, sobre la cuestión del objeto material como criterio para limitar la imputación de los comportamientos del mulero vía receptación y/o blanqueo, cuando los bienes a los que se refiere el blanqueo serían los que tienen su origen en el delito, debiendo descartarse aquellos que sean objeto material del delito previo, argumento usado por doc-

trina<sup>35</sup> y jurisprudencia, como por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, del 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que:

“... cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes entregados a cambio de aquella. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada *phishing* en el que el “bien” supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 del 12 de junio de 2007, que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”.

Como se puede observar, el argumento se desarrolla sin aceptar que se debe apreciar una identidad normativa entre los conceptos de bienes y efectos en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales. En este sentido, si por efectos de un delito debe entenderse, cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito, el objeto material del delito previo, podrá estar incluido siempre que no se trate de aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluido en las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). Ahora, en los

<sup>34</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 43.

<sup>35</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

casos de estafa informática, el objeto material no queda inalterado, por tanto, es reconducible, por ejemplo, al concepto de efecto o al concepto de ganancia. Porque precisamente el objeto material en la estafa es a su vez la finalidad por la cual el autor decide comportarse típicamente, con lo que esta crítica también queda superada.

Por último<sup>36</sup>, sobre la consideración de los comportamientos del mulero como un delito de blanqueo de capitales culposo por imprudencia grave, solución que es acogida y compartida por la jurisprudencia; como se ha puesto de manifiesto, hay voces que se alzan<sup>37</sup> en contra de este tipo de resoluciones (nos sumamos a estas críticas), porque la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios

generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos<sup>38</sup>. Se trata de todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso<sup>39</sup>), según esta criticada y discutible postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Todo lo que se ha sostenido respecto de que no es factible descartar la imputación del comportamiento de los muleros por la vía del artículo 298 CP, sumado a la anterior crítica que entiende que los comportamientos del mulero al menos exigen que se comporte con dolo eventual, nos permiten inferir que, esta conclusión, completa el extremo de que no existe dificultad alguna para interpretar que hasta este nivel de análisis, las conductas o comportamientos del mulero pueden ser subsumidas tanto en el ámbito de aplicación del artículo 298 CP, como en el del artículo 301 CP en sus modalidades dolosas, entonces, ¿cuál sería el punto de quiebre para afirmar que las conductas del mulero se deben perseguir según lo establecido en el delito de receptación? La conducta de los muleros está más cerca del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática por las razones previamente expuestas. Por otro lado, pareciera más correcto afirmar que son comportamientos de blanqueo

<sup>36</sup> En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este apartado, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo, “la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y “procedió a retirar” el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario. Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que éste, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón, aduce la sentencia, radica en que efectivamente, “los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar”, ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez, intermediarios, así, la actitud de los imputados de no “querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev”, debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es “que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo” desde el tipo del art. 301 CP.

<sup>37</sup> Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 185-186.

<sup>38</sup> Recordemos lo que afirmamos al respecto: : a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la Seguridad Social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc.

<sup>39</sup> Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 32.

según el artículo 301 CP, porque dado que se recepta dinero y no objetos, se debiera entender el comportamiento como de blanqueo y no de receptación. Sin embargo, ya hemos solucionado este problema mediante la equivalencia normativa entre bienes y efectos de un delito, por lo que bien cabe hablar de receptación de dinero, porque el dinero es un bien, y en el caso de la estafa informática el dinero que es el objeto material del delito, es también o el efecto o si se quiere la ganancia del delito por lo que no es objetable la recepción de dinero para desvincular el ámbito de aplicación del art. 298 CP.

En este sentido, debemos concluir que, nos encontramos ante una receptación porque: a) el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa, se debe preferir su aplicación<sup>40</sup>. Las críticas que se han planteado a esta posibilidad ya han sido suficientemente superadas porque se refieren al supuesto conocimiento sin comportamiento como argumento para imputar por participación; y, por otro lado, se dice que cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de este; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial). Crítica que también hemos superado al confirmar que con la primera disposición patrimonial se alcanza el tipo: el comportamiento del mulero no agrega nada al tipo objetivo del delito de estafa informática, porque el artículo 248.2.a, no requiere otro acto distinto que la disposición patrimonial no consentida.

La solución aquí aportada es corroborada además por los datos empíricos, porque para nosotros el comportamiento del mulero debe resolverse según las reglas del artículo 298 CP, porque el delito previo es uno contra el patrimonio. Así, el argumento de la pena a imponer es también importante, porque se comprue-

ba que más de 44% de las penas impuestas por blanqueo de capitales no superan los dos años, llegando a más de 55% las penas que no superan los tres años<sup>41</sup>. Por lo que, en el ámbito de los comportamientos del mulero, un comportamiento objetivamente menos grave que muchos otros comportamientos que agreden gravemente la lícita circulación de bienes en la economía, el marco penológico del artículo 298 CP es mucho más adecuado que el que establece el artículo 301 CP. Pero, aunque parezca que la decisión respondería a un capricho sobre qué tipo escoger, porque en efecto, caben a nivel de imputación objetiva y subjetiva tanto en el delito del artículo 298 CP, como en el del artículo 301 CP, el marco penal también es un indicio de que esto no es un antojo interpretativo, sino que está referido a una diferente estrategia político-criminal para proteger a la sociedad en su conjunto de la ilícita circulación de bienes.

Así, en la sentencia propuesta como problema a solucionar, no se debió confirmar la condena como autora responsable a la imputada por un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia). La sentencia del Tribunal *a quo* debió primeramente imputar por un delito de receptación. Como no lo hizo, el Tribunal Supremo tuvo que absolver, porque el recurso planteó esta posibilidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de diciembre<sup>42</sup>, en la que se confirma la condena a un abogado por blanqueo de capitales doloso también se puede apreciar esta solución, porque el delito del cual se originó el dinero blanqueado era un delito de estafa (y cometido fuera de España) por lo que no nos encontramos ante una aplicación del artículo 301 CP, sino que se debió aplicar el artículo 298 CP; claro que a diferencia de la resolución comentada, aquí no se propuso entender la conducta como una típica según el delito de receptación.

## Fuentes consultadas

- Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal Parte General*, segunda edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, 2012.

<sup>40</sup> En sentido parecido, Velasco Núñez, "Fraudes informáticos", cit. nota nº12, p. 65

<sup>41</sup> Calderón Tello, Lyonel Fernando, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, p. 409 y ss.

<sup>42</sup> STS 1501/2003 de 19 de diciembre.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

- Calderón Tello, Lyonel Fernando, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.
- Cancio Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997.
- Cancio Meliá, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)”, en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998.
- Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1998.
- Choclán Montalvo, José Antonio, “Fraude informático y estafa por computación”, en *CDJ*, núm. 10, 2001.
- Faraldo Cabana, Patricia, “Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en *Estudios Jurídicos*, 2009.
- Faraldo Cabana, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Feijóo Sánchez, Bernardo, “Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Estafas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luís (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red”, en *RDPC*, núm. 19, 2007.
- Fernández Teruelo, Javier, *Derecho penal e Internet*, Madrid: Lex Nova, 2011.
- Flor, Roberto, “Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide», en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010.
- Flores Mendoza, Fátima, “La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica”, en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013.
- Flores Mendoza, Fátima, “Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Galán Muñoz, Alfonso, “El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta”, en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010.
- García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *CDJ*, núm. 7, 2006.
- González Rus, Juan José, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, en *RECPC*, 14 de enero de 1999.
- Mata y Martín, Ricardo, “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, Mata y Martín, Ricardo (Dir.), Granada: Comares, 2007.
- Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid: Edisofer, 2001.
- Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.
- Miró Llinares, Fernando, “La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del phishing”, en *RECPC*, 15-12, 2013.
- Miró Llinares, Fernando, *El cibercrimen*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- Poveda Roda, Mariano, “Descripción y “modus operandi” en la realización de fraudes mediante internet”, en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*,

- Sanchís Crespo, Carolina (Coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- Rey Huidobro, Luis Fernando, “La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013.
- Romeo Casabona, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Madrid: Fundesco, 1988.
- Roxin, Claus, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)”, en *InDret*, enero de 2013.
- Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La víctima en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1998.
- Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming”, en *La Ley Penal*, 2007.
- Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en Red: del phishing al pharming”, en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007.

## ***Jurisprudencia***

- Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio.
- Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 355/2006, de 9 de mayo.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 1501/2003 de 19 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 2175/2001, de 20 de noviembre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 533/2007 de 12 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 556/2009 de 16 de marzo.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 692/2006, de 26 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 834/2012 de 25 de octubre.



## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Castilla la Mancha

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el fenómeno de las agencias anticorrupción. Una nueva institución que a partir del Convenio de Naciones Unidas sobre corrupción está apareciendo con fuerza en la mayoría de los países de la Unión Europea y de Latinoamérica. El artículo realiza un estudio de derecho comparado, analizando los diversos modelos de agencias, con el fin de mostrar la disparidad de funciones que están cumpliendo y mostrar sus problemas de diseño institucional. Finalmente, el trabajo propone un modelo de agencia cuya principal función sería en primer término dar pautas a las administraciones públicas, para que implanten medidas de prevención de la corrupción, y supervisar su correcta implantación. Rechazando un modelo de agencia centrado en la investigación de irregularidades.

**PALABRAS CLAVE:** agencias anticorrupción, corrupción, cumplimiento normativo, fraudes en la contratación pública, responsabilidad penal de personas jurídicas.

**ABSTRACT:** This paper analyses the development of anti-corruption agencies. A new institution that, based on the United Nations Convention on Corruption, is emerging with force in most countries of the European Union and Latin America. The article makes a comparative law study, analyzing the different models of agencies, in order to show the disparity of functions they are performing and to show their institutional design problems. Finally, the paper proposes a model of agency whose main function is to provide guidelines for public administrations to implement corruption prevention measures and to supervise their correct implementation. The paper rejects a model of agency focused on the investigation of irregularities.

**KEY WORDS:** anti-corruption agencies, corruption, compliance programs, procurement fraud, criminal liability of legal entities.

**SUMARIO:** 1. La autorregulación preventiva como marco de actividad de las agencias. 2. Las agencias anticorrupción en España. 3. Las agencias anticorrupción en Francia e Italia. 4. Mirando al futuro: ¿Qué tipo de agencias queremos?

## 1. La autorregulación preventiva como marco de actividad de las agencias.

En los últimos años hemos asistido en España a la eclosión de las agencias anticorrupción autonómicas y en menor medida locales. Contamos con seis agencias autonómicas (Cataluña,<sup>1</sup> Galicia,<sup>2</sup> Valencia,<sup>3</sup> Aragón<sup>4</sup>, Baleares<sup>5</sup> y Navarra<sup>6</sup>) y dos agencias locales, en Madrid<sup>7</sup> y Barcelona<sup>8</sup>. En fase de aprobación se encuentra la de la Castilla y León, comunidad que cuenta ya con una normativa de protección de los alertadores. En el País Vasco existe una propuesta de ley para la creación de una Oficina a Favor de las Buenas Prácticas y Anticorrupción que ha sido evaluada positivamente por el Gobierno Vasco,<sup>9</sup> e igualmente en Canarias se está planteando en estos momentos su creación.<sup>10</sup>

Este tipo de órganos no es, por supuesto, desconocido en el marco del Derecho comparado. En la UE muchos países europeos cuentan con agencias similares, como es el caso de los antiguos países del este, pero también de otros más cercanos como es el caso de Italia, Francia o Portugal. También existen agencias anticorrupción en países asiáticos, de hecho la primera agencia anticorrupción fue creada en Singapur y en la mayoría de los países de América Latina. En Brasil esta función la desempeña, con amplias funciones, la Controladoría General de la Unión, acompañada dada su compleja estructura federal, de las controladorías de cada estado y las existentes en los municipios más importantes.

<sup>1</sup> Ley 14/2008, de 5 de Noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

<sup>2</sup> Ley 8/2015 do 7 de agosto, da reforma da Lei 6/985 do Consello de Contas, e do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999 do 7 de outubro, para a prevención da corrupción.

<sup>3</sup> Ley 11/2016, de 28 de Noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

<sup>4</sup> Ley 5/2017, de 1 de Junio, de Integridad y Ética Públicas.

<sup>5</sup> Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Illes Balears.

<sup>6</sup> Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de buenas prácticas y anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>7</sup> Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción de 23.12.2016.

<sup>8</sup> Mesura de govern per a la creació de l'Oficina per a la Transparència i les Bones Pràctiques (<http://hdl.handle.net/11703/104943>)

<sup>9</sup> <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/departamento-gobernanza-publica-autogobierno/>

<sup>10</sup> Vid. la noticia en <https://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-gobierno-canarias-favor-oficina-antifraude-si-no-solapan-competencias-20180621143859.html>

En la UE la OLAF puede igualmente encuadrarse dentro de este nuevo tipo de órganos administrativos. La proliferación de agencias ha dado lugar a agrupaciones internacionales de carácter regional como la Red de Oficinas Anticorrupción del Este (*Network of National Anti-Corruption Institutions in West Africa*) y del sur de África (*Southern African Forum Against Corruption*), del sudeste asiático (*Southeast Asian Parties Against*), de Arabia (*Arab Anti-Corruption and Integrity Network*) o de los países de la Unión Europea (*European Partners Against Corruption/European anti-corruption contact point network (EPAC/EACN)*).

El nacimiento de las agencias anticorrupción ha venido propiciado, aparte de por argumentos de carácter político coyuntural, por el Convenio de Naciones Unidas para la prevención de la corrupción. Este precepto contiene indicaciones bastante precisas tanto en lo que se refiere a sus funciones como a sus aspectos orgánicos. Según el artículo 6, su función consiste, de un lado, en la aplicación de medidas de prevención previstas en el artículo 5 del convenio, o más concretamente en su coordinación y supervisión y, de otro, en el aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. La Convención de Naciones Unidas proporciona también indicaciones precisas acerca de sus aspectos orgánicos: debe ser independiente (“sin ninguna influencia indebida”)<sup>11</sup> y eficaz, lo que entraña una correcta asignación de recursos. Es sintomático, en consonancia con lo que después se dirá, que la Convención distingue perfectamente entre las oficinas anticorrupción a las que encarga tareas preventivas (art. 6), de aquellas autoridades especializadas (art. 36) a las que encomienda los aspectos represivos (“la aplicación de la parte coercitiva de la ley”). En el marco de la Convención de Naciones Unidas se ha creado un registro de agencias, que acredita a aquellas que cumplen con sus estándares.

Pese a la eclosión de las agencias anticorrupción no ha existido un debate relevante acerca de cuál es el modelo de agencia o, más aún, cuáles deben ser funciones, estructuras etc..<sup>12</sup> Especialmente importan-

<sup>11</sup> Vid. sobre la necesidad de independencia las Resoluciones 3/2, 3/3 y 4/4 adoptadas por la Conferencia de Estados Parte a que se refiere el art. 63 de la Convención.

<sup>12</sup> Vid. los trabajos clásicos de Doig A., (1995) *Good government and sustainable anti-corruption strategies: a role for independent anti-corruption agencies?*, *Public Administration And Deve-*

te resulta la reflexión acerca de cómo delimitar sus funciones de otros entes públicos como las oficinas de transparencia, de los órganos de control interno o de la inspección de servicios. El solapamiento de funciones o la hiperinstitucionalización<sup>13</sup> puede convertirse en uno de los argumentos principales para considerar que constituyen un instrumento carente de utilidad y con poca relevancia práctica. Pero al lado de esta primera cuestión, que afecta a su necesidad, existen otras muchas preguntas abiertas relativas al carácter obligatorio de las medidas de prevención, al papel en la implantación de medidas anticorrupción en cada organismo público, la necesidad de centralizar esta política, su función de la contratación pública o en la transparencia etc. A estos efectos, para entender correctamente la necesidad y las funciones de este nuevo tipo de órgano administrativo, hay que contextualizarlas en un cambio de paradigma en la erradicación de la corrupción.<sup>14</sup> Hasta los años noventa, se pensó que la clave en la lucha contra la corrupción era fundamentalmente la mejora de las leyes penales, mediante el perfeccionamiento de los tipos penales relativos a la corrupción, la mejora del proceso penal y la creación de organismos de persecución especializados como la Fiscalía Anticorrupción.

La Convención de Naciones Unidas, así como otras organizaciones internacionales, han ido asentando paulatinamente un nuevo paradigma de política criminal, donde se pone especial énfasis en la creación

de instrumentos preventivos<sup>15</sup>. Estos mecanismos son de diversa índole, pero todos tienen en común que son de naturaleza extrapenal: leyes de transparencia, de financiación electoral, de regulación de *lobbys* y conflicto de intereses, regulación de la contratación pública desde la óptica de la prevención de la corrupción etc. Entre las nuevas herramientas de prevención destaca la necesidad de implantar programas de cumplimiento, es decir, medidas de autorregulación interna de carácter preventivo cuya finalidad es la establecer medios de prevención adaptados a los riesgos y peculiaridades de cada organización. Esta obligación pesa tanto sobre empresas u otras organizaciones privadas como ONGs o partidos políticos, como sobre organizaciones y administraciones públicas.

Mientras que en el ámbito empresarial esta autorregulación preventiva en materia de corrupción va a formar parte de los denominados programas de cumplimiento, en el marco de las organizaciones públicas reciben frecuentemente el nombre de programas de integridad. Ambos sistemas autorregulación representan, sin embargo, las dos caras de una misma moneda y constituyen técnicas de gestión de organizaciones –similares. La promoción de valores éticos en la organización, la definición de reglas de comportamiento a través de códigos de conducta, la mejora de los controles internos basados en análisis de riesgos, etc. Son elementos comunes a programas de integridad y de cumplimiento.

Pese a que conforme acaba de indicarse la autorregulación preventiva debiera estar desarrollada con igual fuerza en uno y otro tipo de organizaciones existen diversos factores que provocan un menor desarrollo del cumplimiento normativo en las organizaciones públicas. El primero de ellos es que las organizaciones públicas tienen menos incentivos que las privadas para hacerlo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es el método principal que se elige para incentivar la implantación de programas de cumplimiento en las empresas, no extiende a las organizaciones públicas. Igual ocurre con los incentivos que proporciona a las empresas la nueva normativa de contratos del sector público o con los que suministra el propio mercado a través de criterios que desembocan en la buena o mala reputación de las empresas. El

lopment, Vol. 15, p. 151 ss; Meagher P., (2005) Anti-corruption Agencies: Rhetoric Versus Realit, The Journal of Policy Reform, Vol. 8 nº 1, p. 69 ss; De Sousa L., (2010) Anti-corruption agencies between empowerment and irrelevance Crime Law Soc. Change, 53, p.5 ss.

Un análisis descriptivo de los diversos modelos OCDE (2013), Specialized Anti-Corruption Insitution Review of Models. Paris; también dentro de la literatura institucional PNUD (2011), Guide des praticiens: Evaluation de la capacité des agences anti-corruption.

En España vid. Nieto Martín A./Maroto Calatayud M. (2014), Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas, Cuenca, 2014; especialmente el trabajo de Escoda Ruanes, La Oficina Antifraude de Cataluña, p. 265. Igualmente Ponce J. (2017), Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo, Revista internacional de transparencia e integridad, n 3.

<sup>13</sup> Vid. Fernández Ajenjo J.A., (2019) Problemas y soluciones frente al uso populista del estado de derecho: agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, nº 9, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Sobre estas cuestiones últimamente Nieto Martín A./García Moreno B. (2019), De la Ética Pública al Public Compliance en Gómez Colomer J. L., Tratado sobre compliance penal, Tirant lo Blanch, p. 379 ss.

<sup>15</sup> Vid. especialmente Parisi N. (2017), Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione, en federalismi.it.

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

cumplimiento normativo aumento el valor y la competitividad de las empresas, pero tiene un menos impacto reputacional en las administraciones públicas.

Más la ventaja que las empresas tienen sobre las administraciones públicas en la implantación de programas de cumplimiento no tiene que ver solo con incentivos diversos. También están relacionadas con una diversa cultura y con las distintas habilidades y competencia técnica de gestores públicos y privados. La sumisión de los funcionarios públicos a la ley es algo que tradicionalmente se ha dado por hecho. Con frecuencia se escucha todavía el argumento que en la administración pública la existencia de la ley y los controles que ella misma establece hace innecesario la implantación de medidas de autorregulación o el desarrollo de una ética pública. Por otro lado, los escándalos de corrupción, a diferencia de lo que ocurre con las empresas, afectan a los dirigentes públicos, pero en mucha menor medida a la propia organización.

La autorregulación, el dotarse de procedimientos y normas internos con el fin de conseguir diversos objetivos, es algo que tradicionalmente han hecho las empresas. Como bien es conocido, el legislador en las últimas décadas utiliza la denominada autorregulación regulada en sectores tan variados como la protección de datos, la prevención de riesgos laborales o el blanqueo de capitales. Esta técnica de regulación, en lo que alcanzo, es mucho más extraña en las administraciones públicas, que carecen por ello de una cultura de autorregulación semejante. Por poner un ejemplo, la expresión análisis de riesgos, la médula de la autorregulación preventiva, es más que conocida por la mayoría de los gestores de empresas, pero es ampliamente desconocida por los gestores públicos.

Como consecuencia de la importancia que la autorregulación tiene en el sector privado y las numerosas obligaciones existentes existe además una potente industria de consultoría que presta sus servicios a las empresas en el desarrollo de programas de cumplimiento, de protección de datos, de riesgos laborales etc. El que las empresas paguen por un asesoramiento cualificado para, por ejemplo, implantar un programa de prevención de la corrupción constituye además un efecto buscado por el propio ordenamiento. Uno de los objetivos de los programas de cumplimiento es que las empresas integren como un coste de producción más la implantación de procedimientos internos que mitigan todo tipo de riesgos: desde los medioam-

bientales, los laborales o la realización de pagos ilícitos. Es lo que los economistas denominan como producción socialmente eficiente y que consiste en que las empresas no trasladen al resto de la sociedad los costos que originan sus procesos productivos. De no existir programas de cumplimiento en materia de prevención de la corrupción, sería el Estado quien debería asumir en solitario los costes de esta prevención a través de más policías, inspectores etc. Este fenómeno de asunción de costes que conlleva la autorregulación no es deseable, desde luego, en el seno de las administraciones públicas. No sería acertado que la implantación de un plan de prevención de la corrupción, por ejemplo, en un municipio conllevara costes vinculados al pago de consultores externos. La producción socialmente eficiente de las empresas nos beneficia a todos, mientras que el aumento del gasto público no siempre lleva aparejados beneficios sociales. Por esta razón, la autorregulación preventiva en materia de corrupción –o en cualquier otro ámbito– debe hacerse preferentemente con los propios recursos.

Tras cuanto acaba de decirse, creo que es ya fácil comprender cuál es el objetivo principal de las agencias anticorrupción, su función consiste en compensar este déficit que acaban de describirse y ayudar a las administraciones públicas a autorregularse con el fin de prevenir la corrupción. Ahora bien para que las agencias anticorrupción puedan ayudar en la implantación de programas de integridad o cumplimientos, las administraciones públicas y el resto de organizaciones públicas deben también “dejarse ayudar”, es decir, estar interesadas en su implantación. Por esto, también las agencias deben contar para ser efectivas con las herramientas necesarias para coaccionar a las organizaciones públicas a implantar eficazmente estas medias, pues, como ya hemos advertido, son muy pocos los estímulos que tiene el responsable de una organización pública para su implantación. Al menos en España, la presencia de las agencias anticorrupción no ha supuesto un aumento en el número de administraciones públicas que se han dotado de programas de integridad.

Esta función eminentemente preventiva de las agencias anticorrupción nos sirve para entender qué es y para qué sirve una agencia, pero también para distinguir entre los dos grandes modelos de agencias anticorrupción existentes. En la literatura existente sobre agencias es frecuente distinguir entre aquellas que tienen tareas preventivas, de las que desempeñan

funciones de investigación. En la primera oleada de agencias anticorrupción, que da comienzo en los años cincuenta del pasado siglo, prevalecían las labores de investigación. Muchas de ellas nacían en el marco de administraciones muy desprestigiadas en la que el objetivo era crear un potente apartado de “asuntos internos”. Igualmente este tipo de agencias tiene sentido cuando existen policías corruptas o, más aún, fiscalías.

En el caso de la *ue*, la *olaf* es también un tipo de agencia anticorrupción con un perfil investigador. Pero los objetivos de la *olaf* tienen sentido dentro del peculiar marco institucional de la *ue*. La *olaf* como es conocido nace de la imposibilidad política de crear una auténtica fiscalía europea, pero también de la necesidad de coordinar la investigación de irregularidades que implicaban a varios países y de contar con un cuerpo propio que investigara las irregularidades que afectaban a los funcionarios y a las instituciones europeas. A diferencia de lo que ocurre en los Estados miembros, la *ue* no cuenta con una policía que pueda desempeñar este cometido.

En lo que sigue, y una vez conocido el marco teórico de las agencias anticorrupción, analizaremos en primer lugar las diversas funciones y estructura de las agencias anticorrupción españolas (2). Seguidamente realizaremos una comparación con dos agencias muy significativas de nuestro entorno como son la italiana y la francesa. Precisamente porque resultan modelos muy próximos creo que la comparación resulta de gran utilidad (3). Finalmente realizaremos una serie de indicaciones y propuestas con el fin de contribuir a una regulación mucho más perfilada que la actualmente existente (4).

## 2. Las agencias anticorrupción en España.

- a) *Agencias anticorrupción, oficinas de transparencia, autoridades de contratación pública y oficinas de altos cargos.*

Aun ciñéndonos a las agencias anticorrupción preventivas, un primer problema con el que nos enfrentamos a la hora de estudiar las agencias españolas es a quién colocamos esta etiqueta. Más que de un problema de definición se trata en realidad de un grave problema de diseño institucional, pues como vamos a ver existe el riesgo de solapamiento entre el papel

de las agencias y otros órganos como las oficinas de transparencia o de conflictos de intereses.

La Ley 19/2013 comprende tanto la transparencia, como el buen gobierno y este último concepto incluye lógicamente la adopción de medidas anticorrupción. Además en sectores como el urbanismo o la contratación pública las medidas de prevención de la corrupción tienen que ver con el incremento de la transparencia.<sup>16</sup> A diferencia de lo que ocurre con las agencias anticorrupción, en materia de transparencia la Ley 19/2013 contiene ya un diseño institucional completo. Cada organización pública ha institucionalizado esta actividad, con planes de transparencia y responsables de transparencia. Existe además un Consejo Nacional de la Transparencia y Buen Gobierno, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, cuyas funciones consisten en elaborar recomendaciones, buenas prácticas y en general supervisar que la Ley de transparencia se aplica de manera correcta por los sujetos obligados.

La Oficina de Buenas Prácticas y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona muestra con claridad la posibilidad de integrar la prevención de la corrupción en las oficinas de transparencia. Curiosamente, la otra gran oficina anticorrupción municipal, la de Madrid, está desligada de la oficina de transparencia del municipio. Quizás debido a la ubicación de la oficina de Barcelona dentro de la transparencia su regulación apenas hace esfuerzo alguno por coordinar sus funciones con la Oficina Antifraude de Cataluña. Solo muy puntualmente se indica en relación a la formación que habrá colaboración entre ambas.

Este breve recorrido por la transparencia nos muestra la necesidad de ubicar claramente la prevención de la corrupción. Hay que decidir si la vía a seguir es la incorporación de esta función a las que ya realizan las oficinas de transparencia –como ocurre en Barcelona–, generar dos estructuras diferentes –como ocurre en Madrid– o por el contrario que la anticorrupción acabe incorporando la transparencia. Si en el futuro las agencias anticorrupción, ya sean autonómicas o nacionales, se convierten en supervisoras de las medi-

<sup>16</sup> Vid. por ejemplo las propuestas de Gallego Corcoles I, La prevención de la corrupción en las administraciones públicas o las de Carrillo Morente J.A, Corrupción frente a ordenación urbanística, ambos en Nieto Martín A./Maroto Calatayud M. (2014), Public compliance, op. cit, p. 43 ss, 93 ss. Igualmente las medidas que se proponen en AA.V (2018), Guía para la prevención de la corrupción en las administraciones públicas de Castilla la Mancha (descargable en: <http://doi.org/10.18239/atena.10.2018>).

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

das de prevención que se adopten en cada institución pública, lo que no tiene sentido es que mediante un cambio de etiquetas se eluda esta supervisión.

A la dualidad transparencia-anticorrupción debe sumársele una segunda: la existente entre anticorrupción “general” y anticorrupción “especial” en materia de contratación pública. La Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 332 ha establecido una nueva agencia: la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público.<sup>17</sup> La OIResCON adscrita al Ministerio de Hacienda, tiene independencia orgánica y funcional. Sus tareas son genuinamente las de una agencia nacional, pero especializada en el ámbito más importante de la corrupción, como es la contratación pública. Su capacidad de supervisión de las distintas administraciones públicas es considerable: puede dar instrucciones dando pautas de interpretación, haciendo recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación o elaborando estudios o guías de buenas prácticas. Una de sus funciones principales es la elaboración de un mapa de riesgos de la contratación pública con el fin de “identificar las patologías identificadas en la contratación pública”. Pose además su propio canal de denuncias, independiente del que puedan poseer las distintas administraciones públicas convocantes.

La Oficina de Conflictos de Intereses, dependiente del Ministerio de Política Territorial, constituye otro invitado más a la mesa de la prevención de la corrupción. Nadie duda que gestionar los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración, entre los que se incluye el fenómeno de las puertas giratorias, son uno de los pilares en las políticas de prevención de la corrupción. A diferencia de lo que hemos visto en transparencia o en contratación pública, donde la oficina estatal coordina y supervisa al resto de entidades semejantes autonómicas y locales, aquí los distintos niveles funcionan como compartimentos estancos. Como después veremos, en la regulación de algunas agencias anticorrupción autonómicas se ha incluido expresamente esta función.

*b) Las agencias autonómicas.*

Las agencias anticorrupción han nacido en España fundamentalmente vinculadas a la administración autonómica. Existen en la actualidad seis agencias anticorrupción, por esta razón en lugar de realizar un estudio singularizado de cada una de ellas, lo que resultaría seguramente tedioso, se efectuará a continuación un estudio comparado, examinando diversos aspectos comunes a todas ellas. En general puede decirse que se trata de regulaciones ampliamente similares, donde hay textos que han servido de inspiración legislativa a otros. No obstante, es posible encontrar diferencias significativas. La primera agencia, la Oficina Antifraude de Cataluña, data de 2008. Durante casi una década es la única agencia que existió. En 2015 aparece la agencia gallega, vinculada a su Tribunal de cuentas. La eclosión de las agencias se produce poco después, entre 2016 y 2018.

La primera característica que ha de tener una agencia anticorrupción es la de su independencia.<sup>18</sup> Todas las Agencias, a excepción como hemos visto de la gallega, están adscritas a los parlamentos autonómicos, quienes eligen a su director. Las normas reguladoras establecen un conjunto de garantías para asegurar la independencia y objetividad de su director: necesidad de mayorías cualificadas para su elección; causas tasadas de revocación de su mandato; régimen de incompatibilidades; imposibilidad de recibir órdenes; no afiliación a partidos político etc.<sup>19</sup> Adicionalmente se establecen también garantías destinadas a garantizar la autonomía de la institución: personalidad jurídica propia; capacidad para dotarse de sus reglamentos de funcionamiento<sup>20</sup>; posibilidad de presentar un proyecto de presupuesto; capacidad para seleccionar a los empleados de la agencia<sup>21</sup>. La independencia, sin embargo, sirve de muy poco sin recursos suficientes, por eso es importante que alguna agencia tenga la capacidad para presentar un proyecto de presupuesto. En este momento la mayor parte de las agencias son aún instituciones en construcción, por lo que no resulta posible evaluar sus medios.

<sup>17</sup> Vid. Betancor Rodríguez A. (2018), Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en Gimeno Feliu, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Aranzadi, p. 689 ss.

<sup>18</sup> Vid. el document elaborado por la reunión por diversos responsables de agencias anticorrupción y Naciones Unidas, Jakarta Statement on Principles for Anti-Corruption Agencies Jakarta, 26-27 November, 2012

<sup>19</sup> Vid. art. 8-11 de la Ley 14/2008, de la Oficina Antifraude; art. 17-19 Ley 16/

<sup>20</sup> Vid. especialmente art. 7.

<sup>21</sup> Vid. art. 24-26 de la Ley 14/2008, de la Oficina Antifraude.

Las agencias anticorrupción limitan sus competencias fundamentalmente a organizaciones públicas. Su ámbito de actuación es la administración autonómica, los entes locales y las universidades públicas. Igualmente extienden su competencia a las empresas públicas y a entidades donde alguna de las entidades del sector público tenga capacidad para nombrar la mayoría de los miembros de los órganos de representación. Su actuación se extiende también con frecuencia a partidos políticos, a contratistas y personas que tienen atribuidas la gestión de servicios públicos y a personas que han recibido subvenciones, ayudas o créditos de las administraciones públicas. En estos supuestos sus competencias se circunscriben a la gestión de las subvenciones o a la gestión de las obras y servicios públicos que tienen encomendadas estas entidades.

La propia denominación de las agencias nos indica que su ámbito de actuación es la prevención del fraude y la corrupción. Esta meta genérica se concretará en dos fases distintas. Un primer precepto suele indicar con carácter general cuál es su finalidad. Así por ejemplo en el caso de la Agencia de la Comunidad Valenciana puede leerse que “se crea para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción... y para el impulso de la integridad y la ética pública”; en la Catalana se habla de “prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos” y de “asesorar y hacer recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, las prácticas fraudulentas y las conductas que atenten contra la integridad” (art. 1); en la Aragonesa “el establecimiento del régimen de promoción, impulso y garantía de la integridad y la ética pública” (art. 1) etc.

En una segunda fase, estas metas genéricas se concretan a través de la atribución de funciones. Un primer grupo pueden catalogarse de actividades relacionadas con la autorregulación para prevenir el fraude y la corrupción. Así, por ejemplo, se establecen competencias como el asesoramiento a las instituciones bajo su control en la adopción de medidas de prevención (Galicia, Baleares, Cataluña), la evaluación de las medidas de prevención (Navarra), la supervisión de la contratación pública (Navarra), la elaboración de un código ético general y la gestión del código (Navarra), la supervisión del sistema de prevención y la propuesta de mejoras (Galicia), realizar análisis de riesgos generales o sectoriales (Valencia, Balea-

res, Navarra), la formación de funcionarios (Valencia, Baleares).

Como puede comprobarse se trata de actividades que tienen que ver fundamentalmente con la supervisión de las medidas de prevención que han de adoptar las entidades sujetas a su supervisión. Es importante señalar, por ello, que las agencias españolas parten, al menos implícitamente, de que existen dos planos distintos en la prevención de la corrupción. La actividad principal en materia de prevención debe desarrollarse en cada organización pública (primer plano), la labor de la agencia consistiría en supervisar y apoyar el desarrollo de esta autorregulación preventiva (segundo plano). Desde esta perspectiva debe analizarse la conveniencia de las funciones más ejecutivas que en algún caso disponen las agencias, como son la gestión de los canales de denuncias y la protección de los denunciantes, la formación de los funcionarios o la gestión de los códigos éticos.

El segundo núcleo duro de su actividad, con la excepción de la Ley gallega, es la investigación de casos de irregularidades. La mayoría de las regulaciones distinguen entre dos tipos de procedimientos de investigación: el destinado a realizar recomendaciones a la organización que ha sido investigada y un procedimiento sancionador propiamente dicho, cuyo objetivo es la imposición de las sanciones administrativas que se prevén en algunas regulaciones. Resulta de especial interés el primer tipo de procedimiento en cuanto que es el principal mecanismo de supervisión de que las agencias disponen. En este punto existen dos tendencias. La norma que regula las agencias de Navarra y Aragón delimita de manera casi casuística los objetivos de estas investigaciones. La ley Navarra constriñe la actividad de investigación a supuestos de conflictos de interés en autoridades, altos cargos y personal al servicio de las administraciones públicas o fundaciones y empresas públicas; uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público y el aprovechamiento en beneficio particular o de terceros de bienes y recursos públicos; conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público, así como en las fundaciones y empresas públicas. La Ley de Aragón también se inclina por una enumeración algo más restrictiva de los supuestos en que puede darse la apertura de una investigación “uso

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

o destino irregulares de fondos públicos”, “conductas opuestas a la probidad que comporten conflictos de intereses” o “el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas”.

Por el contrario, en las leyes que regulan las agencias de Baleares, Cataluña y Valencia los objetivos se describen de manera más amplia. En el caso de la agencia catalana, y con un texto muy similar la balear, se indica que las investigaciones o inspecciones afectan a “casos de uso o destino irregulares de fondos públicos y conductas opuestas a la probidad o contrarias a los principios de objetividad eficacia y sumisión plena a la ley al derecho”. La Ley valenciana opta por un criterio distinto, aunque no menos amplio, a la hora de establecer las facultades de investigación: “actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, disciplinaria o penal y en función de los resultados de la investigación, instar la incoación de los procedimientos que correspondan...”

El inicio de este tipo de investigaciones se produce de oficio por decisión del director previa determinación de la verosimilitud de los hechos o conductas de que tenga conocimiento (Cataluña, Valencia, Baleares, Navarra). En el caso de Baleares y Valencia la iniciación del procedimiento puede producirse también por decisión del parlamento. Como puede apreciarse se trata en la mayoría de los casos de una investigación reactiva fruto de una sospecha o, generalmente, denuncia. No existe una actividad inspectora o supervisora propiamente dicha dirigida, en ausencia de toda sospecha de irregularidad, a comprobar la eficiencia o el grado de implantación de medidas preventivas en la organización pública.

La finalidad última de la investigación, como antes se indicó, es la emisión de un informe razonado en el que la agencia hace una serie de recomendaciones la autoridad competente, quien en el plazo de treinta días debe adoptar las medidas pertinentes o indicar los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones (Aragón, Cataluña, Baleares, Valencia). La investigación se paraliza de inmediato cuando en ellas se observen indicios de delito o responsabilidad contable (Aragón, Cataluña, Baleares, Valencia).

De los distintos aspectos de la regulación de las investigaciones, interesa detenerse en la enumeración de los medios de investigación. También aquí exis-

te una gran similitud. La pionera regulación catalana enumeró una serie de medios de investigación que después se han previsto casi de manera mimética en el resto de normativas. El artículo 17.1 de la Ley señala que la Oficina “puede acceder a cualquier información que se halle en poder de los organismo públicos o personas físicas o jurídicas, públicas o privadas afectos a su ámbito de actuación”; “personarse, acreditando la condición de autoridad o agente de la Oficina Antifraude, en cualquier oficina o dependencia de la Administración o centro afecto a un servicio público para solicitar información, efectuar comprobaciones *in situ* y examinar los documentos, expedientes, libros, registros, contabilidad y bases de datos, cualesquiera que sea el soporte en que están grabados, así como los equipos físicos y lógicos utilizados”; “efectuar las entrevistas personales que se estimen conveniente... Los entrevistados tienen derecho a ser asistidos por la persona que ellos mismos designen”; “acceder... a la información de cuentas corrientes de entidades bancarias en que se hayan podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos públicos...”; “acordar la relación de fotocopias adverbadas de los documentos obtenidos”. A estos medios de investigación se añade en la mayoría de los textos el deber de colaboración de otras administraciones públicas.

Otro aspecto prácticamente común a todas las regulaciones es la protección de los denunciantes, pues como vemos en la mayoría de las regulaciones es la denuncia el detonante del proceso de investigación. No obstante, en este punto es interesante observar como la figura del denunciante y su protección se ha ido regulando cada vez con mayor detalle. Así por ejemplo la norma catalana, que recordemos es la pionera, apenas sí establece disposiciones al respecto, al igual que ocurre con la norma balear. Por el contrario en la regulación de las agencias de la segunda generación (Valencia, Aragón y Navarra) contienen mayores disposiciones al respecto. El artículo 14 de la normativa valenciana, con el que coinciden literalmente el artículo 24 de la Ley navarra y los artículos 45 y 46 ss de la aragonesa, establece el estatuto de la persona denunciante definiendo que ha de considerarse por denuncias de mala fe; la necesidad de establecer canales que garanticen la confidencialidad, la asistencia legal al denunciante y el deber de la agencia de velar porque “estas personas no sufran, durante la investi-

gación ni después de ella, ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de las condiciones laborales o profesionales, ni ningún tipo de medida que implique cualquier forma de perjuicio o discriminación”. En estas funciones las agencias pueden instar al órgano competente a que traslade al denunciante a otro puesto. La normativa de Aragón señala de manera complementaria a todo lo anterior que el denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la administración.

La atribución de competencias sancionadoras presenta algunas diferencias de unas agencias a otras. En primer lugar hay agencias que carecen de competencias sancionadoras, como es singularmente el caso de la catalana y la gallega. En un segundo grupo de agencias la potestad sancionadora está vinculada al ejercicio de competencias en materia de registro de bienes patrimoniales, la regulación de los *lobbys* o incluso el ejercicio de la potestad disciplinaria en el caso de altos cargos cuando incumplan las disposiciones del código ético; este es el caso de la oficina aragonesa. El tercer grupo de agencias (Aragón, Valencia y Baleares) tienen atribuida una potestad sancionadora que comprende esencialmente comportamientos de obstaculización a la supervisión realizada por la agencia. A estas sanciones se añaden, en el caso de la agencia valenciana, otras vinculadas a la gestión de canales de denuncias, sancionándose la denuncia falsa, pero también las amenazas a los alteradores.

Al lado de las competencias que acabamos de describir, que constituyen el núcleo duro, las agencias suelen tener atribuidas competencias muy dispares. Por ejemplo en Baleares y Navarra tienen bajo su competencia la regulación de los *lobbys*, el régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades, los códigos de buen gobierno de los altos cargos. A estas competencias la agencia aragonesa le une también la evaluación de políticas públicas, lo que realmente es una actividad que nada tiene que ver con la prevención de la corrupción. Más limitadamente la agencia navarra limita la evaluación a las medidas o normas que tengan que ver con la prevención de la corrupción. Algunas agencias tienen competencias en fase legislativa con el fin de informar en la elaboración de aquellas normas autonómicas que guarden relación con la prevención del fraude y la corrupción.

### 3. Las agencias anticorrupción en Francia e Italia.

Las agencias anticorrupción de Italia y Francia son los casos de agencias con un claro carácter preventivo que más interés internacional han despertado. Dejando de lado las muchas disparidades existentes entre la afe francesa y la ANAC italiana el núcleo duro de sus competencias es asesorar y supervisar el desarrollo de programas de cumplimiento en los administraciones, entes públicos, pero también en el caso de la afe, empresas, que están dentro de su ámbito de competencia. El estudio de ambas regulaciones va a servirnos para en la última parte de este trabajo hacer propuestas de mejora o, cuanto menos, reflexionar acerca de algunos aspectos de la regulación española.

#### a) ANAC

La agencia italiana que fue creada por la Legge 190/2012 ha supuesto un caso de éxito, seguramente por la presencia mediática y el carisma de quien ha sido hasta hacer poco su primer director Raffaele Cantone, pero también debido a su diseño.<sup>22</sup> Una de los aspectos característicos del caso italiano es que las competencias de la agencia se han ido aumentando paulatinamente, hasta el punto de convertirse en el órgano que aglutina la mayor parte de las competencias relacionadas con la prevención de la corrupción, que en España hemos visto que están dispersas entre varias oficinas. En 2014 la ANAC asume las competencias en materia de contratos públicos que hasta ese momento eran gestionadas por otra autoridad independiente, mientras que en 2016 asume las relativas a la transparencia. En ese mismo año, con ocasión de la aprobación del *Codicce dei contratti pubblici* se produce una tercera ampliación de sus competencias.

La ANAC pertenece al género de las autoridades administrativas independientes. Sus máximos responsables, a través de un proceso muy riguroso de selec-

<sup>22</sup> A diferencia de lo que ocurre en el caso de otras agencias anticorrupción, donde como vimos la bibliografía no era muy numerosa, los estudios y trabajos sobre la ANAC son muy numerosos. Vid. por ejemplo Cantone F. (2017), *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, en *Diritto penale contemporaneo*; Nicotra I.A. (a cura di) (2016), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giapachelli; Parisi (2016), *La centralità dell’Anac nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione*, en Italia V., *Codice degli appalti*. La guida alle nuove regole, Il Sole 24.

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

ción, son nombrados por el gobierno, pero una vez se produce este nombramiento tienen una autonomía similar a la que ostentan por ejemplo los bancos centrales o las agencias del mercado de valores. Desde luego se trata de una posición institucional más robusta que la de las agencias españolas, pero que también plantea los problemas de legitimidad característicos de las autoridades administrativas independientes, sobre todo cuando tienen competencias para establecer normas de conducta y a la vez sancionar sus incumplimientos. La importancia de la ANAC y esto explica sin duda su éxito está también en los medios de que dispone: alrededor de 300 empleados y un presupuesto que se sitúa en torno a los 80 000 000 de euros. Con carácter general, su ámbito de competencias no coincide con la prevención de las infracciones penales que puedan ser catalogadas como corrupción, sino que de manera más amplia su objetivo es la prevención de la *maladministration* o del mal funcionamiento de la administración como consecuencia del uso para fines privados de las funciones atribuidas.

El punto de partida para entender la función de la ANAC, es la obligación que pesa sobre todas los organismos públicos italianos, incluidas empresas públicas, de contar con un modelo de organización o programa de cumplimiento. Los elementos de este programa son muy similares a los que se establecen en el d. leg 213/2001 para las empresas, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y similares también a los que se contienen en el artículo 31 bis 5 del Código penal español. Cada entidad pública debe establecer sus responsables, realizar su análisis de riesgo, elaborar sus controles y normas de conducta etc. La figura del responsable interno ha sido objeto de desarrollo legislativo por el d. legs 97/2016, donde claramente este cargo se conforma sobre la imagen del *compliance officer* en las empresas. En el sistema italiano por tanto es cada organización pública, a partir de las indicaciones legales y las ofrecidas por la ANAC, la que debe elaborar su propio plan de cumplimiento, tal como ocurre con las empresas. Puntos centrales de la prevención son las obligaciones de transparencia de cada organización y evitar los conflictos de intereses.

Partiendo de esta obligación, la función principal de la ANAC consiste precisamente asegurar que los organismos públicos cumplen con esta obligación de manera eficaz. Para ello, cuenta en primer lugar con

sus planes trianuales, que son objeto de un *aggiornamento* anual, y de diversos estudios sectoriales.<sup>23</sup> Los planes trianuales y sus actualizaciones anuales proponen medidas concretas que tienen que ver con manifestaciones puntuales del fenómeno de la corrupción. Por ejemplo, la actualización del plan trienal de 2016, que se ha efectuado en 2017, está dedicado en gran parte a establecer medidas de control en la selección del profesorado universitario, como respuesta a los escándalos de corrupción que se han producido en los últimos tiempos o medidas de control de la corrupción en los puertos. Resulta importante subrayar que uno de los objetivos que persigue la regulación italiana es la mejora de la calidad regulatoria con el fin de disminuir la burocracia dentro de la administración. Las recomendaciones que hace la ANAC a las empresas como consecuencia de la supervisión se basan en el análisis de riesgos y por eso establecen los controles en aquellas actividades donde es posible que surja algún comportamiento irregular. Igualmente conviene destacar que los planes nacionales se elaboran a través de un procedimiento colaborativo, en el que intervienen diversos *stakeholders*.

Esta posibilidad de dar instrucciones acerca de cómo las entidades obligadas han de implementar sus programas de cumplimiento, se complementa con su capacidad para supervisar si efectivamente todas las entidades sujetas a su autoridad —más de 20 000— efectivamente las implementan de manera correcta. La supervisión da lugar a la formulación de recomendaciones específicas. Un mal resultado en la evaluación no implica automáticamente la imposición de una sanción. La ANAC solo utiliza las sanciones cuando se ha cometido un delito en la entidad. En este caso actúa como instructora de un expediente sancionador que acaba con la propuesta de sanción al órgano en cada caso competente para imponerla. Se trata de una lógica similar a la que se utiliza en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues la sanción no se impone si se demuestra que las medidas de prevención eran suficientemente eficaces (art. 1.12 ss legge 190/2012). La gran diferencia con el régimen de responsabilidad de personas jurídicas es

<sup>23</sup> Existe un debate muy interesante a cuál es la naturaleza jurídica a los Planes de la ANAC, vid. Deodato C. (2016), *La linee guida dell'Anac: una nuova fonte di diritto?*, in *giustamm.it*; Marone F. (2017), *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n 3, 2017, p. 743 ss.

que la sanción se impone a la persona responsable del cumplimiento normativo dentro de la organización y no a la organización misma. La ANAC, en este punto de manera similar a las agencias españolas, tiene también atribuidas competencias sancionadoras en relación a comportamientos que implican una obstrucción a sus competencias de supervisión.

Al lado de esta competencia general, la ANAC tiene también atribuidas importantes competencias en materia de contratación pública. De nuevo aquí el instrumento de intervención ordinario son recomendaciones dirigidas a las administraciones convocantes del concurso, que parten de un previo análisis de riesgos. De manera más específica, la ANAC supervisa igualmente la convocatoria de licitaciones de impacto relevante, con capacidad de tomar medidas de corrección en caso de descubrir irregularidades. Pero al lado de este instrumento, la reforma de la contratación pública ha servido a la ANAC para dar un salto a las organizaciones privadas. Uno de los ejes de la reforma de la contratación pública en Italia en materia de prevención de la corrupción ha sido garantizar la fiabilidad de las empresas licitadoras, lo que ha conducido paulatinamente a que la autoridad italiana vaya ampliando su capacidad de supervisión, al menos de manera indirecta sobre sus medidas de cumplimiento. En esta materia la ANAC, por ejemplo, elabora también un *rating* de empresas con el fin de acreditar su cultura de la legalidad. Una buena puntuación en este *rating* en el que participan más de 2 000 empresas que se tienen en cuenta como criterio favorable para ser adjudicataria de contratos públicos. Pero sobre todo, en relación a entidades privadas, la ANAC posee la denominada *gestione commissariale delle imprese*, una auténtica intervención de empresas adjudicatarias que produce cuando se inicia contra ellas un procedimiento penal por delitos relacionados con la corrupción o, simplemente, cuando existan circunstancias anormales que revelen la posibilidad de conductas irregulares o delictivas. Esta intervención se ha demostrado particularmente eficaz en cuanto que sin perjudicar a la actividad de la empresa, permite la implantación de medidas de prevención y mantener su actividad en el terreno de la legalidad.<sup>24</sup>

Un aspecto de gran interés en la regulación de la ANAC es la posibilidad de que actúe como verdadero órgano de cumplimiento en determinados casos, en lo que se ha dado en llamar el procedimiento de vigilancia colaborativa. Cuando existen grandes eventos, como ocurrió con la expo de Milán, o se va a poner en manos de entidades públicas con escasa preparación y capacidad de gestión un volumen considerable de fondos públicos, como ocurrió con las ayudas que se concedieron como consecuencia de los terremotos del centro de Italia, la ANAC deja de ser un órgano supervisor/asesor para pasar a dirigir directamente las medidas de cumplimiento que van a adoptarse.

Conviene, finalmente, referirse brevemente al papel de la ANAC con relación a los alertadores, que ha sido regulado a través de la *Legge 30 novembre 2017*, n. 179. Tres son las funciones, esencialmente, que cumple la agencia. Tiene su propio canal, que puede ser utilizado alternativamente al canal de denuncias que tiene cada organización como parte de su programa de cumplimiento para la prevención. En segundo lugar, también cumple una función de asesoramiento y apoyo técnico a las distintas administraciones, mediante la promulgación de directrices o herramientas informáticas. Finalmente la ANAC se constituye también en el órgano de protección de los alertadores, con capacidad para imponer sanciones en caso de que se adopte algún tipo de represalia, pero también sanciona a las administraciones que han permanecido inactivas ante una denuncia.

## b) La Agencia anticorrupción francesa

La Agencia anticorrupción francesa (AFA) es de más reciente aparición que la ANAC, fue creada a través de la Ley Sapin II. Al igual que en el caso de Italia, se trataba de una ley que modificó diversas parcelas del ordenamiento jurídico, incluyendo la penal en materia de corrupción. Sus medios son más escasos que la ANAC, tiene muchos empleados y un presupuesto menor. Funcionalmente no puede decirse que sea independiente porque forma parte del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Hacienda, sin embargo tiene un estatus independiente en cuanto que no puede recibir ningún tipo de órdenes.

El primer objetivo de la agencia francesa es orientar tanto a organizaciones públicas, como a empresas en la adopción de medidas de prevención de determi-

<sup>24</sup> Vid. Mongillo V./Parisi N. (2019), L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, socialmente pericolosa o mafiosa: alla ricerca di un disegno, en *Ressegna economica*, p. 167 ss.

nados delitos, mencionados expresamente en la ley. Este hecho supone una nota diferencial con lo que hemos visto en España e Italia donde el ámbito de supervisión de las agencias se define de una forma más extensa. Esta tarea la realiza a través de un plan plurianual donde establece la estrategia general. Además emite recomendaciones y presta apoyo a las entidades que están obligadas a su implantación. Al igual que en el caso italiano puede apreciarse también un “doble plano” en la organización de la prevención de la corrupción. Son las concretas organizaciones quienes deben dotarse de planes de prevención, consistiendo la labor de la agencia de colaboración y también como veremos de supervisión. Ahora bien, la gran diferencia entre la agencia francesa es que extiende sus competencias por igual tanto a todo tipo de organizaciones y no únicamente a la administración pública. Más aún, como inmediatamente vamos a ver, sus poderes de supervisión y sanción son mayores sobre el sector privado que sobre el público. Esta es la gran originalidad de la agencia francesa.

El artículo 8 de la Ley establece los elementos de los planes de prevención de corrupción que deben implantar las empresas, que coinciden plenamente con los establecidos en el art. 31 bis 5 del Código penal español o con los establecidos en la normativa italiana. La afa supervisa su implantación en las empresas obligadas – empresas con más de 500 trabajadores-, realizando observaciones en caso de incumplimiento, que de no ser atendidas en un plazo que puede extenderse hasta tres años, pueden dar lugar a la imposición de sanciones tanto a la propia persona jurídica (multa de hasta 1 000 000 de euros) como a sus dirigentes (multa de hasta 200 000 euros). Esta sanción puede ser hecha pública. Significativamente, aunque también supervisa la implantación de los planes de prevención en las organizaciones públicas en este caso no tiene atribuida ningún poder sancionador.

La segunda gran competencia de la afa se centra en la ejecución penal. La Ley del 9 de diciembre de 2016 establece en el Código Penal francés una nueva pena para las personas jurídicas, condenadas por delitos de cohecho, tráfico de influencias etc. consistente en la obligación de implementar un programa de cumplimiento. La imposición de esta pena conlleva la sujeción de la empresa a la supervisión de la afa, con el fin de que controle la correcta implantación de las medidas de prevención. Igualmente las empresas

pueden ser sometidas a la supervisión de la agencia, a los efectos de que implanten un programa de cumplimiento, cuando la empresa y la fiscalía llegan a un acuerdo en el marco del proceso penal. A semejanza de lo que ocurre en el derecho norteamericano, la empresa que alcanza estos acuerdos ve suspendido el procedimiento a condición de que mejore o implante un programa de cumplimiento, indemnice a las víctimas y pague una multa que no puede exceder de 30% de su volumen de negocios anual.

#### 4. Mirando al futuro: ¿Qué tipo de agencias queremos?

Este breve recorrido por el derecho comparado, más el análisis realizado de las agencias anticorrupción española, va a servirnos como base para reflexionar acerca del papel de las agencias y proponer una serie de mejoras en su regulación.

- a) *Un paso imprescindible: la necesidad de concretar las obligaciones de cumplimiento de las organizaciones públicas.*

Tal como señalábamos en el primer apartado, el papel principal de las agencias es compensar los problemas que las organizaciones públicas tienen para dotarse de programas de prevención de la corrupción basados en la autorregulación. Desde este cometido, seguramente el problema más importante que tiene las agencias españolas es que no se ha establecido con corrección el “doble plano” que hemos visto en Francia e Italia, es decir, la obligación por parte de las organizaciones sometidas a la agencia de implantar programas de prevención de la corrupción. También se echa en falta en este punto que se den unas indicaciones mínimas acerca de los elementos de los programas de cumplimiento dentro del sector público, tal como hace el CP en el artículo 31 bis 5.

Concretar cuáles son las obligaciones de los entes sometidos a supervisión ayudaría, en primer término, a definir mejor cuál es el objetivo principal de la actividad de las agencias. A diferencia de lo que ocurre en Francia o Italia, las agencias españolas solo realizan una supervisión reactiva a través de investigaciones, cuyo objetivo queda además en el aire al no concretarse mínimamente cuáles son las obligaciones que las entidades públicas deben cumplir. Contar con

un mínimo diseño de los programas de cumplimiento ayudaría a delimitar la finalidad de las investigaciones, que en la actualidad es un tanto difuso. En la actualidad una investigación puede versar sobre casi todo y reprochar a las organizaciones públicas investigadas la ausencia de medidas de prevención que no se contemplan en ningún sitio.

Por otro lado, una supervisión que se realiza solo a través de investigaciones reactivas, fruto de denuncias, no es el mejor camino para crear un clima de confianza y de colaboración entre agencias y entidades supervisadas. Existe, en la situación actual, un serio peligro que las agencias sean miradas como organismo inquisidores y su actividad sea obstaculizada o simplemente ignorada, condenándolas a la irrelevancia. La actividad preponderante de las agencias debería ser el asesoramiento previo o la supervisión de los programas de integridad sin que exista una irregularidad de por medio, con el objetivo principal de ayudar a los entes públicos. Como vimos, a diferencia de lo que ocurre con las empresas, donde existe una mayor competencia técnica en este terreno y en cualquier caso, con la posibilidad de contratar servicios de consultoría externos, el papel principal de las agencias consiste en compensar estos déficits de las organizaciones públicas. La formación de responsables de cumplimiento de cada institución debería ser, en este sentido, uno de los grandes focos de atención por parte de las agencias.

La fijación de los contenidos básicos de los programas de cumplimiento o integridad público ayudaría a entender además la definición amplia de las competencias de las agencias, referida a supuestos de mala administración. Como muestra la regulación de la ANAC, cuando se trata de establecer obligaciones preventivas carece de sentido delimitar con mayor precisión el ámbito de competencias, tal como se hace en el caso de la agencia francesa. Un plan de cumplimiento no previene estrictamente las conductas que pueden ser calificadas de corrupción, sino que establece un perímetro de protección mayor que comprendería comportamientos que podrían ser tachados simplemente de irregulares. En este punto, y a semejanza de lo que ocurre con los programas de cumplimiento de las empresas, contar con códigos éticos o de conducta vinculantes en cada organización ayudaría a fijar el ámbito del cumplimiento normativo y de manera indirecta las competencias de supervisión de

las agencias. Los códigos de conducta concretarían que ha de entenderse por *maladministration*.

Uno de los retos principales de la regulación de las agencias sería determinar qué mecanismos utilizar para motivar que las entidades públicas implantaran los programas. En este punto vemos en el derecho comparado varias alternativas, mientras en Italia se ha decidido utilizar sanciones contra los responsables de las entidades públicas, en Francia el legislador ha establecido la obligación, pero no ha previsto ningún tipo de sanción. La solución italiana resulta desde luego el camino más directo, pero podían seguirse otros. Así por ejemplo cabría establecer incentivos mediante la financiación pública a los entes con planes de cumplimiento efectivos. Se trata de una estrategia que en relación a entes públicos utiliza, por ejemplo el Banco Mundial, que limita determinadas líneas de ayuda a los entes que cuenten con programas de integridad. Igualmente podrían ensayarse sanciones de tipo reputacional, como la difusión de los resultados de las investigaciones de las agencias poniendo de manifiesto los déficits de organización que han hecho posible la corrupción o las irregularidades.

*b) Los problemas de solapamiento y la organización territorial de las agencias.*

La sentencia del TSJ de Madrid<sup>25</sup> que estableció la legitimidad de la creación de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, evidenció con claridad los problemas de colisión que las agencias, dependiendo de cómo se configuren, pueden tener con otros departamentos y organismos públicos destinados sobre todo a establecer responsabilidades penales, disciplinarias o contables. No obstante, los problemas de colisión con jueces, fiscales u órganos de fiscalización externos e internos se reducen si como ocurre con las agencias autonómicas y también con las municipales, su función principal es una investigación preventiva, destinada no a sancionar, sino a poner de relieve las carencias que en la adopción, implementación o diseño de medidas de prevención puede tener una organización pública. Es más, a mi juicio, en cuanto las agencias carezcan de poder sancionador no estimo que necesariamente tengan que paralizar su procedimiento cuando se

<sup>25</sup> TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia n. 252/2018 de 3 abril, JUR2018\153415

## Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria

descubra que los hechos pueden tener carácter delictivo o incluso constituyan una infracción administrativa. Ambas investigaciones podrían desarrollarse de manera simultánea con la sola condición de que existieran reglas de coordinación entre las diversas investigaciones. Asimismo sería conveniente establecer la obligación por parte de los órganos de control, disciplinarios y penales de poner en conocimiento de las agencias las irregularidades que investiguen con el fin de que la agencia pueda realizar sus investigaciones preventivas. De nuevo si comparamos el *compliance* público con el privado vemos con claridad la utilidad de distinguir una investigación preventiva de una sancionadora. Los programas de cumplimiento a la hora de regular las investigaciones internas deben establecer distintos marcos jurídicos y diversas reglas de investigación, cuando la investigación interna se dirige en exclusiva a poner de manifiesto problemas en el diseño o implementación de los programas de cumplimiento, que cuando busca establecer responsabilidades disciplinarias o colaborar con el proceso penal.<sup>26</sup>

Aclarado cual es el papel de las agencias, debe en segundo lugar ponerse un tanto de orden a lo que lleva camino de convertirse en un problema de hiperinstitucionalización: resulta difícil justificar la existencia de oficinas de transparencia, de conflictos de intereses, de contratación pública, de registro de *lobbys*, etc. Tal como hacen determinadas regulaciones autonómicas aunar estas funciones en la agencia resulta, a mi juicio, un camino acertado. El asunto más espinoso es determinar cuál es la relación entre transparencia y anticorrupción donde, o bien se opta por establecer una colaboración muy estrecha o, tal como ocurrió en Italia, convertir el consejo de transparencia en la oficina anticorrupción nacional. El dilema será similar a la hora de distinguir las funciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y una posible agencia nacional. De nuevo Italia es ejemplo de la centralidad de la agencia anticorrupción. Tener varios centros diversos resta fuerza y efectividad al desarrollo de una política nacional en materia de prevención de la corrupción.

En la reflexión acerca de la institucionalización debe abordarse el papel a desempeñar por una agen-

cia nacional y, de implantarse esta, la necesidad y en su caso competencias de las agencias autonómicas. Dada nuestra estructura territorial, y el reparto de competencias entre Estado y Comunidades autónomas, debe discutirse la conveniencia de una agencia nacional que sea una “agencia de agencias” en la que por ejemplo su dirección sea un órgano colegiado compuesto por los diversos directores de las agencias autonómicas. Lo que sin duda carecerá de sentido será agencias municipales situadas fuera de la órbita de las agencias autonómicas o nacionales, como ocurre en este momento con la oficina del ayuntamiento de Barcelona.

*c) La asunción de competencias ejecutivas de cumplimiento.*

Según el modelo del “doble plano” las agencias supervisan y asesoran, mientras que resulta competencia de cada organización pública establecer e implementar sus propios modelos de organización. Ahora bien, como hemos visto en el caso de la ANAC este modelo admite excepciones en los casos denominados como vigilancia colaborativa. Estos casos abren la posibilidad que la agencia se convierta en la ejecutora o al menos supervisora “a pie de obra” de las medidas de prevención de la corrupción. Tal como ocurre en Italia este podría ser el caso de la organización de grandes eventos o obras públicas donde los riesgos de corrupción pueden ser muy importantes. Pero además, podría establecerse la posibilidad de que la agencia interviniera la organización del cumplimiento normativo en una institución pública cuando esta demuestra ser incapaz para realizar esta tarea de manera adecuada. Incluso podrían pensarse fuera de estos supuestos, la posibilidad de que la administración pública requiriera a la agencia para ejercer estas funciones, sobre la base de una delegación de funciones. Esta posibilidad es conocida por ejemplo en Brasil, donde una administración pública puede delegar en la Contraloría General de la Unión la ejecución de determinadas tareas de *compliance*.

*d) Funciones de protección: alertadores y responsables de cumplimiento normativo.*

Esta posibilidad de delegación podría establecerse, por ejemplo, en relación a la gestión de los canales de

<sup>26</sup> Ampliamente Nieto Martín A., (2015), Investigaciones internas, en Nieto Martín A., (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, Tirant lo Blanch, p. 231 ss.

denuncias. La reciente Directiva europea sobre alertadores obliga a todas las administraciones públicas y prácticamente a cualquier municipio a dotarse de canales de denuncia. Dado que las agencias tienen ya un canal de denuncias y van a seguir teniéndolo en el futuro, sería lógico que administraciones pequeñas determinaran que su canal de denuncias es el canal externo que ya existe en la agencia.

En relación a los alertadores, otra función importante de las agencias en el futuro es constituirse en garantes de su protección y velando porque se apliquen las garantías previstas, como ya ocurre por ejemplo en el caso de la agencia valenciana. Las agencias deberían constituirse en “la casa” de los alertadores en materia de corrupción, con el fin de que los defiendan y asesoren ante posibles represalias.

Igual cabría señalar en relación a los responsables de cumplimiento de cada institución. Uno de los grandes problemas del cumplimiento normativo, tanto privado como público, pero que se acrecienta más en este último caso es cómo asegurar la independencia de los responsables de cumplimiento. Dejando de lado el caso de los municipios, donde habría que discutir en qué medida secretarios de ayuntamiento o interventores tienen la competencia necesaria para desempeñar esta labor, el responsable de cumplimiento debería nombrado por la agencia. Un ejemplo serían las empresas públicas, donde de otro modo no resulta fácil asegurar una mínima independencia no solo del director de la entidad, sino de los responsables políticos de la administración de la que depende. En otros casos, los organismos podrían someter el nombramiento de los responsables de cumplimiento a la autorización o visto bueno de la agencia. Con independencia de la

intervención de la agencia en el nombramiento de los responsables de cumplimiento de cada organización, con posterioridad esta debe convertirse en garante de su independencia, protegiéndolos frente a posibles amenazas y represalias de los responsables de la organización.

#### *e) Competencia sobre el cumplimiento de empresas.*

Como hemos visto en Italia, pero sobre todo en Francia, las agencias anticorrupción están extendiendo sus competencias a los programas de cumplimiento empresariales. Como hemos indicado las empresas, normalmente, están en mejores condiciones para la autorregulación que las administraciones públicas. Por esta razón, las agencias anticorrupción deben centrarse en las organizaciones públicas. Ahora bien, existen empresas “peligrosas” que son incapaces de comportarse conforme a la legalidad. El CP es consciente de esta circunstancia. En el artículo 66 bis del CP, al ofrecer los criterios para la determinación de las penas contra las personas jurídicas, contempla como presupuesto para la imposición de determinadas sanciones, las previstas en las letras b) a g) del artículo 33.7, la necesidad de comprobar que la posibilidad de cometer nuevos delitos. Entre las sanciones previstas y pendiente aún de regulación está la intervención de la empresa (art. 33.7 g). La función de la intervención debe ser fundamentalmente preventiva, con el fin de implementar medidas de cumplimiento. De modo similar a lo que hemos visto en Francia, sería razonable que las agencias anticorrupción fueran encargadas de intervenir aquellas personas jurídicas responsables de delitos de corrupción.



## Derecho, lenguaje, literatura y construcción de paz. Un primer acercamiento

**Mateo Mansilla-Moya**

*Egresado de la licenciatura de Derecho en el Colegio de Derechos Humanos y Gestión de Paz de la Universidad del Claustro de Sor Juana.*

**Mario Moisés Mansilla Moya**

*Estudiante de Derecho en la Escuela Libre de Derecho y Auxiliar de Proyectista en la Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.*

**RESUMEN:** *El Derecho y la literatura son disciplinas que pueden interrelacionarse entre sí y con el lenguaje para contribuir a la construcción de paz en el contexto liberal multiculturalista del México actual. A partir de un repaso por la concepción de violencia y algunos estudios de paz y teoría literaria, este primer acercamiento propone iniciar un camino desde de la protección al derecho identitario de las personas desde el actuar de los operadores jurídicos del Estado y desde el Derecho Penal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho; lenguaje incluyente; literatura; construcción de paz; México contemporáneo.*

**ABSTRACT:** *Law and literature are disciplines that can be interrelated with each other and with language to contribute to peace building in the liberal multiculturalist context of current Mexico. Based on a review of the conception of violence and some peace and literary theory, this first approach proposes starting a path from the protection of the people's right to identity from the actions of the legal operators of the State and from the Criminal Law.*

**KEY WORDS:** *Law; inclusive language; literature; peace building; contemporary Mexico.*

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Violencias. III. Construcción de paz. IV. Derecho, literatura y lenguaje. V. Una propuesta desde el Derecho Penal. VI. Legislación mexicana vigente. VII. Manuales. VIII. Conclusiones IX. Fuentes de consulta.*

*And because we internalize how our language has been used against us by the dominant culture, we use our language differences against each other.*

-Gloria Anzaldúa.

## 1. Introducción

Del Derecho existen muchas definiciones formuladas a partir, por ejemplo, de lo que el autor considera que es el objeto del derecho (Kant) o a partir de la actitud que se espera de los operadores jurídicos ante la norma positiva (Geny). Pretender definir al Derecho, sin embargo, dice Manuel Atienza, es una forma reduccionista y simplista de enfrentarse a su complejidad<sup>1</sup>. Reducir simplistamente el concepto de esta ciencia a una definición no es el objeto del presente texto; sugerir, por el contrario, una lectura específica del Derecho como instrumento para coadyuvar en el proceso de construcción de paz en el contexto del México contemporáneo, sí lo es.

Para hacerlo, por supuesto, es importante tener claro que, si bien es cierto que el Derecho está omnipresente en los asuntos de la sociedad, también es cierto que en este están presentes una serie de disciplinas de carácter metajurídico que influyen en él, como la literatura y el lenguaje. Así, el análisis de las soluciones que se pueden brindar a los conflictos (o a las formas de prevenirlos) desde el Derecho requiere de la participación de otras disciplinas; sería terrible pensar, por ejemplo, que durante el proceso de creación de normas jurídicas los legisladores no fueran asesorados por profesionales en otras materias.

También es importante establecer que el espacio de enunciación desde el que se escribe esta propuesta representa el privilegio del que gozan los autores para poder reflexionar y escribir sus conclusiones sobre el tipo de actos que, desde su persona, se han cuestionado –y promueven– para no replicar la violencia de la que sutilmente puede formar parte.

Para seguir una línea lógica que conduzca a las conclusiones que presenta este primer (y general) acercamiento, nos adentraremos al tema en cuestión exponiendo los tipos de violencia que existen en los estudios de paz generados por el filósofo Johan Galtung, para encuadrar en el tipo específico la violencia que oculta el lenguaje.

Antes de profundizar en ello, escribiremos acerca de la construcción de paz y el contexto que ha permitido que ésta se pueda generar en el caso del México actual: el fin de las metanarrativas que acarrea la postmodernidad; las luchas por las formas de representación a las que da lugar, precisamente, el fin de la Historia; el lenguaje incluyente que deriva de las búsquedas de representación (de identidad); y la forma en la que el Derecho puede instrumentarse para reconocer al lenguaje incluyente como una forma de representación, protegiendo así el derecho a la identidad que tienen las personas.

En los capítulos IV y V presentaremos el papel que puede jugar la literatura en el proceso de construcción de paz y estableceremos la relación que existe entre el Derecho, la literatura y el lenguaje incluyente, y la forma en la que su interrelación puede contribuir a la construcción de paz a partir de la satisfacción de la necesidad básica de la identidad. Para ello, estableceremos la forma en la que la lectura de literatura de ficción y/o de poesía puede afectar a los operadores jurídicos, y cómo estos, a su vez, pueden, desde el Derecho Penal, influir también en el proceso de reinserción de los sujetos delictivos instrumentalizando la literatura para ello.

En el capítulo VI expondremos la legislación mexicana vigente en la materia. Y, al final, enlistaremos los principales manuales que han diseñado el gobierno de México y las instituciones privadas para hacer uso del lenguaje incluyente.

### a. Sobre gramática y discurso

Este texto encuentra como origen la conferencia “Gramática, discurso y equidad de género”, así que será tomado como punto de partida para desarrollar algunos de los capítulos presentados en los párrafos anteriores.

A inicios del mes de octubre de 2018, por curiosidad entramos a una conferencia que impartió la Dra. Concepción Company Company –lingüista, filóloga y miembro de la Academia Mexicana de la Lengua– en el Sotocoro de la Universidad del Claustro de Sor Juana. Su conferencia tuvo como título “Gramática, discurso y equidad de género”. Además de este, lo que atrajo mi atención fue la polémica que generó, durante las semanas previas al encuentro con la académica, entre quienes estaban de acuerdo con el uso del lenguaje incluyente y quienes no lo estaban.

<sup>1</sup> Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel.

En resumen, la ponencia giró en torno al porqué la gramática en el lenguaje no debía ser modificada para servir a la ideología de género, sino el discurso. En opinión de la Doctora Company, modificar la gramática de las palabras, relacionando el género social con el género gramatical y desdoblado los textos o poniendo la *e*, la *x* o la *@* en lugar de la *a* o la *o* para “neutralizar” a las palabras, es atacar superficialmente un problema y no de fondo, en tanto la gramática es ajena a asuntos de valoración social y no modifica el discurso, donde se esconde sutilmente la desigualdad.

Quienes se opusieron a la postura de la lingüista, le dijeron que el lenguaje incluyente sirve para visibilizar de la historia a aquellas personas a las que los términos genéricos ocultan y que se utiliza también como una forma de representación y enunciación de aquellas otras que no se identifican con la codificación binaria hombre biológico – mujer biológica. La doctora opinó que eso era una incorrección gramatical y que no era apta ni para legisladores, ni escritores ni poetas: “no me imagino una novela desdoblada”, dijo.<sup>2</sup>

### 3. Violencias

Establecido lo anterior, desarrollamos en este apartado la fuente del problema que nos convoca: la violencia.

La violencia como categoría está tipificada. Johan Galtung<sup>3</sup> propone una definición y una clasificación de los distintos tipos de violencia:

Entiendo la violencia como afrentas evitables a las necesidades humanas básicas, y más globalmente contra la vida, que rebajan el nivel real de la satisfacción de las necesidades por debajo de lo que es potencialmente posible.<sup>4</sup>

Para adentrarnos a la clasificación establecida por Galtung, leamos lo que dice la Mtra. Nelly Erandy Reséndiz Rivera:

Una primera herramienta para reconocer cómo se arti-

culan los tipos de violencia es el triángulo de Johan Galtung. La violencia forma parte de circuitos dinámicos e interdependientes, esta puede tener diferentes puntos de inicio y no posee un final absoluto. Asimismo, la generación y la propagación de esta herramienta se da por la relación entre sus componentes “visibles” y simbólicos, por lo cual las modalidades de la violencia se conectan de manera más o menos directa.

Las expresiones más notorias de esa mediación social se refieren a los actos que resultan de su aplicación directa (por ejemplo, golpes o insultos). Por otra parte, los componentes que apelan a su perfil velado o “invisible” corresponden a las representaciones y a las prácticas –violencia cultural– y a las estructuras políticas y económicas –violencia estructural–.<sup>5</sup>

Dice Galtung (partiendo de su definición de violencia) que combinando las diferencias entre violencia directa y violencia estructural con cuatro tipos de necesidades básicas (de supervivencia; de bienestar; identitaria, de representación; de libertad), se obtiene la tipología siguiente:

	<i>Violencia directa</i>	<i>Violencia estructural</i>
<i>Supervivencia</i>	Muerte	Los de abajo pueden estar tal desventaja (hambre o enfermedades) que mueren
<i>Bienestar</i>	Mutilaciones, acoso, sanciones, miseria	Los de abajo pueden quedar en un estado permanente, no deseado, de miseria
<i>Identitarias</i>	Desocialización, resocialización, ciudadanía de segunda	Penetración, segmentación
<i>Libertad</i>	Represión, detención, expulsión	Marginación, fragmentación

<sup>2</sup> La conferencia está disponible en: <https://www.facebook.com/U.EIClaustro/videos/2234457176791360/>

<sup>3</sup> También lo hacen autores como Philippe Burgois y Slavoj Žižek, pero para efectos prácticos de este primer acercamiento al tema, nos centraremos específicamente en Galtung.

<sup>4</sup> GALTUNG, Johan. *Violencia Cultural*. Traducción de Teresa Toda. Gernika Gogoratuz. 2003. P.p. 9.

<sup>5</sup> Reséndiz Rivera, Nelly Erandy. *Violento luego existo*. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. UNAM. Ciudad de México. 2018. P. p. 101.

## Derecho, lenguaje, literatura y construcción de paz. Un primer acercamiento

Con respecto a la violencia cultural, Johan Galtung dice que:

Por *violencia cultural* queremos decir aquellos aspectos de la cultura, el ámbito simbólico de nuestra existencia (materializado en religión e ideología, lengua y arte, ciencias empíricas y ciencias formales) que puede utilizarse para legitimar o justificar violencia directa o estructural.

[...]

La violencia cultural hace que la violencia directa y la estructural aparezcan, e incluso se perciban, como cargadas de razón –o por lo menos no malas... El estudio de la violencia cultural pone de relieve la forma en que se legitiman el acto de violencia directa y el hecho de la violencia estructural y, por lo tanto, resultan aceptables a la sociedad.<sup>6</sup>

Es decir, la violencia cultural –aquella que se refiere a las representaciones y a las prácticas– nos presentará como razonables las formas en las que se manifiesta la violencia, invisibilizando lo negativo de las mismas. Para efectos de este texto, nos enfocaremos específicamente en la violencia contra la necesidad básica identitaria, puesto que lo que pretende el lenguaje incluyente es, en efecto, modificar el lenguaje para que grupos sociales no previstos en este, encuentren su representación. La violencia cultural en el caso de esta necesidad se manifiesta a través del uso de la correcta gramática que termina por desocializar y crear ciudadanías de segunda, penetrar y segmentar.

Aproximarnos a la solución de esta necesidad es como sugerimos iniciar el complejo proceso de construcción de paz en el México contemporáneo.<sup>7</sup>

### 3. Construcción de paz

México tiene una economía de mercado y, desde el Consenso de Washington durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, políticas económicas de corte neoliberal. Rige la conducta de las personas el hegemónico multiculturalismo liberal propio de las sociedades capitalistas. “La prensa liberal”, dice el filósofo marxista Slavoj Žižek, “nos bombardea a diario con la idea de que el mayor peligro de nuestra época es el

fundamentalismo intolerante”<sup>8</sup> y que la forma en que podemos combatirlo es reconociendo a la otredad. Así, Žižek define a la actual ideología del capitalismo global:

Esta forma hegemónica del multiculturalismo se basa en la tesis de que vivimos en un mundo postideológico, en el que habríamos superado esos viejos conflictos entre izquierda y derecha, que tantos problemas causaron, y en el que las batallas más importantes serían aquellas que se libran por conseguir el reconocimiento de los diversos estilos de vida.<sup>9</sup>

Es desde este México, el contemporáneo, el que se inscribe en la crítica de Žižek, desde el que se propone la construcción de paz. (Es el arte, en general, y la literatura, en particular, el que puede contrarrestar la fuerza de esta premisa; lo veremos más adelante.) Por ahora regresemos a Galtung.

Muchas definiciones de la paz son negativas (como decir que no violentar las necesidades básicas de las personas genera paz, en el caso de Galtung); veamos qué dice Howard Richards en *Acerca del concepto de pacificación*:

“paz” denota las bombas que no caen sobre Belgrado; la artillería que no se cierce sobre Zagreb; los adolescentes que no ciegan la vida de sus compañeros en la cafetería de la preparatoria Columbine; los hombres que no atacan a sus exesposas; los nazis que no queman judíos, izquierdistas y homosexuales; los hindúes y los musulmanes que no se amotinan.<sup>10</sup>

El significado negativo de la paz conlleva a sus significados positivos en los que no hay violencia, asegura Richards: “crear contextos donde las negociaciones puedan tener éxito, expresiones como cultivar acuerdos, practicar una disciplina espiritual, el desarrollo moral, y fortalecer las instituciones pacíficas”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción de Javier Eraso Ceballos y Antonio Antón Fernández. Diario Público. 2010. P. p. 11.

<sup>9</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Ibid.* P. p. 11.

<sup>10</sup> RICHARDS, Howard. *Acerca del concepto de pacificación*. En ¿Cómo construir la paz en el México actual? Textos, autores y preguntas sobre construcción, educación y cultura para la paz. Coordinado por Pietro Ameglio y Tania Ramírez. Plaza y Valdés Editores y Universidad del Claustro de Sor Juana. México. 2016. P.p. 113.

<sup>11</sup> RICHARDS, Howard. *Ibid.* P. p. 114.

No es correcto, sin embargo, y coincidimos con Richards, decir

<sup>6</sup> GALTUNG, Johan. *Op. Cit.* P.p. 7.

<sup>7</sup> Uno de los muchos que se necesitan diseñar.

Para alcanzar la paz, es necesario que tanto el equilibrio ecológico como las necesidades básicas a las que nos referimos en el apartado anterior, sean respetadas. Pero para ello, tenemos que acercarnos y atender cuidadosamente cada una de las necesidades para construir la paz poco a poco. A la necesidad a la que se aproxima este texto es la identitaria.

## a. El fin de la metanarrativas<sup>12</sup>

En el contexto descrito en los párrafos introductorios a este capítulo, el posestructuralismo y la postmodernidad se han abierto paso. Desde la Europa de la segunda mitad del siglo pasado ya se esbozaban los trazos que las compondrían.

El cuestionamiento a la metanarrativa (Historia) que se nos había contado –ya histórica, ya biológica, ya social– descubrió las relaciones de poder que ante la mirada de los oprimidos (a la de la mayoría, aclaro) había permanecido oculta por mucho tiempo. Existieron entonces nuevas formas de concebir al mismo mundo, se generaron nuevas narrativas que reivindicaron a ciertos grupos en la historia y en la sociedad, muchas personas dialogaron desde sus propias experiencias y buscaron su reconocimiento, sin que simplemente aceptaran la hegemónica concepción del mundo, y encontraron formas de representarse en él.

Esto es importante para la construcción de paz en el contexto mexicano, porque para reconocer al otro, tenemos que conocerlo; pero para conocerlo, tenemos que dialogar, cada uno desde su experiencia propia, una experiencia que con las metanarrativas no había sido tomada en cuenta.

## B. Luchas por las formas de representación

El fin de las metanarrativas permitió que las personas buscaran otras formas de representación.

Para ilustrar tal afirmación, analicemos rápidamente dos ejemplos: el caso de Lynda Nead, teórica del arte, quien en su teoría sobre el desnudo femenino adoptó la postura postmoderna de Jacques Derrida para rechazar el famoso texto de Kenneth Clark que

se basaba en las delimitaciones impuestas por Kant, en *Lo bello y lo sublime*, sobre lo que debía considerarse como bello o sublime delimitando/categorizando también a las personas con base en su sexo.

Al iniciar su texto “Teoría del desnudo femenino”, Nead cita tres fragmentos de textos de Clark, Douglas y Derrida que descubren la estética que ha estructurado la representación del cuerpo femenino en el arte occidental desde la antigüedad: los contornos, los márgenes y los marcos: “los procedimientos y formas que regulan a la vez las maneras en que se muestra el cuerpo femenino y la conducta adecuada del futuro espectador”<sup>13</sup>. Kant establecía que la mujer era bella mientras que el hombre era sublime, porque a la primera se le podían establecer marcos, límites, se le podía delinear una forma de ser y al segundo no<sup>14</sup>. Nead, al respecto propone que a la mujer se le represente en lo sublime y no en lo bello, que no se establezcan los marcos que delimitan su cuerpo en lo bello teniendo que ajustarlo a los márgenes de la concepción cultural de la belleza, sino que, como lo grandioso, no se pueda contener, que sea sublime.

Otro ejemplo que ilustra la afirmación anterior, es la obra de Gloria Anzaldúa, filósofa chicana, quien en el lenguaje de su subcultura “fronteriza”, el “españolish”, busca representarse (y a su realidad) a través de sus poemas; leamos este fragmento:

This is my home  
this thin, edge of  
barbwire.

But the skin of the earth is seamless.

The sea cannot be fenced,  
el mar does not stop at borders.

To show the white man what she thought of his  
arrogance,

Yemayá blew that wire fence down.

This land was Mexican once,  
was Indian always  
and is.

And will be again.

*Yo soy un puente tendido  
del mundo gabacho al del mojado,  
lo pasado me estira pa' tras*

que una región geográfica ha avanzado más en los procesos de paz que otras; el mundo es estructuralmente violento, dice Galtung.

<sup>12</sup> Para un primer acercamiento al “fin de la Historia” (o de las metanarrativas), se recomienda el texto de Keith Jenkins titulado “¿Por qué la historia? Ética y posmodernidad” editado por el Fondo de Cultura Económica en la colección Breviarios.

<sup>13</sup> NEAD, Lynda. *Teoría del desnudo femenino. Arte, obscenidad y sexualidad*. Traducción de Carmen González Marín. Tecnos y Alianza Editorial. España. 2013. P. p. 18.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. *Lo bello y lo sublime*. Editorial Tomo. P. p. 12 – 20.

## Derecho, lenguaje, literatura y construcción de paz. Un primer acercamiento

y lo presente pa' 'delante,  
Que la Virgen de Guadalupe me cuide  
Ay ay ay, soy mexicana de este lado.<sup>15</sup>

Surgen así distintas búsquedas por la representación. Así sucede también con el lenguaje, porque además de las diferentes manifestaciones artísticas, este es también identitario.

## c. Lenguaje incluyente

Pero ¿será, como dice la Doctora Company Company, que la neutralidad de la gramática no tiene una carga ideológica y/o de valoración social? Es probable. Sin embargo, quienes se encargan de interpretar el significado (en términos de Saussure) de las palabras lo hacen con una carga ideológica/social/cultural específica.<sup>16</sup> Analicemos el siguiente ejemplo para ilustrar esta afirmación:

Dos amigos se reúnen después de clases. Ambos estudian en la misma escuela, pero ninguno comparte profesores con el otro. Para iniciar la conversación, el primero le dice al segundo: “¡ahí viene esa vieja!”, refiriéndose a su profesora, con quien acababa de tener clase. La imagen que se genera en la mente de la segunda persona es negativa y quizá el efecto en cuanto al trato que llegue a tener él con ella, no sea en un principio positivo. Si, por el contrario, se refiere el chico a su profesora —a exactamente la misma persona— sin utilizar la palabra *vieja*, diciendo en su lugar: *profesora*, entonces el significado que adquiere la expresión es positivo. Lo mismo sucede entre la palabra *mujer* y las palabras *señora*, *señorita*, *dama*, en tanto *mujer* puede, hasta cierto grado, adquirir un matiz de obscenidad que no debería ser utilizado<sup>17</sup>.

Veamos que ha pasado en los casos en que quienes interpretan las palabras gramaticalmente “correctas”, no son solo un par de amigos sino operadores jurídicos, y no solo conversan entre ellos, sino que toman decisiones que impactan a las demás personas:

Desde su promulgación hasta 1953, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 34, rezaba:

ARTÍCULO 34.- Son ciudadanos de la República, todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

I.— Haber cumplido dieciocho años, siendo casados, o veintiuno si no lo son, y

II.— Tener un modo honesto de vivir.

En tal redacción, se presentaba la palabra genérica, gramaticalmente correcta, *ciudadanos*. Los ciudadanos tenían las prerrogativas que establecía el artículo 35, entre ellas, el poder votar. Pero, por supuesto, la interpretación de dicho artículo sobre quién tenía ciudadanía se quedaba al arbitrio de operadores jurídicos que, habiendo interiorizado la cultura machista de su contexto, interpretaban la palabra como especie y no como género, excluyendo a la mujer de la ciudadanía. La palabra, por sí misma, no tiene carga ideológica, pero ¿qué pasa? Quien la interpreta, sí. Esto es de lo que la citada académica no habló y por lo que luchan quienes se opusieron a sus comentarios, los defensores del lenguaje incluyente. En 1953, tras una ardua lucha por la ciudadanía, se obtuvo la reforma de dicho artículo, que desde entonces se lee, en su primera oración: “Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres”.<sup>18</sup>

Entendiendo ahora la importancia del uso del lenguaje incluyente, podremos entender por qué Olympe de Gouges (Marie Gouze), en 1791, dos años después de que la Asamblea Nacional Constituyente francesa aprobara la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, presentara a la misma Asamblea para ser refrendada, su *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, en la que parafraseaba a la anterior reivindicando a las mujeres, visibilizándolas en el lenguaje que usó, interrogando a los hombres —en el prólogo que antecedió al preámbulo de la declaración—: “*Homme, es-tu capable d’être juste?*”, e invitando a las mujeres a despertar y a luchar por sus derechos en el epílogo:

<sup>15</sup> ANZALDÚA, Gloria. *Bordelrands. La frontera. The New Mestiza. Aunt Lute. U. S. A.* 2017. P. p. 25.

<sup>16</sup> Se recomienda la lectura del artículo *Juegos con palabras* de José Ramón Cosío Díaz, publicado el 17 de octubre del 2018 en el diario El País. Aquí el enlace: [https://elpais.com/internacional/2018/10/16/mexico/1539725816\\_426899.html](https://elpais.com/internacional/2018/10/16/mexico/1539725816_426899.html)

<sup>17</sup> CASTELLANOS, Rosario. *La mujer y su imagen*, en *Mujer que sabe latín...* Fondo de Cultura Económica. 2017. P. p. 13.

<sup>18</sup> Para fortalecer la idea de que la reforma fue hecha con el objeto de incluir a la mujer a la categoría de ciudadana, se recomienda la lectura la exposición de motivos de dicha reforma constitucional al artículo.

¡Mujer, despierta!; el arrebató de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. El potente imperio de la naturaleza ha dejado de estar rodeado de prejuicios, fanatismo, superstición y mentiras. La antorcha de la verdad ha disipado todas las nubes de la necesidad y la usurpación. El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres!, ¡mujeres!, ¿cuándo dejaréis de estar ciegas?, ¿qué ventajas habéis obtenido de la revolución?: un desprecio más marcado, un desdén más visible. [...] Cualesquiera sean los obstáculos que os opongan, podéis superarlos; os basta con desearlo.<sup>19</sup>

De igual forma, entenderemos por qué en la contemporánea República Bolivariana de Venezuela, a cuya Constitución se le ha hecho burla en el mundo, establece en su contenido lo que ilustra perfectamente el artículo 41, citado a continuación:

Artículo 41. Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal o Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

Para ejercer los cargos de diputado o diputada a la Asamblea Nacional, Ministro o Ministra, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de Estados y Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley.

Pero vayamos, ahora, un poquito más allá de la representación de la mujer en el lenguaje. ¿Qué pasa

con aquellas personas que no se identifican ni con uno ni con otra, o que toman elementos de los dos géneros, pero no se limitan a uno de los dos? Cuando la ley (u otros textos en los que tengan que ser tomados en cuenta) no las contemplan, dejan de existir para los efectos de dichos textos<sup>20</sup>. De ahí la necesidad de encontrar otras formas de representación en el lenguaje modificando palabras gramaticalmente correctas, pero sociopolíticamente excluyentes.

#### *d. Derecho como instrumento*

El Derecho, decíamos al principio, es difícil de definir; querer intentarlo es enfrentarse a su complejidad de una forma reduccionista y simplista. Eso no es lo que pretendemos aquí. Lo que se quiere lograr en este apartado es proponer una lectura del Derecho como instrumento para la construcción de paz.

El Derecho sirve para prevenir conflictos; en materia de derechos humanos, a través de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obliga a las autoridades a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, y obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos<sup>21</sup>. La identidad, además de ser una necesidad básica, es un derecho humano, por lo tanto debe ser promovido, respetado, protegido y garantizado por todas las autoridades y, en caso de ser violado, el Estado deber prevenir la repetición, investigar la violación, sancionarla y repararla.

En los ordenamientos jurídicos mexicanos el lenguaje se ha desdoblado para incluir a la mujer (ejemplo es el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Asimismo, en 2006, se decretó la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres favoreciendo políticas inclinadas a generar una igualdad sustancial entre hombre y mujeres. En la reforma de 2014 a dicha Ley, estableció como obligación del Estado la promoción del lenguaje incluyente.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> La ley no siempre contempla a todas las personas: hasta hace poco en la Ciudad de México, y todavía en algunas entidades federativas de la República, la institución del matrimonio únicamente es válida para parejas heterosexuales; en toda la República lo es únicamente para las relaciones monogámicas. Excluyen tanto a las parejas de un solo sexo como a quienes piensen en términos de poliamor.

<sup>21</sup> Artículo 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>22</sup> También ha incluido la experiencia de la mujer en otros senti-

<sup>19</sup> Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana.

#### 4. Derecho, literatura y lenguaje

Para lo anterior, el Derecho puede servirse de la literatura. O, mejor dicho, la literatura puede influir en el Derecho a través de los operadores jurídicos. Expliquemos esto:

En la teoría literaria existe lo que se denomina la teoría de los mundos posibles. Esta teoría establece que la literatura es una herramienta para “crear retratos de la realidad, transformarla y dar a conocer mundos nuevos, fantásticos y alternos que han dado a las comunidades conocimientos y saberes propios que alimentan el espíritu y un saber colectivo”<sup>23</sup>. En otras palabras, a través de la literatura se pueden plantear utopías (pudiendo ser estas, como constructos, propuestas de mundos mejores desde las experiencias que no se han hegemonizado; nuevas formas de representación derivadas del fin de las metanarrativas).

Pero, más allá de ser una mera propuesta, ¿puede esta influir en sus lectores? En su libro *Leer la mente*<sup>24</sup>, Jorge Volpi explica los procesos neuronales que experimentan los lectores de literatura de ficción en contraposición con aquellos por los que pasan aquellas personas que leen literatura de no-ficción, como la académica. En resumen, presentando los resultados de los estudios que llevaron a cabo instituciones de investigación de neuronas regenerativas, Volpi concluye que la literatura es una herramienta evolutiva del ser humano porque permite, a través de la activación de las neuronas espejo de su lector, que este último adquiera las experiencias individualizadas del personaje del que intenta adivinar las futuras acciones; esto tiene como efecto, a grandes rasgos, el desarrollo de empatía en las personas.<sup>25</sup> Empatía necesaria para el reconocimiento de la otredad. Influencia que impactará a las decisiones del lector operador jurídico.<sup>26</sup>

dos; por ejemplo, con la tipificación del feminicidio.

<sup>23</sup> Ramírez, Tania y Landa, Estefanía. Otros mundos posibles: una lección desde la literatura para construir la paz. En *¿Cómo construir la paz en el México actual?* Textos, autores y preguntas sobre construcción, educación y cultura para la paz. Coordinado por Pietro Ameglio y Tania Ramírez. Plaza y Valdés Editores y Universidad del Claustro de Sor Juana. México. 2016. P.p. 249.

<sup>24</sup> Para una introducción a la literatura neurocognitiva, se recomienda la lectura del ensayo *Literatura neurocognitiva: El poder transformador de las letras*, de Luis Javier Plata Rosas, publicado en la Revista Nexos en noviembre 1 del 2016.

<sup>25</sup> Volpi, Jorge. *Leer la mente*. Punto de lectura. México. 2015.

<sup>26</sup> Se recomienda la lectura de la sentencia *People of the State of California vs Lawrence Ferlinghetti*. Se recomienda la película *Howl* (Dirección: Rob Epstein y Jeffrey Friedman; 2010; protagonizada por James Franco como Allen Ginsberg), en la que se inter-

Aquellos operadores jurídicos que no únicamente dediquen su tiempo a la lectura de textos académicos o jurídicos, en general, sino que también se adentren al mundo de la literatura de ficción<sup>27</sup> (que no estaría de más que las escuelas de Derecho incluyeran en su plan de estudios una materia dedicada a la lectura de literatura de ficción), lo más seguro es que terminaran reconociendo a la otredad. Así, al momento en que tengan que tomar decisiones (legislativas, judiciales, etcétera) que afecten a las demás personas, lo harán no desde su propia experiencia de vida, sino empatizando con estas y optando por lo que favorezca a las personas y que tienda a resolver los conflictos de fondo. Por ejemplo, en los casos en los que el lenguaje no represente a ciertos grupos de personas y tengan que interpretarlo, lo harán a su favor.

Asimismo, podrán instrumentalizar la literatura para efectos de que quienes no son operadores jurídicos, entren en el mismo proceso de “empatización”. Veámos:

#### 5. Una propuesta desde el derecho penal

En el apartado anterior, afirmamos que el Derecho sirve para prevenir conflictos y que la literatura permite al lector adquirir experiencias individualizadas de algún personaje teniendo como consecuencia final la generación de empatía en las personas.

Esta es una relación entre el Derecho y la literatura que, tanto el legislador como el juzgador, deben aprovechar para lograr una verdadera reincidencia por parte de los sujetos delictivos. Como veremos en los siguientes párrafos, es una herramienta que ayudará a generar en el delincuente una verdadera convicción que le impida volver a actuar de esa forma.

México es un Estado democrático de derecho que tiene distintas funciones entre las que se encuentra la de lidiar con el problema de seguridad pública, asegurando la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad; tratándose del derecho penal, una de las formas en las que cumple con esta función es a través de la pena.

La pena en un Estado democrático de derecho cumple tanto con una función retributiva como con una función preventiva, con el objeto de proteger los

preta el juicio referido.

<sup>27</sup> La literatura seleccionada debe ser elegida minuciosamente con base en el interés que sugiere este texto.

bienes jurídicos que, por consenso, la sociedad considera que son los más importantes.

Tratándose de la función preventiva de la pena, esta puede ser general o especial: la general atribuye un significado directo de regulación social a la norma penal, para transmitir, al destinatario de la norma, un mensaje intimidatorio. Este mensaje no es otra cosa que una norma secundaria que impone un imperativo en forma de mandato que, en caso de ser desobedecido, obliga al juez a imponer una sanción a dicha conducta.

Pero la pena también tiene una función preventiva especial o particular e implica una intimidación a la persona que delinquiró para que sea reincidente, pero también se busca la reinserción social de la persona, y en esta función reinsertora de la pena, que toma relevancia para este trabajo.

Una de las herramientas, tanto preventiva como de reinserción social, que el legislador le ha dado al juez, al menos en el código penal vigente para la Ciudad de México, la encontramos en el artículo 34, el cual dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 34 (Concepto y duración). El tratamiento en libertad de imputables, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

Esta pena podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. [...] En todo caso pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado. (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, en el Código Nacional de Procedimientos Penales encontramos la suspensión provisional del procedimiento como salida alterna al procedimiento:

Artículo 191. Definición

Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una

efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Artículo 192. Procedencia

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años;

Que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido, y

Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso. [...]

Artículo 195. Condiciones por cumplir durante el periodo de suspensión condicional del proceso

El Juez de control fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, y determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir, las cuales en forma enunciativa más no limitativa se señalan:

[...]

XIV. Cualquier otra condición que, a juicio del Juez de control, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima.

Para fijar las condiciones, el Juez de control podrá disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa.

El Ministerio Público, la víctima u ofendido, podrán proponer al Juez de control condiciones a las que consideran debe someterse el imputado. El Juez de control preguntará al imputado si se obliga a cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, lo prevendrá sobre las consecuencias de su inobservancia.

Es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas instrucciones que imparta el Tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico penales posteriores.

Se puede afirmar que las condiciones son actividades pensadas por el legislador, encaminadas a que

“el imputado aprenda la lección” y adquiera habilidades o capacidades que le impidan volver cometer un delito de la misma naturaleza. Por lo tanto, tienen una naturaleza preventiva y el legislador deja abierta la posibilidad de que sean las partes quienes las pongan.

De los preceptos anteriormente citados, tanto del tratamiento en libertad de imputables como en la suspensión condicional del procedimiento, se puede desprender que la aplicación de medidas educativas y las condiciones que se pueden imponer al sujeto delictivo son facultades potestativas del juez o de las partes; sin embargo, parece conveniente que ello no sea así tratándose de delitos que, para cometerse, la conducta desplegada implique necesariamente violencia contra la identidad de las personas.

Tratándose de estos delitos, debería de ser obligatorio que la pena que se imponga, además de si se es acreedor de una pena privativa de libertad o una pena pecuniaria, que se imponga la medida al sentenciado o la condición si se trata de suspensión condicional del procedimiento, de leer literatura que lo haga comprender y empatizar con su víctima y que no quede al arbitrio del juez decidir si se aplica o no.

## 6. Legislación mexicana vigente

Además del ya citado artículo primero constitucional en el que se establece la obligación de promover, proteger, garantizar los derechos humanos a las personas, hacemos referencia a la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LGIMH): el 5 de diciembre de 2014, durante el gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, por decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, se reformaron las fracciones X y XI, y se adicionó una duodécima fracción al artículo 17, del capítulo primero de la política nacional en materia de igualdad, del título tercero, de la LGIMH, para leerse como sigue:

ARTÍCULO 17.- La Política Nacional en Materia de Igualdad entre mujeres y hombres deberá establecer las acciones conducentes a lograr la igualdad sustantiva en el ámbito, económico, político, social y cultural.

La Política Nacional que desarrolle el Ejecutivo Federal deberá considerar los siguientes lineamientos:

[...]

X. En el sistema educativo, la inclusión entre sus

finés de la formación en el respeto de los derechos y libertades y de la igualdad entre mujeres y hombres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia; así como la inclusión dentro de sus principios de calidad, de la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres;

XI. Incluir en la formulación, desarrollo y evaluación de políticas, estrategias y programas de salud, los mecanismos para dar atención a las necesidades de mujeres y hombres en materia de salud;

XII. Promover que, en las prácticas de comunicación social de las dependencias de la Administración Pública Federal, así como en los medios masivos de comunicación electrónicos e impresos, se eliminen el uso de estereotipos sexistas y discriminatorios e incorporen un lenguaje incluyente.<sup>28</sup>

Esta reforma sirvió para reforzar lo ya establecido por el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## 7. Manuales

Sobre cómo hacer uso del lenguaje incluyente muchas dependencias gubernamentales (a las que el Derecho ha instado a actuar al respecto) y privadas han publicado y distribuido de forma gratuita manuales que recomiendan y explican su uso. Aquí los principales que se pueden encontrar en línea:

- Guía para el uso de un lenguaje incluyente y no sexista en la cndh.
- Manual de comunicación no sexista. Hacia un lenguaje incluyente. Del Instituto Nacional de las Mujeres.
- Recomendaciones para el uso incluyente y no sexista del lenguaje. De la segob, conapred, la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer e inmujeres.
- Recomendaciones para el uso de un lenguaje incluyente. De Nacional Financiera. Banca de Desarrollo.
- Manual para el uso de un lenguaje incluyente y con perspectiva de género. De la segob, la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la cdhdf.

<sup>28</sup> Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

- Líneas de comunicación interna para el uso del lenguaje incluyente y no sexista. De la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

## 8. Conclusiones

PRIMERA. Etiquetar un problema es definir la postura desde la cual se le va a hacer frente y el tipo de atención que merecerá. El título de este trabajo pretende relacionar al Derecho, a la literatura y al lenguaje con la construcción de paz. La postura en la etiqueta es clara: la interdisciplinariedad y el trabajo conjunto para terminar con un tipo de violencia en un camino hacia la paz. Este trabajo representa un primer acercamiento a un tema que no es menor, y que más adelante será tratado con mayor profundidad, por lo que se presenta como un texto introductorio.

SEGUNDA. Existen muchas formas en las que se ejerce y se manifiesta la violencia, y algunas están relacionadas con el impedimento de la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, como la identitaria. Este trabajo se centra únicamente en un tipo de violencia –la que se genera cuando se violenta la necesidad básica de representación–.

TERCERA. La propuesta de este trabajo en cuanto al Derecho como disciplina, es leerlo como una herramienta para construir paz. Es necesario mencionar que esta última debe ser analizada desde diversas aristas, y que su construcción es demasiado compleja y requiere, además de la participación de numerosas disciplinas y el trabajo comunitario de las personas, analizarse en los contextos específicos en los que se desea trabajar. Este trabajo se propone en el contexto del México contemporáneo, el multiculturalista liberal.

CUARTA. De la literatura también se propone una lectura como herramienta que puede ayudar en la construcción de paz. Para ello, nos detenemos en la teoría de los mundos posibles y en los estudios de literatura neurocognitiva sintetizados por Jorge Volpi en *Leer la mente*.

QUINTA. Sobre el lenguaje, reparamos en este como una forma de representación de las diversas experiencias de vida, y sugerimos la aceptación, promoción y uso del lenguaje incluyente para efecto de satisfacer una necesidad básica y un derecho humano de las personas, con el objeto de que su existencia y

su forma de vida encuentren también espacio en las instituciones jurídicas y gubernamentales.

SEXTA. La relación entre el Derecho y la literatura admite diversas posibilidades. Para esta investigación, nos detenemos en dos: la influencia –derivada de procesos neurocognitivos– que puede tener la lectura de literatura de ficción y poética en los operadores jurídicos del Estado y, por ende, en sus decisiones; y aquella en la que las normas jurídicas y las resoluciones judiciales pueden tomar a la literatura como herramienta para alcanzar ciertos fines, como prevenir la reincidencia.

SÉPTIMA. Se plantea una propuesta desde el Derecho Penal con el objeto de acercar al lector a una de las posibilidades materiales de la relación entre la literatura y el derecho que pueden coadyuvar en la disminución de los índices de reincidencia en aquellos delitos que dañen la necesidad identitaria de las personas. Y se presentan la legislación vigente que promueve el uso del lenguaje incluyente y una lista de manuales que se han diseñado para su uso efectivo.

## 9. Fuentes de consulta

### Bibliografía

- Abramovich, Victor. *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Anzaldúa, Gloria. *Bordelands. La frontera. The New Mestiza*. Aunt Lute. U. S. A. 2017.
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel Derecho.
- Campobello, Nellie. *Obra reunida. Prólogo a mis libros*. Fondo de Cultura Económica. México. 2016.
- Castellanos, Rosario. *La mujer y su imagen*. En *Mujer que sabe latín...* Fondo de Cultura Económica. 2017.
- Company Company, Concepción. *Gramática, discurso y equidad de género*. Universidad del Claustro de Sor Juana. Conferencia consultada a mediados del mes enero del 2019 en: <https://www.facebook.com/U.ElClaustro/videos/2234457176791360/>
- De Gouges, Olympe. *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*.
- Galtung, Johan. *Violencia Cultural*. Traducción de Teresa Toda. Gernika Gogoratuz. 2003.

Derecho, lenguaje, literatura y construcción de paz. Un primer acercamiento

- Hernández-Romo, Pablo, *Compendio de Derecho Penal Mexicano*, tirant lo blanch, Ciudad de México. 2016.
- Kant, Immanuel. *Lo bello y lo sublime*. Editorial Tomo.
- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial B de f Ltda., Buenos Aires. 2003.
- Nead, Lynda. *Teoría del desnudo femenino. Arte, obscenidad y sexualidad*. Traducción de Carmen González Marín. Tecnos y Alianza Editorial. España. 2013.
- Ponce Martínez, Jorge y otros, *Código Nacional de Procedimientos Penales Anotado*, Radbruk E&A, Ciudad de México. 2017.
- Ramírez, Tania y LANDA, Estefanía. *Otros mundos posibles: una lección desde la literatura para construir la paz*. En *¿Cómo construir la paz en el México actual? Textos, autores y preguntas sobre construcción, educación y cultura para la paz*. Coordinado por Pietro Ameglio y Tania Ramírez. Plaza y Valdés Editores y Universidad del Claustro de Sor Juana. México. 2016.
- Reséndiz Rivera, Nelly Erandy. *Violento luego existo*. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. UNAM. Ciudad de México. 2018.
- Richards, Howard. *Acerca del concepto de pacificación*. En *¿Cómo construir la paz en el México actual? Textos, autores y preguntas sobre construcción, educación y cultura para la paz*. Coordinado por Pietro Ameglio y Tania Ramírez. Plaza y Valdés Editores y Universidad del Claustro de Sor Juana. México. 2016.
- The people of the State of California vs Lawrence Ferlinghetti*.
- Volpi, Jorge. *Leer la mente*. Punto de lectura. México. 2015.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires. 2000.
- ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción de Javier Eraso Ceballos y Antonio Antón Fernández. Diario Público. 2010.

**Ley**

- Código Penal para la Ciudad de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela.
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.



## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos



Sergio Alonso Rodríguez

Instituto Nacional de Ciencias Penales

**RESUMEN:** El artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito faculta a la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para bloquear cuentas bancarias de clientes que, presuntamente, podrían destinarlas a actos, omisiones u operaciones con recursos de procedencia ilícita. La norma fue impugnada a través de juicios de amparo que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual originó una tesis de jurisprudencia que ha permitido el desbloqueo de muchas cuentas, sobre la base de que la unidad mencionada no actuó en cumplimiento de compromisos internacionales suscritos por México. Ahora bien, cuando la Primera Sala resolvió otro amparo en el que se impugnó el mismo precepto, se concluyó que este es inconstitucional por permitir a la unidad referida que actúe como si fuera competente para investigar y perseguir delitos. En este artículo se sintetizan y comentan ambas resoluciones, que dieron lugar a una contradicción de criterios aún no resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**PALABRAS CLAVE:** bloqueo de cuentas, medidas cautelares, competencia, investigación penal, presunción de inocencia, derechos humanos

**ABSTRACT:** Article 115 of the Ley de Instituciones de Crédito empowers the Financial Intelligence Unit of the Ministry of Finance and Public Credit to block bank accounts of clients that, presumably, could use them for acts, omissions or operations with resources of illicit origin. The article was contested through several amparo trials that were resolved by the Second Chamber of the Supreme Court of Justice of Mexico, which originated a precedent that has allowed the unblocking of many accounts, on the basis that the mentioned Unit has not acted in compliance with international commitments signed by Mexico. However, when the First Chamber resolved another amparo in which the same provision was challenged, it was concluded that it is unconstitutional because it allows the referred Unit to act as if it were competent to investigate and prosecute crimes. In this article, both resolutions, which gave rise to a contradiction of criteria not yet resolved by the Supreme Court, are summarized, and commented.

**KEY WORDS:** account blocking, precautionary measures, jurisdiction, criminal investigation, presumption of innocence, human rights

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El amparo en revisión 806/2017: constitucionalidad del bloqueo cuando se hace para cumplir compromisos internacionales. III. El amparo en revisión 1214/2016: el bloqueo de cuentas como invasión de las atribuciones del Ministerio Público. IV. Balance de las posturas encontradas: el bloqueo de cuentas frente a las partes dogmática y orgánica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. Bibliohemerografía. VI. Normativa. VII. Publicaciones oficiales.

Rec: 10 oct 2020 | Fav: 25 oct 2020

## I. Introducción

En su edición del 22 de septiembre de 2020, *La Razón de México* publicó que, gracias a una jurisprudencia “promovida por Medina Mora”, se desbloquearon 800 000 000 de pesos de cuentas de Kamel Nacif.<sup>1</sup> La intervención del entonces ministro de la Corte Eduardo Medina Mora<sup>2</sup> consistió en ser ponente del amparo en revisión 806/2017, uno de los cinco<sup>3</sup> que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte en el mismo sentido,<sup>4</sup> dando origen a esta tesis de jurisprudencia:

ACTOS, OPERACIONES O SERVICIOS BANCARIOS. SU BLOQUEO ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE REALIZA PARA CUMPLIR COMPROMISOS INTERNACIONALES (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 115 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO). El precepto referido al prever que las instituciones de crédito deberán suspender de forma inmediata la realización de actos, operaciones o servicios con los clientes o usuarios que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público les informe mediante una lista de personas bloqueadas, contiene una medida cautelar de índole administrativa, la cual, para ser válida en

relación con el principio constitucional de seguridad jurídica, de su regulación habrá de advertirse respecto de qué tipo de procedimiento jurisdiccional o administrativo se implementa. En consecuencia, debe realizarse una interpretación conforme del artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito a efecto de que sea acorde con el principio constitucional mencionado, de la siguiente manera: a) La atribución únicamente puede emplearse como medida cautelar relacionada con los procedimientos relativos al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por nuestro país, lo cual se actualiza ante dos escenarios: i) Por el cumplimiento de una obligación de carácter bilateral o multilateral asumida por México, en la cual se establezca de manera expresa la obligación compartida de implementar este tipo de medidas ante solicitudes de autoridades extranjeras; o ii) Por el cumplimiento de una resolución o determinación adoptada por un organismo internacional o por una agrupación intergubernamental, que sea reconocida con esas atribuciones por nuestro país a la luz de algún tratado internacional. b) Sin embargo, la atribución citada no puede emplearse válidamente cuando el motivo que genere el bloqueo de las cuentas tenga un origen estrictamente nacional, pues al no encontrarse relacionada con algún procedimiento administrativo o jurisdiccional específico, resultaría contraria al principio de seguridad jurídica.<sup>5</sup>

Este criterio, que ayudó a 294 personas a lograr el desbloqueo de sus cuentas entre 2019 y el 22 de septiembre de 2020,<sup>6</sup> es objeto de la denuncia relativa a

<sup>1</sup> *La Razón* online, “Jurisprudencia promovida por Medina Mora permitió desbloqueo de 800 mdp a Kamel Nacif”, en <https://www.razon.com.mx/mexico/controvertida-decision-judicial-liberaron-recursos-kamel-nacif-santiago-nieto-406190>. Consultado el 22 de septiembre de 2020.

<sup>2</sup> Fue nombrado ministro por el Senado de la República el 10 de marzo de 2015, y renunció al cargo el 3 de octubre de 2019, luego de que se hiciera público que la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo investigaba por presunto lavado de dinero. El Senado aprobó la dimisión el 8 de octubre. Cfr. *Milenio* digital, “¿Quién es Eduardo Medina Mora?”, en <https://www.milenio.com/politica/quien-es-eduardo-medina-mora>. Consultado el 25 de septiembre de 2020.

<sup>3</sup> Los otros amparos en revisión fueron el 1150/2017, el 1181/2017, el 1231/2017 y el 124/2018, resueltos entre febrero y abril de 2018.

<sup>4</sup> La jurisprudencia por reiteración se fundamenta en los artículos 222 a 224 de la Ley de Amparo.

<sup>5</sup> Tesis 2a./J. 46 /2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 54, mayo de 2018, t. II, p. 1270. Publicada el viernes 18 de mayo de 2018 a las 10:23 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*. Registro: 2016903

<sup>6</sup> Infobae, “UIF desbloqueó 800 millones de pesos a Kamel Nacif, señalado por trata de blancas y corrupción”, en <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/09/22/uif-desbloqueo-800-millones-de-pesos-a-kamel-nacif-senalado-por-trata-de-blancas-y-corrupcion/#:~:text=La%20UIF%20inform%C3%B3%20que%20>

la contradicción de tesis<sup>7</sup> 42/2020, al contender con el derivado del amparo en revisión 1214/2016, resuelto por la Primera Sala el 4 de octubre de 2017, y cuyo ponente fue el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. A la fecha de elaboración de este artículo, el Pleno de la Suprema Corte no ha resuelto la contradicción. En términos generales, los asuntos se refieren al alcance de la facultad de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para bloquear cuentas, con el propósito de prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues, como se verá, parece notorio que ese órgano ejerce atribuciones que solo corresponden al Ministerio Público de la Federación (MP), único ente facultado constitucionalmente para investigar delitos.

En las líneas que siguen se sintetizarán los amparos en revisión 806/2017<sup>8</sup> y 1214/2016,<sup>9</sup> y después se ofrecerán algunas consideraciones sobre el sentido en que podría resolverse la contradicción de criterios.

## II. El amparo en revisión 806/2017: constitucionalidad del bloqueo cuando se hace para cumplir compromisos internacionales

En este proceso, el quejoso adujo que combatía la validez de todo el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC); sin embargo, la Segunda Sala advirtió que, en realidad, las porciones normativas reclamadas eran estas:

Las instituciones de crédito deberán suspender de forma inmediata la realización de actos, operaciones o servicios con los clientes o usuarios que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público les informe mediante una lista de personas bloqueadas que tendrá el carácter de confidencial. La lista de personas bloqueadas tendrá la finalidad de prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran ubicarse en los supuestos previstos en los artículos referidos en la fracción I de este artículo.

La obligación de suspensión a que se refiere el párrafo anterior dejará de surtir sus efectos cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público elimine de la lista de personas bloqueadas al cliente o usuario en cuestión.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecerá, en las disposiciones de carácter general a que se refiere este artículo, los parámetros para la determinación de la introducción o eliminación de personas en la lista de personas bloqueadas.

La constitucionalidad de esta normativa se impugnó en relación con las disposiciones 70a., 71a., 72a. y 73a. de las *Disposiciones de Carácter General a que se refiere el Artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito*.

La Sala determinó que la facultad para incluir a alguien en la lista de personas bloqueadas es una medida cautelar, no una sanción. Las medidas cautelares son resoluciones provisionales, accesorias y sumarias, y su objeto radica en suplir interinamente la falta de una resolución, asegurando su eficacia.<sup>10</sup> Con ellas se pretende garantizar la existencia de un derecho que podría verse menoscabado, de ahí que puedan considerarse de interés público, al hacer desaparecer provisionalmente una situación acaso anti-jurídica. Por lo anterior, devienen *actos de molestia*, toda vez que sus efectos provisionales se sujetan al resultado del procedimiento administrativo o jurisdiccional que se desarrolle. Más aún, la medida cautelar indicada en la especie es *administrativa*, pues deriva no de una resolución ministerial o judicial en materia penal, sino de una orden emitida por una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, a fin de proteger al sistema financiero.

La Sala destacó que el MP ejercerá sus atribuciones a partir de la información recabada por la UIF; sin embargo, ello no implica que la emisión de la lista de personas bloqueadas tenga carácter penal, pues, se insiste, el acto emana de una autoridad administrativa para proteger al sistema financiero, independientemente de que los datos en cuestión acaben usándose para formular una denuncia, caso en el cual el MP sí ejercerá atribuciones penales.

294, del 202019%20a%201a%20fecha&text=L a%20Unidad%20de%20Inteligencia%20Financiera, corrupci%C3%B3n%20y%20trata%20de%20blancas. Consultado el 28 de septiembre de 2020.

<sup>7</sup> La jurisprudencia por contradicción de tesis se regula en los artículos 216, 225, 226 y 227 de la Ley de Amparo.

<sup>8</sup> *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 54, mayo de 2018, t. II, p. 1245 y ss. Registro: 27825

<sup>9</sup> Consultable en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=208531>

<sup>10</sup> Cfr. Tesis P./J. 21/98, de rubro: “MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Registro: 196727

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

Por otra parte, según el artículo 15, fracción I, inciso a), del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (RISHCP), la UIF es competente para establecer medidas y procedimientos enderezados a prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos de terrorismo y su financiamiento, o de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ante lo cual, según la fracción X del artículo citado, podría recibir y recopilar pruebas, constancias, reportes, avisos, documentación, datos, imágenes e informes sobre tales conductas, integrando los expedientes respectivos.

En ese sentido, la fracción XIII del artículo 15 del RISHCP indica que la UIF podrá denunciar, ante el MP, las conductas precisadas en el párrafo anterior, aunado a que la fracción XXXII del propio numeral señala que la UIF podrá integrar la lista de personas cuyas cuentas se hayan bloqueado, así como a quienes haya eliminado de ella.

El ejercicio de la facultad consistente en bloquear cuentas bancarias se origina en la actualización de las atribuciones de dicha autoridad administrativa, lo cual, si se dan los supuestos jurídicos necesarios, puede originar la actividad del MP, que retomará la información obtenida y la utilizará en el ejercicio de sus funciones, de carácter penal solo hasta ese momento.<sup>11</sup>

La porción normativa impugnada no contiene un listado de supuestos en los cuales se procederá al bloqueo de cuentas; con todo, remite a otra parte del propio artículo 115 de la LIC, al señalar que el bloqueo se endereza a prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que se ubiquen en los supuestos que, a su vez, prevén los artículos a que refiere la fracción I de dicho numeral. La disposición de mérito establece:

Las instituciones de crédito, en términos de las disposiciones de carácter general que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la previa opi-

nión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, estarán obligadas, en adición a cumplir con las demás obligaciones que les resulten aplicables, a:

I. Establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos previstos en los artículos 139 ó (*sic*) 148 Bis del Código Penal Federal o que pudieran ubicarse en los supuestos del artículo 400 Bis del mismo Código.

Si bien el artículo 115 de la LIC remite a disposiciones contenidas en el Código Penal Federal (CPF), ello no implica que tal atribución sea penal, a despecho de que, a su vez, las conductas puedan tener una consecuencia de tal índole tan pronto como las autoridades competentes desplieguen, en su momento, las facultades que les corresponden.

Asimismo, es de notar que, en la 71a. disposición de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la LIC, el Secretario de Hacienda y Crédito Público estableció los supuestos específicos en los que procedería el bloqueo de cuentas:

1. Aquellas que se encuentren dentro de las listas derivadas de las resoluciones 1267 (1999) y sucesivas, y 1373 (2001) y las demás que sean emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o las organizaciones internacionales;
2. Aquellas que den a conocer autoridades extranjeras, organismos internacionales o agrupaciones intergubernamentales y que sean determinadas por la SHCP en términos de los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano con dichas autoridades, organismos o agrupaciones, o en términos de los convenios celebrados por la propia Secretaría;
3. Aquellas que den a conocer las autoridades nacionales competentes por tener indicios suficientes de que se encuentran relacionadas con los delitos de financiamiento al terrorismo, operaciones con recursos de procedencia ilícita o los relacionados con los delitos señalados, previstos en el CPF;
4. Aquellas que se encuentren en proceso o estén compurgando sentencia por los delitos de financiamiento al terrorismo u operaciones con recursos de procedencia ilícita, previstos en el CPF;

<sup>11</sup> El sistema jurídico mexicano admite que algunas autoridades recaban información en el ámbito administrativo, que el MPF utiliza posteriormente al desplegar sus facultades de carácter penal. Por ejemplo, la Auditoría Superior de la Federación, en términos del artículo 21, fracción XVII, de su Reglamento Interior, puede reunir, integrar y presentar la documentación y evidencias necesarias para promover las denuncias o querrelas penales sobre hechos que afecten su patrimonio o en las que tenga interés jurídico. *Cf.*: Considerando Quinto del amparo en revisión 806/2017, p. 34.

5. Aquellas que las autoridades nacionales competentes determinen que hayan realizado, realicen o pretendan realizar actividades que formen parte, auxilien, o estén relacionadas con los delitos de financiamiento al terrorismo u operaciones con recursos de procedencia ilícita, previstos en el CPF; y
6. Aquellas que omitan proporcionar información o datos, la encubran o impidan conocer el origen, localización, destino o propiedad de recursos, derechos o bienes que provengan de delitos de financiamiento al terrorismo u operaciones con recursos de procedencia ilícita, previstos en el CPF o los relacionados con estos.

A la luz de lo señalado hasta ahora, la porción normativa impugnada adolece de una problemática de validez constitucional, dado que, si bien contiene una medida cautelar, no precisa a qué procedimiento responde el bloqueo, cuando las medidas cautelares deben encontrarse referidas o vinculadas a procedimientos jurisdiccionales o administrativos, dado su carácter provisional y accesorio, cuyo objeto, se repite, consiste en suplir interinamente la ausencia de una resolución definitiva de tales procedimientos. Por tanto, para que una medida cautelar sea válida desde la perspectiva constitucional, de su regulación debe advertirse respecto de qué tipo de procedimiento se implementa.

La Sala realizó una distinción a partir del motivo que genera el bloqueo de cuentas; es decir, el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 115 de la LIC en favor de la UIF. Expuso que México es parte de algunos tratados internacionales que obligan a asegurar determinados bienes, entre los cuales figuran las cuentas bancarias. Por ejemplo, en el artículo 12.2, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece que los Estados Parte adoptarán “las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> NACIONES UNIDAS/OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Nueva York, 2004, p. 13. En <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>. Consultado el 22 de septiembre de 2020.

Entre las conductas a que alude la obligación anterior se encuentra el “blanqueo de dinero”, como se desprende de los artículos 6 y 7 de la propia Convención, aunado a que, en términos de su numeral 13, existe una obligación de cooperación internacional para fines de decomiso cuando exista una solicitud proveniente de otro Estado Parte.<sup>13</sup>

Asimismo, el artículo 8.1 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo<sup>14</sup> establece que: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos indicados en el artículo 2, así como el producto de esos delitos, a los efectos de su posible decomiso.”

De conformidad con el propio Convenio, el ejercicio de lo anterior se realiza en un contexto de cooperación recíproca entre los Estados Parte, como se desprende de su numeral 12.1.15 A propósito de esto, México integra el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), creado en 1989 por el Grupo de los Siete (G-7) para “fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional”.<sup>16</sup>

Entonces, como miembro del GAFI, México debe cumplir con la implementación de los estándares internacionales en materia de prevención y combate a los delitos de lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva, para lo cual deberá prever acciones como la identificación, detección y aseguramiento de los fondos utilizados o asignados para la comisión de tales conductas.

En vista de lo anterior, México, por un lado, debe coadyuvar a la implementación de un régimen eficaz para prevenir operaciones con recursos de proceden-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 8-10 y 14-15.

<sup>14</sup> Disponible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp\\_conve\\_inter\\_repre\\_finan\\_terro.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf), p. 5. Consultado el 22 de septiembre de 2020.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>16</sup> Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en [https://www.uiaf.gov.co/asuntos\\_internacionales/organizaciones\\_internacionales/grupo\\_accion\\_financiera\\_7114](https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114). Consultado el 22 de septiembre de 2020.

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

cia ilícita a través de actos realizados dentro del sistema financiero mexicano y, por otro, debe cumplir con los compromisos internacionales que ha adquirido, tales como las recomendaciones emitidas por el GAFI.

En febrero de 2012, dicho organismo emitió los *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*,<sup>17</sup> en los cuales se emitió un pronunciamiento en relación con el tema a que se refirió este asunto. En específico, destaca la Nota Interpretativa de la Recomendación 6 (“sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo”). La citada recomendación exige a los países que implementen sanciones financieras dirigidas a cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante el congelamiento inmediato de los fondos u otros activos, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición, o sea para el beneficio de quienes realizan actos terroristas.

Además, según la nota interpretativa, los países deben establecer la autoridad legal necesaria e identificar autoridades competentes internas responsables de la implementación y cumplimiento de sanciones financieras dirigidas, para que estas exijan a todas las personas (naturales y jurídicas) dentro del país que congelen, sin demora ni previa notificación, los fondos u otros activos de personas y entidades designadas.

De la citada nota interpretativa se advierte que México, como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas, y al tenor del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas,<sup>18</sup> está obligado a cumplir las Resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aplicando medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Como estas son amenazadas seriamente por el terrorismo y su financiamiento, el Consejo de Seguridad ha emitido resoluciones para que los Estados miembros adopten medidas para prevenir y contrarrestar tales escenarios; en este sentido, México ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas de acción rápida y eficiente ante solicitudes extranjeras para identificar y congelar bienes relativos al lavado de activos, al financiamiento del terrorismo y al finan-

ciamiento de proliferación de armas de destrucción masiva.

Con base en los anteriores elementos, la Segunda Sala concluyó que, en el supuesto de que el bloqueo de cuentas realizado de conformidad con el artículo 115 de la LIC, tenga como origen el cumplimiento de una resolución o pronunciamiento de un organismo internacional (como el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas [ONU]), o el cumplimiento de una obligación bilateral o multilateral asumida por México, no existiría una transgresión al principio de seguridad jurídica. En este contexto, la atribución contenida en el artículo 115 de la LIC opera, efectivamente, como una medida cautelar, o sea, una medida provisional que responde a un procedimiento específico: el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por México.

Asimismo, lo anterior armoniza con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que los tratados internacionales celebrados por México, y que sean conformes con dicha Constitución, serán la Ley Suprema de la Unión, ante lo cual, la citada atribución de bloqueo de cuentas se traduce en una medida implementada por este país para cumplir los compromisos internacionales que asumió.

Ahora bien, la conclusión citada, consistente en que el artículo reclamado cuadra con el principio de seguridad jurídica, no se satisface cuando el bloqueo de cuentas se realiza para cuestiones *estrictamente nacionales*, pues, en tales supuestos, la medida cautelar no se impondría en relación con un procedimiento *específico y determinado*; de ahí que se vulnere su validez constitucional.

En otras palabras, en el evento de que el bloqueo de cuentas se haga por un motivo estrictamente nacional; es decir, que no se origine al amparo del cumplimiento de un compromiso internacional, la medida cautelar no se relacionaría con procedimiento alguno (jurisdiccional o administrativo), lo que se traduce en una violación al principio de seguridad jurídica. Con todo, lo anterior no entraña que el marco normativo reclamado sea inconstitucional, pues puede ser sujeto de una *interpretación conforme*;<sup>19</sup> es decir, una interpretación que haga compatible el artículo con la

<sup>17</sup> Consultables en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

<sup>18</sup> Consultable en <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-v/index.html>

<sup>19</sup> Una explicación prolija de esta técnica interpretativa se localiza en FIX-ZAMUDIO, H. *et al.*, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2016, pp. 3-13.

Constitución y con los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales.

La Sala expuso que la Constitución federal y los derechos reconocidos por los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano son un parámetro interpretativo para el resto de los componentes del sistema jurídico nacional, lo cual permite hacer una interpretación que permita resolver la antinomia normativa alegada, antes de declarar la invalidez de una disposición, permitiendo, así, la subsistencia en el ordenamiento de la norma combatida. En suma, ante la posibilidad de ejecutar diversas interpretaciones de una disposición determinada, deberá preferirse aquella que resuelva la contradicción alegada y, solo en caso de que ello no sea posible, entonces procederá la declaración de invalidez, acorde con los efectos que se permitan en el mecanismo de control constitucional de que se trate.<sup>20</sup>

Por tanto, la Sala estableció que la interpretación propicia para que las porciones reclamadas del artículo 115 de la LIC coincidan con el principio de seguridad jurídica, debe ser la siguiente:

- a) La atribución de la UIF consistente en el bloqueo de cuentas a los clientes y usuarios de servicios financieros, **únicamente puede emplearse como medida cautelar relacionada con los procedimientos relativos al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por México**, lo cual se actualiza en dos escenarios:
  - i) Por el cumplimiento de una obligación bilateral o multilateral asumida por México, en la cual se establezca expresamente la obligación compartida de implementar este tipo de medidas ante solicitudes de autoridades extranjeras; y
  - ii) Por el cumplimiento de una resolución o determinación adoptada por un organismo internacional o por una agrupación intergubernamental, que sea reconocida con tales atribuciones por México a la luz de algún tratado internacional (por ejemplo, para el cumplimiento de las resoluciones que emite el Consejo de Seguridad de la ONU en materia de terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva).
- b) La citada atribución no puede emplearse cuando el

motivo generador del bloqueo de las cuentas tenga un origen estrictamente nacional; esto es, que no se realice para el cumplimiento de un compromiso internacional, pues, en tales supuestos, el bloqueo sería contrario al principio de seguridad jurídica, por no estar relacionado con algún procedimiento administrativo o jurisdiccional específico.

Finalmente, y en virtud de la interpretación conforme señalada, la Segunda Sala estimó procedente conceder el amparo, habida cuenta que el ejercicio, por parte de la UIF, de la facultad contenida en el artículo 115 de la LIC, no se realizó para cumplir algún compromiso internacional adoptado por el Estado mexicano.

### 3. El amparo en revisión 1214/2016: el bloqueo de cuentas como invasión de las atribuciones del Ministerio Público

El 4 de octubre de 2017, la Primera Sala resolvió el amparo en revisión 1214/2016 y declaró la inconstitucionalidad de las siguientes porciones normativas del artículo 115 de la LIC:

Las instituciones de crédito deberán suspender de forma inmediata la realización de actos, operaciones o servicios con los clientes o usuarios que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público les informe mediante una lista de personas bloqueadas que tendrá el carácter de confidencial. La lista de personas bloqueadas tendrá la finalidad de prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran ubicarse en los supuestos previstos en los artículos referidos en la fracción I de este artículo.

La obligación de suspensión a que se refiere el párrafo anterior dejará de surtir sus efectos cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público elimine de la lista de personas bloqueadas al cliente o usuario en cuestión.

Se analizó, entre otros, el tema relativo a que el artículo citado invade facultades del MP. La Primera Sala estimó fundados los argumentos en el sentido de que el precepto resulta inconstitucional, dado que el supuesto fáctico para que alguien sea incluido en la lista de personas bloqueadas consiste en que la autoridad hacendaria determine la existencia de alguna conducta relacionada con los delitos de terrorismo y/o lavado de activos, lo cual invade la esfera de facultades

<sup>20</sup> En el mismo sentido se pronunció el Pleno de la Corte en la tesis aislada LXIX/2011, de rubro: "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. I, p. 552. Registro: 160525

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

des del MP, en términos del artículo 21 de la Constitución federal.

La Primera Sala aseveró que, en efecto, el primer párrafo de dicho precepto constitucional establece que el MP y las policías son los únicos organismos facultados para investigar los delitos; de ahí que dicha función no pueda corresponder a una autoridad distinta. No obstante, dicha facultad no impide que autoridades distintas del MP y las policías puedan identificar y separar aquellos datos o documentos que, a su juicio, sean pertinentes para proceder penalmente contra quienes se crea que han cometido algún delito, debiéndose presentar, entonces, la denuncia correspondiente al mencionado representante de la sociedad.

Ahora bien, de acuerdo con la Sala, debe tenerse cuidado en que dicho ejercicio de identificación y concentración de posibles evidencias que existan y estén al alcance del denunciante, no se actualice fuera de los límites constitucionales; por ejemplo, ello ocurriría si una autoridad diferente del MP y las policías que actúan bajo su conducción, ordena el desarrollo de diligencias tendientes a demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió. Lo anterior, porque es facultad exclusiva del MP conducir la investigación, coordinar a las policías y a los servicios periciales durante dicha actividad, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma prevista por la ley y, en su caso, ordenar diligencias como las referidas.

Por tanto, las autoridades denunciantes y, en general, cualquier persona, una vez que tengan conocimiento de un hecho probablemente constitutivo de delito, están obligadas a denunciarlo inmediatamente ante el MP y, en caso de urgencia, ante cualquier agente de la policía. Este “deber de denunciar”, regulado por el artículo 222 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), tiene una modalidad especial tratándose de quienes, en ejercicio de funciones públicas, tengan conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley reputa delito. De acuerdo con el segundo párrafo del precepto procesal mencionado, los funcionarios están obligados a denunciar los hechos inmediatamente al MP, proporcionándole todos los datos que tuviera y poniendo a su disposición a los imputados, si hubieran sido detenidos *en flagrancia*, lo cual confirma que autoridades distintas del MP no están autorizadas a realizar, por cuenta propia, investigaciones relacionadas con la comisión de un delito,

y que, por tanto, deben limitarse a denunciar enseguida los hechos relacionados, acompañados de los datos que existan en su poder, y no otros que obtengan por su cuenta, sustituyéndose en las facultades del MP.

La Sala agregó que el tercer párrafo del referido artículo 222 del CNPP incluye una obligación adicional para quienes, en ejercicio de las funciones públicas referidas, actúen en coadyuvancia con las autoridades responsables de la seguridad pública, consistente en que aquellos deben limitarse a “preservar el lugar de los hechos hasta el arribo de las autoridades competentes y, en su caso, adoptar las medidas a su alcance para que se brinde atención médica de urgencia a los heridos si los hubiere, así como poner a disposición de la autoridad a los detenidos por conducto o en coordinación con la policía”.

Estos y otros preceptos del CNPP son útiles para ilustrar que, incluso en el ámbito de la legislación ordinaria, hay claridad en cuanto a los límites que tanto denunciante particulares, como aquellos que ejerzan funciones públicas, no pueden exceder con respecto a las facultades investigativas del MP y de las policías. Lo anterior implica que autoridades distintas de las citadas no solo no pueden conducir investigaciones relacionadas con la comisión de un delito, sino que tampoco pueden dictar, en la esfera penal, medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que, en su caso, tocan al propio MP o a los jueces de control, cuando dichas medidas requieran control judicial,<sup>21</sup> lo cual se establece así para garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

Ahora bien, la Sala observó que el párrafo 16° del artículo 16 constitucional faculta a las autoridades administrativas para desarrollar ciertas acciones que, si bien pueden involucrar procesos afines a un ejercicio investigativo, estos se relacionan con cuestiones propiamente administrativas, entre ellas las fiscales, por lo que dichas actividades no suponen una investigación de índole penal, sino el despliegue de facultades de comprobación sanitaria o fiscal, por ejemplo; lo cual no descarta que, si durante la realización de esas atribuciones se tiene conocimiento de la comisión de un delito, la denuncia respectiva, con las evidencias disponibles, deba promoverse inmediatamente.

<sup>21</sup> Véase, en este sentido, el párrafo décimo cuarto del artículo 16 de la Constitución federal.

Así, a juicio de la Primera Sala, es palmario que el artículo 16 constitucional no autoriza a las autoridades administrativas a investigar la comisión de delitos, menos aún a adoptar medidas cautelares, providencias precautorias o técnicas de investigación ajenas a sus facultades de comprobación o gestión administrativa. Pese a lo anterior, es cierto que, en distintas materias, las autoridades administrativas pueden coadyuvar con el MP en la persecución de determinados ilícitos; sin embargo, dicha coadyuvancia también tiene límites y debe respetar las facultades exclusivas que el MP y las policías que actúan bajo su conducción tienen en materia de investigación.

La Sala tampoco soslayó que, en casos determinados, las autoridades que se enteren de un delito están obligadas a preservar el lugar de los hechos, al tenor del artículo 222 del CNPP; con todo, es muy distinto proteger un sitio en el que se cometió un delito hasta en tanto arriben la policía y el MP, que girar una orden determinada para, por ejemplo, asegurar bienes objeto o materia de un delito posiblemente cometido, pues en tal caso existen reglas constitucionales que, por la propia integridad del proceso penal, no deben transgredirse.

Ahora bien, el artículo 21 constitucional no aborda la coadyuvancia de autoridades administrativas en la preservación del lugar de los hechos delictivos o de la escena del crimen. No obstante, en el párrafo décimo precisa que “el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública”. Para ello, el párrafo noveno del artículo 21 constitucional dispone que:

...la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Por su parte, en el inciso d) que sigue al párrafo citado se indica que una de las bases mínimas a las que se sujetará dicho sistema, es la participación de la comunidad, que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.

Para la Primera Sala, lo evidente es que, más allá de lo previsto en la legislación aplicable, el artículo 21 constitucional es claro al depositar únicamente en el MP y en las policías la investigación de los delitos, lo cual, sin duda, es aplicable a la investigación de los delitos de terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI), cuyo objeto, según su artículo 2º, es “proteger el sistema financiero y la economía nacional”, contempla en su artículo 7º, que la Fiscalía General de la República (FGR) contará con una Unidad Especializada en Análisis Financiero<sup>22</sup> como órgano especializado en análisis financiero y contable relacionado con operaciones con recursos de procedencia ilícita, cuyo titular tendrá el carácter de agente del MP y podrá utilizar las técnicas y medidas de investigación previstas en el CFPP y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFDO).

Las facultades de dicha Unidad se describen en el artículo 8o. de la propia LFPIORPI, y ninguna de ellas, incluyendo las de utilizar técnicas y medidas de investigación, se otorgan en el artículo 6º de la propia ley a la SHCP, lo cual es indicativo de que dichas técnicas y medidas solo pueden adoptarse por el MP; en

<sup>22</sup> No se trata de la Unidad de Inteligencia Financiera, dependiente de la SHCP, sino de un órgano adscrito a la Fiscalía General de la República. Se creó mediante el Acuerdo A/078/13, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de julio de 2013. El punto primero del acuerdo señala que esta unidad es “la única instancia competente para el diseño y ejecución de sistemas y mecanismos de análisis de la información financiera y contable relacionada con hechos constitutivos de delitos fiscales, financieros u operaciones con recursos de procedencia ilícita, así como la elaboración de dictámenes que coadyuven en las investigaciones o actos procesales que realicen las unidades administrativas u órganos desconcentrados de la Institución competentes en la materia”. Cfr: ACUERDO A/078/13 del Procurador General de la República, por el que se establece la organización y el funcionamiento de la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, en [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5307042&fecha=17/07/2013](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5307042&fecha=17/07/2013). Consultado el 24 de septiembre de 2020.

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

el caso, por el titular de la Unidad Especializada en Análisis Financiero.

Es evidente, pues, que en el Sistema Nacional de Seguridad Pública existe una autoridad que, como MP, está facultada para conducir la investigación para la obtención de indicios o pruebas vinculadas con operaciones con recursos de procedencia ilícita, y para, entre otras funciones, requerir informes, documentos, opiniones y elementos de prueba en general a las dependencias y entidades de la administración pública de los tres órdenes de gobierno, y a otras autoridades, organismos públicos autónomos, incluso constitucionales, y a aquellas personas responsables de dar avisos en las organizaciones con actividades sujetas a supervisión previstas en la referida LFPIORPI, siempre que, al tenor del artículo 8° de la propia ley, en todos los casos, estos requerimientos se hagan en el marco de una investigación formalmente iniciada, así como sobre individuos y hechos consignados en una averiguación previa.

Ahora bien, la Primera Sala, al analizar el artículo 115 de la LIC, concluyó que la facultad que ahí se otorga a la SHCP para emitir una lista de personas bloqueadas, no tiene otra finalidad que la de prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran ubicarse en los supuestos previstos en los artículos referidos en la fracción I del propio artículo; esto es, aquellos que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos de terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Lo anterior denota que la intervención de la SHCP, en relación con los delitos referidos, no está propiamente enmarcada, al menos de manera directa, en el ejercicio de facultades de comprobación fiscal —pues los ilícitos en cuestión no se relacionan con la omisión de pago de contribuciones o con el incumplimiento de otras obligaciones de naturaleza tributaria—, sino que se busca prevenir y detectar determinados delitos, en los que el medio de comisión está relacionado con la operación del sistema financiero, al que se busca salvaguardar.

Lo cierto es que, si la SHCP, al tenor del artículo 115 de la LIC, toma por su cuenta la investigación, aun implícita, de delitos penales y, además, adopta al respecto medidas de aseguramiento de cuentas bancarias, lo que se realiza, incluso, sin intervención del

MP, resultaría difícil sostener que está actuando dentro del marco constitucional, pues, en realidad, ejercería facultades que la Constitución reserva al MP y, en su caso, a las policías, en lo que se refiere a la investigación de delitos, e incluso a los jueces de control, tratándose de ciertas medidas cautelares que requieren control judicial.

La Primera Sala advirtió que incluir a una persona en la lista de personas bloqueadas, con los efectos amplios de suspensión de servicios y congelación de cuentas bancarias que precisa el artículo 115 de la LIC, tiene el alcance de una *medida cautelar*, pues, finalmente, ello se adopta para indagar un ilícito penal (detección) y evitar que este se siga cometiendo o que se cometan otros delitos (prevención), de lo cual, si bien puede tenerse o no certeza, lo cierto es que la medida opera con una presunción fundada de que se trata de recursos ilícitos, sin que, al menos en términos de la norma impugnada, se mandate dar intervención alguna al MP.

En otras palabras, incluir a una persona en la lista de personas bloqueadas y girar un mandato a las instituciones del sistema financiero para que suspendan todo servicio a quien posiblemente está cometiendo un delito o auxiliando a otros a cometerlo, no tiene una finalidad primordialmente orientada a verificar que se están, o no, cubriendo contribuciones fiscales, o que se está, o no, cometiendo una infracción administrativa y, de hecho, propiamente no inicia un procedimiento administrativo, sino que se dispone la medida de manera directa con relación a la posible comisión de un delito.

Desde la óptica de la Sala, todo indica que la única forma de salir de la lista de personas bloqueadas es demostrar que los recursos respectivos no son ilícitos; esto es, probar que no se está cometiendo un delito, lo cual, en su caso, correspondería decidir en principio al MP y, finalmente, a la autoridad judicial.

Es relevante entender reglas afines a los autores o partícipes del delito, así como a quienes auxilian a cometerlo o lo encubren, a fin de demostrar que, en realidad, las personas sujetas al bloqueo de cuentas se hallan en situación de riesgo, pues, al ser incluidas en la lista de personas bloqueadas, básicamente se les está imputando la posible comisión de un delito. Cuando la fracción I del artículo 115 de la LIC se refiere a medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, comisiones u operaciones que pudie-

ran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de delitos como el terrorismo, ello implica que quienes son incluidos en la lista de personas bloqueadas estarían, presuntamente, involucrados en la comisión de un delito o, cuando menos, en su encubrimiento.

Por otra parte, la Sala destacó que no puede estimarse inconstitucional la fracción I del artículo 115 de la LIC, a cuyo tenor las instituciones de crédito, en términos de las disposiciones de carácter general que emita la SHCP, escuchando la opinión previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, estarán obligadas, entre otras cuestiones, a establecer medidas y procedimientos para “prevenir” y “detectar” los actos, omisiones y operaciones vinculados con los delitos referidos. Esto responde a que la detección de delitos no implica necesariamente la realización de una investigación penal; sin embargo, lo que sigue a la detección de delitos es la denuncia consecuente e inmediata al MP, al que deben proporcionarse los datos disponibles para que intervenga en el ámbito de su competencia constitucional.

En el caso de la prevención de los delitos, puede tener distintas vertientes que acaso partieran del solo mejoramiento del entorno social y de la difusión e inclusión de sistemas de registros y muestreos estadísticos o de la promoción de los valores, y llegar a la implementación de sistemas de videovigilancia, o a la propia sanción penal como medio de disuasión de la comisión del delito, entre otras medidas; por tanto, el escrutinio constitucional de cada medida preventiva tendría que analizarse en su propia naturaleza y contexto.

Así, en principio, la Sala consideró que no es inconstitucional que la autoridad hacendaria pueda coordinar o llevar a cabo la implementación de medidas preventivas del delito, e involucrar en ello a las distintas instituciones de crédito. Sin embargo, sí resulta inconstitucional que, al implementar dichas medidas, la autoridad hacendaria se sustituya en el MP y realice, por un lado, acciones dirigidas a la investigación de delitos, y que adopte medidas cautelares, providencias precautorias o técnicas de investigación reservadas al MP y a las autoridades judiciales.

En opinión de la Sala, es evidente que el proceder de la autoridad hacendaria, al establecer una lista de personas bloqueadas, tiene por objeto inmediato el que quienes ahí sean incluidos no puedan realizar ac-

tos, operaciones o servicios prestados por las instituciones de crédito, lo cual, si bien tiende a prevenir la comisión de delitos y proteger al sistema financiero, no deja de materializarse en un congelamiento o inmovilización, aún provisional, de cuentas bancarias. En todo caso, si el bloqueo de cuentas desea compararse con una medida de aseguramiento (técnica de investigación) y no con una medida cautelar, lo cierto es que, de cualquier forma, solo puede imponerse de acuerdo con determinadas reglas que tienen relación con la cadena de custodia;<sup>23</sup> por ejemplo, el artículo 230 del CNPP contiene reglas específicas aplicables al aseguramiento de bienes.

En tales circunstancias, la Sala declaró inaceptable que, bajo la simple idea de prevención del delito, se permita que una autoridad distinta del Ministerio Público y que, a la vez, no tiene el carácter de policía, instrumente medidas de bloqueo de cuentas que conlleven inmovilización, congelamiento o aseguramiento, pues si dichas acciones están relacionadas con la presunta comisión de un delito, no cabe duda que son las autoridades competentes en materia penal las que deben ocuparse de la investigación del delito o delitos correspondientes, así como, en su caso, del aseguramiento de los bienes respectivos, máxime que las disposiciones penales aplicables contemplan reglas específicas para el aseguramiento de cuentas y, en su caso, reglas sobre el establecimiento de medidas cautelares afines al embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

La Sala destacó que incluir a alguien en la lista de personas bloqueadas deriva de la consulta, por parte de la UIF, de sus bases de datos, lo cual le permite considerar que existen elementos suficientes para inferir que las cuentas bancarias de los sujetos afectados estaban siendo utilizadas para operar recursos que tienen una procedencia ilícita dentro del sistema financiero nacional. Entonces, en lugar de que la norma impugnada ordenara a la UIF formular inmediatamente la denuncia correspondiente para que fuera el MP quien interviniera en el marco de su competencia constitucional, lo que se hace en realidad es, implícitamente, dar por hecho que sí se ha cometido un delito

<sup>23</sup> Según el artículo 227 del CNPP, la cadena de custodia se refiere al registro de los movimientos de la prueba desde que es descubierta hasta que ya se necesita. Su finalidad es garantizar que todos los indicios recabados sean efectivamente los que se reciban de forma posterior en los laboratorios, para su análisis.

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

como parte de una investigación que, cuando menos, es materialmente de orden criminal, procediéndose, en consecuencia, a ordenar a las instituciones de crédito el bloqueo de cuentas respectivo. En tal sentido, aunque el bloqueo parezca tener un carácter provisional, lo cierto es que la única forma de abandonar la lista de personas con cuentas bloqueadas es demostrar que, en contra de lo ordenado por la autoridad hacendaria, los recursos tienen una procedencia lícita.

En suma, la inclusión en la lista referida se ordena bajo la presunción de que se ha cometido un delito por quien es titular o por alguien más; pero, en todo caso, aunque el delito hubiera sido cometido por alguien más, no se descarta que quien es titular de las cuentas auxilió, ayudó o cooperó con la comisión del ilícito, por lo que, finalmente, también sería presunto responsable.

De cualquier forma, la autoridad hacendaria invadiría funciones del MP, pues, ya sea en el análisis de bases de datos orientado a la detección de delitos o en el descarte de dicha comisión como fundamento para que alguien sea retirado de la lista de personas bloqueadas, se actualizaría una labor material de investigación criminal y, a la vez, la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento de bienes, propias de una investigación y de un juicio penales.

En particular, no cabe duda de que la medida adoptada en el artículo 115 de la LIC, con respecto a la inclusión de un individuo en la lista de personas bloqueadas, se dirige al congelamiento de bienes y su eventual decomiso, con relación a la comisión de un delito. El punto es que, si bien se está actuando en una de las etapas preliminares relacionadas con la detección de un ilícito, materialmente se están desplegando actividades de investigación criminal y de aseguramiento, competencia de las autoridades penales.

En la especie, a diferencia de otras acciones que realiza la autoridad hacendaria para la fiscalización de contribuyentes, el proceder de la SHCP, de su UIF y de las áreas que dependen de esta no se orienta a una intervención de naturaleza fiscal, sino a la prevención y detección de delitos, lo que sería constitucional si no involucrara diligencias propias de una investigación y proceso penales; sin embargo, no debe avalarse una norma que permita la invasión de la competencia del MP y, posiblemente, de autoridades judiciales.

La Primera Sala estimó que el bloqueo de cuentas bancarias tampoco está enmarcado en el contexto del

derecho administrativo sancionador, pues no se investiga y sanciona una infracción administrativa, sino la comisión de un delito o el auxilio en su comisión, lo cual no solo se indaga a partir de técnicas de investigación especializadas en materia financiera, sino que se interviene, incluso, mediante el aseguramiento de los bienes afectos a la posible comisión de un ilícito penal; lo cual, sin duda, puede tener repercusiones en la cadena de custodia, e incluso afectar el desarrollo de investigaciones y actuaciones posteriores que sí lleven a cabo autoridades competentes.

De los artículos 227 a 229 del CNPP se infiere que, para el éxito de una eventual condena en un proceso penal, es indispensable cuidar las formalidades de ley en el aseguramiento de instrumentos, objetos o productos del delito. Además, si el congelamiento de cuentas bancarias opera bajo la sospecha de que se está cometiendo un delito o de que se está auxiliando de alguna forma en su comisión, ello adquiere implícitamente el carácter de imputación de orden penal en contra del titular de las cuentas bancarias en cuestión, lo cual exige que se respeten los derechos y garantías que protege el artículo 20 constitucional.

Sin duda, no cuidar las formalidades constitucionales para la investigación y persecución de los delitos puede afectar la validez de las pruebas obtenidas y declaraciones que rinda el imputado, así como afectar las defensas de quien, sin ser formalmente investigado por autoridad competente ante la posible comisión de un delito, sea imputado criminalmente, aun a nivel de presunción y, bajo tal sospecha, sujeto a consecuencias inmediatas en su persona y patrimonio; tan es así que se bloquean sus cuentas bancarias y ello le impide disponer de los recursos que ha depositado en el sistema financiero. En suma, se trata al titular de las cuentas bancarias como sospechoso de la comisión de un crimen, y ello ocurre ante una autoridad que no es competente para investigar y perseguir delitos.

Así, según el artículo 21 constitucional y cuando las autoridades hacendarias detecten la comisión de un delito, no puede haber más alternativa que formular de inmediato la denuncia respectiva, y permitir que el MP realice la investigación correspondiente, o que solicite, cuando corresponda y ante la autoridad judicial, la adopción de las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que la ley permita.

En otro contexto afín al artículo 21 constitucional, no podría suponerse que la autoridad hacendaria actúa en el caso como una institución de policía, o que su UIF tiene tal carácter, pues independientemente de que se considere que, atendiendo, entre otros, a los principios de legalidad y certeza jurídica, el carácter de institución de policía solo puede derivar de una concesión expresamente otorgada por la ley, lo cierto es que, de cualquier forma, tal proceder debería estar coordinado por el MP, lo que en el caso no ocurre, pues es evidente que la autoridad hacendaria ejerce las facultades que le otorga el artículo 115 de la LIC sin intervención alguna del MP y, en todo caso, no solo se realizan investigaciones propias de la autoridad penal, sino que se adoptan medidas como el bloqueo de cuentas, que, en la especie, solo podrían determinar autoridades competentes en términos de la legislación penal aplicable.

La Sala destacó que la naturaleza del bloqueo de cuentas analizado es distinta de la del aseguramiento de bienes relacionado con el ejercicio de facultades de comprobación fiscal y del embargo precautorio en materia tributaria, pues el artículo 115 de la LIC no tiene relación directa con la determinación de créditos fiscales ni con su garantía, sino con la comisión de ilícitos específicos que, incluso, son ajenos a los llamados “delitos fiscales”.

De hecho, en el presente caso, el aseguramiento previsto por la norma impugnada opera no porque exista oposición por parte de la persona involucrada a colaborar con la autoridad hacendaria (porque se niegue a poner a disposición de la autoridad determinada información o documentación para efectos fiscales), sino bajo la presunción de que se ha cometido un delito que no es propiamente de carácter fiscal, y que su autor o facilitador ha sido quien es titular de las cuentas bloqueadas. Así, el aseguramiento ni siquiera busca garantizar el pago de contribuciones omitidas, ni puede justificarse con la idea de que la medida busca salvaguardar el interés público o la efectividad de la futura actuación de la autoridad penal, pues, en todo caso, nada impide a la autoridad hacendaria acudir ante el MP para formular la denuncia respectiva y solicitar su intervención en las medidas que, en su caso, deban adoptarse para bloquear las cuentas y evitar que se dilapiden.

De todo lo anterior, la Sala concluyó lo siguiente:

1. No existe argumento constitucional alguno que permita entender que las facultades concedidas a la SHCP —en términos de los artículos 31, fracción IV,<sup>24</sup> o 16 constitucionales— se extienden al grado de permitirle investigar conductas delictivas con el propósito de generar una lista de personas por bloquear, facultad que corresponde al MP en términos del artículo 21 constitucional.
2. Si bien las atribuciones que se cuestionan de la SHCP, previstas en la norma impugnada, derivan de la intención de atender recomendaciones formuladas por la comunidad internacional (en particular, del GAFI y del Consejo de Seguridad de la Organizaciones de las Naciones Unidas), que se decantan por establecer un modelo administrativo —por oposición a uno judicial— para el control de la inteligencia financiera, lo cierto es que tal modelo permitiría que la SHCP pudiera involucrarse en la investigación de delitos asociados con actividades financieras, lo cual no es compatible con el sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución federal.
3. De cualquier forma, nada impediría a la SHCP cumplir con el espíritu general de las recomendaciones del GAFI, puesto que, si la autoridad hacendaria detecta información que pudiera suponer la comisión de uno de los delitos en cuestión (terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita), podría hacer llegar esa información al MP para que este —en el marco de sus atribuciones constitucionales— iniciara la persecución del delito en cuestión y ordenara, en su caso, la inmovilización provisional de cuentas bancarias o solicitara dicha medida a la autoridad judicial, cuando así correspondiera.
4. En el marco del procedimiento penal, el CNPP ya regula las atribuciones específicas de las autoridades competentes y las condiciones que determinan la intervención del juez de control y, de hecho, el artículo 155 del ordenamiento citado caracteriza la inmovilización de cuentas como

<sup>24</sup> Esta norma establece el principio de proporcionalidad y equidad en los tributos. *Cf*: Tesis de rubro: “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.” *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 187-192, Primera Parte, p. 113. Registro: 232309

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

un medida cautelar, en tanto que el diverso 157 otorga al juez de control la facultad de resolverla.

En lo que se refiere al alcance de las facultades de la SHCP en materia de delitos fiscales, debe entenderse que estas se circunscriben a que cuando, procediendo en el marco de su competencia afín a la comprobación fiscal, obtiene información que permite suponer la comisión de cualquier delito fiscal, la obligación inmediata es la de informar al Ministerio Público mediante la denuncia o querrela respectiva (cuando resulte parte afectada), lo cual, por mayoría de razón, debe aplicar también cuando se trate de la detección de delitos no fiscales.

Lo anterior no implica que la autoridad hacendaria deba ser pasiva cuando advierta la existencia de información de naturaleza delictiva, pero sí entraña el compromiso de denunciarla inmediatamente al MP, pues las facultades de comprobación fiscal no llegan al extremo de permitir una actuación en el marco de una investigación estrictamente penal, menos aún a la posibilidad de obligar a las instituciones financieras a imponer a sus usuarios una medida de bloqueo de cuentas que claramente restringe las libertades de las personas físicas y morales.

Conviene señalar, a mayor abundamiento, que aun cuando se partiera de la base de que la actuación realizada por la autoridad hacendaria es de naturaleza administrativa, y de que el propio bloqueo de cuentas compartiera dicha naturaleza, lo cierto es que, dada su intensidad, la medida necesariamente requeriría *control judicial*, habida cuenta que el referido bloqueo, de acuerdo con la norma impugnada, se adopta de forma indefinida y absoluta, pues no existe un plazo máximo de bloqueo o aseguramiento y, en todo caso, su finalización se sujeta a lo que de cualquier forma determine la propia autoridad hacendaria en cuanto a la demostración de que los recursos bloqueados son de origen lícito.

#### 4. Balance de las posturas encontradas: el bloqueo de cuentas frente a las partes dogmática y orgánica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El amparo en revisión 806/2017 y los relacionados con él, que originaron la tesis transcrita al principio, son determinantes en señalar que el bloqueo *puede*

*ser* constitucional siempre y cuando se lleve a cabo en cumplimiento de compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano. Se llegó a esta conclusión gracias a un método de interpretación destinado a *volver* constitucional lo que, a primera vista, podría no serlo. En este sentido, se evidencia que una medida cautelar no ordenada por la autoridad competente puede subsistir solo mientras se atiende a obligaciones adquiridas en el ámbito internacional, sin que parezca relevante la violación de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de presunción de inocencia.

Si se deja de lado, momentáneamente, la cuestión de los fundamentos constitucional y legal a que debe apegarse el bloqueo de cuentas, se nota que la actuación hartamente publicitada de la UIF, en tanto que paladín de la lucha contra la corrupción, se encamina a dar fe de que el titular actual del Poder Ejecutivo en México está resuelto a eliminar la corrupción de raíz, sin importar que ello conculque derechos que le son reconocidos a *toda persona*.<sup>25</sup> Si a lo anterior se agrega el nivel bajo de cultura de la legalidad existente en dicho país, el resultado es la percepción inmediata de que los desafortunados cuyas cuentas se bloquearon merecen el epíteto de delincuentes, independientemente de que, en efecto, el bloqueo sea una mera providencia cautelar que subsistirá hasta el fin de un procedimiento al que, como se vio, la medida debe ser *accesoria*. En una palabra, el bloqueo no prejuzga sobre la culpabilidad o la inocencia de alguien, sino que se surte mientras tenga lugar una investigación de tipo penal que, a la postre y mediante un juzgador, culminará en una sentencia, la cual, además de poner fin a un procedimiento cuyo transcurso debe apegarse a formalidades múltiples, será el único documento que acredite la culpabilidad o inocencia de un imputado.

Aun cuando pareciera que, en el marco de algún compromiso bilateral o multilateral, la solicitud de una autoridad extranjera bastaría para proceder al bloqueo de cuentas, no debe soslayarse que la UIF es una autoridad administrativa dependiente de la SHCP, no una ministerial que pueda desplegar actividades in-

<sup>25</sup> El afán del presidente de México de someter a consulta pública la opción de juzgar a varios expresidentes de la República por “delitos” determinados por él mismo es un ejemplo de esto. Cf: GUEVARA NIEBLA, Gilberto, “El Presidente y los derechos humanos”, en [https://www.cronica.com.mx/notas-el\\_presidente\\_y\\_los\\_derechos\\_humanos-1165299-2020](https://www.cronica.com.mx/notas-el_presidente_y_los_derechos_humanos-1165299-2020). Consultado el 29 de septiembre de 2020.

investigativas que, sin duda, solo corresponden al MP. El sistema competencial establecido por la Constitución en su parte orgánica no es ambiguo; establece con claridad meridiana que *únicamente* el MP y las policías bajo su mando son *competentes* para la persecución y la investigación de los delitos, mientras que la judicatura se encargará de resolver si los hechos por los que alguien ha sido imputado tienen méritos suficientes como para entrañar una sentencia condenatoria. Los asuntos sintetizados arriba fueron amparos en revisión precisamente porque hubo derechos violados por aplicarse una norma que faculta a una autoridad incompetente a comportarse como investigadora de delitos, cuando, según el CNPP, el bloqueo de cuentas solo puede ser ordenado por una autoridad judicial en el ejercicio de sus atribuciones, y siempre que previamente se haya instaurado un procedimiento penal.

Uno de los pilares del sistema acusatorio de justicia penal,<sup>26</sup> que entró en vigor en México en 2016, es el principio de presunción de inocencia, según el cual nadie debe ser condenado penalmente mientras no se demuestre su culpabilidad,<sup>27</sup> y para alcanzar ese momento es precisa la intervención de autoridades competentes que se encarguen, en primer término, de procurar justicia y, en segundo, de impartirla. Previa denuncia formulada ante el MP, se emprenderá una investigación para que esta autoridad se allegue de todos los elementos que, posteriormente, podrían generar en un juzgador la certeza de que el imputado es responsable de la conducta ilícita que se le achacó y,

por tanto, debe ser sancionado de conformidad con la ley penal.

El problema surge cuando un organismo protagónico se utiliza como arma política y, con frecuencia notable, bloquea cuentas de personajes mayormente conocidos, lo cual les granjea un descrédito inmediato, traducible en un daño serio a su honor (uno de los principales derechos de la personalidad),<sup>28</sup> mientras que el Ejecutivo aprovecha la sensación para refrendar su naturaleza anticorruptora y, con suerte, mantener un nivel de aprobación elevado entre sus seguidores.<sup>29</sup> Siempre que se observara el principio de legalidad, la UIF, previa consulta de sus bases de datos y demás elementos con que cuente, debería empezar por formular la denuncia correspondiente ante el MP y, una vez que se integre la carpeta de investigación, aguardar a que un juez de control la instruya a bloquear cuentas a modo de medida cautelar; en este caso, se entendería que ya hay un procedimiento penal en curso, del cual es accesoria la medida consistente en el bloqueo. De esta forma quedarían a salvo el principio de presunción de inocencia, la cadena de custodia y, sin duda, las actividades obligadas en favor de la prevención del delito, pues cabe recordar que, de suyo, el mentado bloqueo parte de una *presunción*, habida cuenta que la lista de personas bloqueadas busca “prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que *pu-dieran (énfasis agregado)* ubicarse en los supuestos previstos en los artículos referidos en la fracción I” del artículo 115 de la LIC. Una presunción *iusuris tantum*<sup>30</sup> que, al parecer, solo se desvirtúa si la persona

<sup>26</sup> El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se estableció así un sistema penal oral y acusatorio en México, con la fisonomía del modelo dominante en América Latina y Europa, y con base en los principios de oralidad, intermediación, concentración, continuidad y publicidad. Cfr. GARCÍA SILVA, G., “La reforma al sistema de justicia penal en México”, *Iter Criminis*, No. 6, Cuarta Época, noviembre-diciembre 2008, pp. 78-80; CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. IX.

<sup>27</sup> La presunción de inocencia implica que una persona solo puede ser privada de la libertad por orden judicial, tras haber sido parte en un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Cfr. Tesis 2a. XXXV/2007, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186. Registro: 172433

<sup>28</sup> Por derecho al honor se entiende la potestad jurídica de las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social, frente a intrusiones ilegítimas que puedan hacerlas desmerecer en la consideración propia y ajena. Cfr. VILLANUEVA, E., “Derecho al honor”, en FERRER MAC-GREGOR, E. et al. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, 2014, pp. 400-403; véase también el artículo 13 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, MORALES, A., “AMLO advierte a opositores: prepárense porque ‘no vamos a dar tregua’”, en <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/amlo-advierte-opositores-preparense-porque-no-vamos-dar-tregua>. Consultado el 28 de septiembre de 2020.

<sup>30</sup> El artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: “Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.” Este precepto da pie para distinguir entre presunciones legales y humanas. Las primeras son las que la ley prevé expresamente, y pueden ser *iusuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario,

## El bloqueo de cuentas en México y su impacto en los derechos humanos

cuyas cuentas son bloqueadas demuestra la licitud de los recursos que tiene en ellas; entretanto, prevalecerá la actuación inconstitucional de una autoridad que se subroga en las facultades del MP, y el titular de las cuentas sufrirá el deterioro de una serie de derechos que nadie debe regatearle: a la seguridad jurídica,<sup>31</sup> al debido proceso,<sup>32</sup> al honor, al mínimo vital,<sup>33</sup> etcétera.

Circunscribir la constitucionalidad del bloqueo de cuentas, como aparece descrito en el artículo 115 de la LIC, al cumplimiento de compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, resulta cuando menos insuficiente, por no decir ajeno a la observancia del artículo 1º de la Constitución federal, que desde 2011 implantó el control difuso de la constitucionalidad en México.<sup>34</sup> La UIF debería abstenerse de bloquear cuentas sin que previamente un juez de control determine la procedencia de dicha medida cautelar. No se niega que la intervención de órganos como la UIF en la prevención de delitos de gravedad extrema

sea necesaria, pero ello no debe suponer que el orden constitucional se subordine a golpes de efecto con fines políticos. En México y en cualquier parte, el Estado de derecho debe estar por encima de cualquier afán supresor de principios y derechos que, por naturaleza, han de ser protegidos a ultranza por toda autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Desde luego, será el Pleno de la Suprema Corte de Justicia quien resuelva la contradicción entre los criterios de sus Salas, dando lugar a una tesis *obligatoria* que subsistirá mientras no sea superada.<sup>35</sup> De cualquier modo, nada impide expresar el deseo de que ese órgano jurisdiccional considere no solo la importancia de que México sea un actor serio en el concierto internacional, sino de que la congruencia entre el orden constitucional y el proceder de las autoridades depende, indefectiblemente, del respeto a los derechos humanos.

## 5. Bibliohemerografía

- Burgoa, I., *Las garantías individuales*, 34a. ed. actualizada, México, Porrúa, 2002.
- Castro, J.V., *Garantías y amparo*, 11a. ed., México, Porrúa, 2000.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Aranzadi, 2012.

o iuris et de iure, que no admiten tal prueba. En cuanto a la humana, es la consecuencia que el juez deduce del hecho.

<sup>31</sup> Básicamente, la seguridad jurídica es la certeza que el gobernado merece tener de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, en la inteligencia de que, si esta última debe causar una afectación en ellos, lo hará ajustándose a los procedimientos establecidos previamente en la Constitución y las leyes secundarias. Cfr. BURGOA, I., *Las garantías individuales*, 34a. ed. actualizada, México, Porrúa, 2002, pp. 504-505; CASTRO, J.V., *Garantías y amparo*, 11a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 204-205; RECASENS SICHES, L., *Filosofía del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 224 y 618-619; PINA, Rafael de et al., *Diccionario de derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 451.

<sup>32</sup> El segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución federal dispone: "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho". A su vez, la primera frase del primer párrafo del artículo 16 del propio ordenamiento señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

<sup>33</sup> Es de notar que el bloqueo de la cuenta es total, de modo que, si el afectado depende de ella, su derecho al mínimo vital se comprometería. Cfr. REY, F., "Dignidad humana", en FERRER MACGREGOR, E. et al. (coords.), op. cit., p. 601; CARMONA CUENCA, E., "El derecho a un mínimo vital", en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 1579.

<sup>34</sup> Cfr. Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), de título y subtítulo: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, p. 420. Registro: 2002264

<sup>35</sup> El carácter obligatorio de la jurisprudencia deriva de los tres primeros párrafos del artículo 217 de la LA, que disponen:

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

- Ferrer Mac-Gregor, E. *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, 2014.
- Fix-Zamudio, H. *et al.*, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2016.
- GAFI, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*. Consultables en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.
- García Silva, G., “La reforma al sistema de justicia penal en México”, *Iter Criminis*, No. 6, Cuarta Época, noviembre-diciembre 2008, pp. 78-80.
- Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en [https://www.uiaf.gov.co/asuntos\\_internacionales/organizaciones\\_internacionales/grupo\\_accion\\_financiera\\_7114](https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114). Consultado el 22 de septiembre de 2020.
- Guevara Niebla, Gilberto, “El Presidente y los derechos humanos”, en [https://www.cronica.com.mx/notas-el\\_presidente\\_y\\_los\\_derechos\\_humanos-1165299-2020](https://www.cronica.com.mx/notas-el_presidente_y_los_derechos_humanos-1165299-2020). Consultado el 29 de septiembre de 2020.
- INFOBAE, “UIF desbloqueó 800 millones de pesos a Kamel Nacif, señalado por trata de blancas y corrupción”, en <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/09/22/uif-desbloqueo-800-millones-de-pesos-a-kamel-nacif-senalado-por-trata-de-blancas-y-corrupcion/#:~:text=La%20UIF%20inform%C3%B3%20que%20294,del%202019%20a%201a%20fecha&text=La%20Unidad%20de%20Inteligencia%20Financiera,corrupci%C3%B3n%20y%20trata%20de%20blancas>. Consultado el 28 de septiembre de 2020.
- La Razón* online, “Jurisprudencia promovida por Medina Mora permitió desbloqueo de 800 mdp a Kamel Nacif”, en <https://www.razon.com.mx/mexico/controvertida-decision-judicial-liberaron-recursos-kamel-nacif-santiago-nieto-406190>. Consultado el 22 de septiembre de 2020.
- Milenio* digital, “¿Quién es Eduardo Medina Mora?”, en <https://www.milenio.com/politica/quien-es-eduardo-medina-mora>. Consultado el 25 de septiembre de 2020.
- MORALES, A., “AMLO advierte a opositores: prepárense porque ‘no vamos a dar tregua’”, en <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/amlo-advierete-opositores-preparense-porque-no-vamos-dar-tregua>. Consultado el 28 de septiembre de 2020.
- Naciones Unidas/Uficina contra la droga y el delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Nueva York, 2004. En <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>. Consultado el 22 de septiembre de 2020.
- Organización de las Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas. Consultable en <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-v/index.html>
- Pina, Rafael de *et al.*, *Diccionario de derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 2003.
- Recaséns Siches, L., *Filosofía del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2001.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo en revisión 1214/2016”, en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=208531>

## 6. Normativa

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo. Disponible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp\\_conve\\_inter\\_repre\\_finan\\_terro.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf), p. 5. Consultado el 22 de septiembre de 2020.
- Ley de Amparo, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_150618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf)
- Código Penal Federal, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>
- Código Nacional de Procedimientos Penales, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP\\_220120.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf)
- Ley de Instituciones de Crédito, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lic.htm>
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfcdo.htm>
- Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, en <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Ley%20>

Federal%20para%20la%20Prevenci%C3%B3n%20e%20Identificaci%C3%B3n%20de%20Operaciones%20con%20Recursos%20de%20Procedencia%20II%C3%ADcita.pdf

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, en [http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2015/LEY\\_RESPONSABILIDAD\\_CIVIL\\_VIDA\\_HONOR\\_IMAGEN\\_28\\_11\\_2014.pdf](http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2015/LEY_RESPONSABILIDAD_CIVIL_VIDA_HONOR_IMAGEN_28_11_2014.pdf)

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2d0a0e29cbb8bfb3d6b78aec500a58bb.pdf>

Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en [http://www.shcp.gob.mx/lashcp/marcojuridico/marcojuridicoglobal/reglamentos/83\\_rishcp.pdf](http://www.shcp.gob.mx/lashcp/marcojuridico/marcojuridicoglobal/reglamentos/83_rishcp.pdf)

## 7. Publicaciones oficiales

ACUERDO A/078/13 del Procurador General de la República, por el que se establece la organización y el funcionamiento de la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, en [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5307042&fecha=17/07/2013](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5307042&fecha=17/07/2013), consultado el 24 de septiembre de 2020.

*Diario Oficial de la Federación*, en [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx)  
*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, en <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>  
*Semanario Judicial de la Federación*, en <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos\*

Martín Alexander Martínez Osorio

*Profesor de Derecho Penal y Política criminal de la Universidad Tecnológica de El Salvador en Centro América y docente de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.*

**RESUMEN:** *El presente artículo se enfoca en los recientes cambios legislativos que se han realizado en las legislaciones penales de Centroamérica a fin de contener el fenómeno de la inmigración ilegal, en especial, la que se realiza hacia Estados Unidos. El autor considera que en este tema, el uso del Derecho penal debe ser mesurado, y únicamente, cuando se trata de organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilegal de migrantes.*

**PALABRAS CLAVE:** *migración ilegal, criminalidad organizada, derecho penal.*

**ABSTRACT:** *This essay focuses on recent changes that have been made to criminal legislation in Central America to contain the phenomenon of illegal migration, in particular the one destined for the United States of America. The author considers that in this issue, the use of criminal law must be measured and used solely in the case of criminal organizations engaged in smuggling of migrants.*

**KEY WORDS:** *illegal migration, organised crime, criminal law.*

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Globalización, migración y criminalidad organizada. III. La respuesta internacional: la convención de palermo y sus diversos protocolos. IV. Las regulaciones legales en centroamérica. V. Conclusiones.*

Rec: 13 oct 2020 | Fav: 25 oct 2020

\* En el presente artículo se utilizarán las siguientes abreviaturas: A.A.V.V. = Autores Varios, CSJ = Corte Suprema de Justicia de El Salvador; D.L. = Decreto Legislativo y SC/CSJ = Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

## 1. Introducción

1. En El Salvador, mediante el D.L. núm. 568-2001, se introdujo el delito de tráfico ilegal de migrantes –de “personas” según la redacción legal– dentro del capítulo XIX del Código Penal y que, según su epígrafe, se constituye en un delito contra la humanidad. La redacción del mismo sufrió una variante importante conforme el D.L. núm. 368-2017.

Inicialmente la redacción típica discurrió por cuatro situaciones que el legislador salvadoreño quiso criminalizar de forma separada. La primera relacionada con introducir –o intentar introducir–, albergar, transportar o guiar extranjeros al territorio nacional en contravención a la normativa administrativa pertinente. La segunda, referida al albergue, el transporte o la guía de salvadoreños que decidan voluntariamente emigrar. Pero en ambos casos, se establece como elemento normativo del tipo “...el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”. El tercer párrafo referido a las conductas de favorecimiento de la migración ilegal mediante la dotación de documentación falsa para quienes salen –o intenten salir– mediante su uso sean nacionales o extranjeros. De igual forma, se enuncia un supuesto de suplantación de identidad en la última parte del párrafo. En último término, se plasmó una cualificante penológica cuando en la comisión del delito los sujetos pasivos sufran “privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas, o de naturaleza culposa”. En estos casos, la pena a imponer deberá incrementarse en las dos terceras partes

Una reciente reforma legislativa de 2017 mantuvo en esencia la redacción inicial, pero añadió tres variantes significativas: (a) el aumento de la prisión de prisión que inicialmente era de cuatro a ocho años se incrementó de seis a diez años; (b) se adicionó como conducta típica la “promoción” del tráfico ilegal de migrantes, tanto en el párrafo primero como en el párrafo segundo del precepto; y (c) estableció un nuevo párrafo tercero que detalla dos circunstancias cualificantes: la primera basada en la vulnerabilidad del migrante sea por factores ontológicos –edad, incapacidad mental, ceguera, sordidez– o derivada por razones “psicosociales”; y la segunda por la calidad del sujeto activo –funcionario, empleado público o agente de autoridad–. En estos casos, la magnitud de la pena aplicable oscila entre los ocho a 12 años de prisión.

El panorama es similar en Guatemala. El D.L. núm. 10-2016 modificó sustancialmente los delitos contenidos en el capítulo I del título X de la Ley de Migración (D.L. 95-98). Así, el artículo 103 define el tráfico ilícito de migrantes como la promoción o facilitación en cualquier forma del ingreso, permanencia o salida ilegal de una o más personas extranjeras, con el fin de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material. Por otra parte, en el artículo 107 Bis –introducido por el D.L. 10-2016– se regula el tráfico ilegal de guatemaltecos, especificando como conductas típicas la captación, el alojamiento, la ocultación, el traslado o transporte por cualquier vía o medio a ciudadanos nacionales que busquen emigrar a otro país sin cumplir los requisitos legales; debiendo concurrir en el sujeto activo un “ánimo de lucro” o la búsqueda de cualquier otro beneficio material o personal. Adicionalmente, y por cualquier duda, el párrafo último del artículo 107 Bis establece: “[t]ambién comete este delito quien con el mismo fin promueva, favorezca, facilite, guíe, ofrezca, instruya, planee o coordine de cualquier manera el tráfico ilegal de guatemaltecos”. La regulación se completa con la tipificación de los delitos de “facilitación ilícita de permanencia” (art. 106) y “facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros” (art. 107) junto con una enumeración sumamente amplia de circunstancias agravantes (art. 108).

Esta regulación normativa, que puede considerarse como la más detallada en los textos legales centroamericanos, regula tres situaciones interesantes: (a) el delito de tráfico ilegal de guatemaltecos no será aplicable a los migrantes, padres, tutores, responsables o familiares en grado de ley de los migrantes de dicho país; (b) no serán punibles las acciones que realicen los migrantes o los miembros de su grupo familiar para entrar, permanecer, transitar o salir del territorio nacional, sin perjuicio de la comisión de otros delitos; y (c) el pago, el requerimiento o el consentimiento prestado por la persona migrante, su representante legal o un tercero, no podrá ser considerado como eximente o atenuante de la responsabilidad penal del traficante.

De forma distinta, en el recién estrenado Código penal de Honduras –D.L. núm. 130-2017– se castiga el tráfico ilícito de migrantes en su artículo 297. Su redacción se limita a castigar las conductas de promover, favorecer y facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con

destino a Honduras o a otro país, vulnerando con ello la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas. La comisión de estas conductas debe estar inspirada en la búsqueda de un aprovechamiento económico u otro beneficio de orden material –requisito establecido también en la legislación guatemalteca más no en la salvadoreña–. Los párrafos segundo y tercero del artículo 297 se regulan dos circunstancias agravatorias específicas: (a) los hechos sean realizados por un grupo delictivo organizado; y (b) el delito sea cometido por un funcionario o empleado público.

Lo mismo aconteció en Nicaragua (arts. 19 y 22 de la Ley 240-513 de 2004); Costa Rica (art. 245 de la Ley de Migración y Extranjería) y Panamá (art. 456-F de la Ley 36 de 2013 de reforma al Código penal). En algunos de estos ordenamientos, se agregan a los delitos, específicas regulaciones acerca de la incautación y comiso bienes de medios, instrumentos, productos o ganancias que se relacionen con el tráfico clandestino de migrantes.

2. Estos incesantes esfuerzos parlamentarios revelan que la inmigración ilegal –también denominada “irregular” o “clandestina”– es uno de los temas de mayor interés y preocupación en los países centroamericanos. En la actualidad, el tema ostenta una preponderancia noticiosa, a raíz de las caravanas de ciudadanos hondureños, salvadoreños y guatemaltecos que partieron con rumbo a Estados Unidos en el año 2019 y las recientes de 2020. El resultado de la infructuosa travesía ha sido una crisis humanitaria sin precedentes entre la frontera de México y E.E.U.U. y, recientemente, los choques entre migrantes y la Guardia Nacional mexicana en río Suchiate que divide a Chiapas (México) y Tecún Umán (Guatemala). Las repercusiones de estas inmigraciones masivas originaron un proceso de militarización de las fronteras en los países afectados (México) así como la creación de unidades de policías fronterizas para evitar que sus mismos connacionales puedan emigrar a la nación norteamericana (Guatemala y El Salvador)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Al momento de escribir estas líneas (enero, 2020) una nueva caravana compuesta por al menos dos mil quinientos centroamericanos –la mayor parte de hondureños– se encuentra en la frontera entre Guatemala y México en un intento desesperado de llegar a Estados Unidos. A ella se va a unir un pequeño grupo de salvadoreños –alrededor de cincuenta– que salieron desde el monumento más representativo de El Salvador –El Salvador del Mundo– hacia la frontera con Guatemala. En el caso de esta última, la mayor parte de ellos está compuesta por hombres jóvenes acompañados por un

Sin discusión alguna, la suscripción de los Estados a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) –*Convención de Palermo*– y al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que la complementa –*Protocolo*– imponen la necesidad de una regulación penal acerca del tráfico ilegal de migrantes. Pero, pese a la existencia de un indiscutible mandato de criminalización desde el ámbito del Derecho internacional, subsiste la interrogante de qué tan legítimo es que el Derecho penal regule una parcela de la realidad social más acorde con el Derecho de extranjería y migración. Más aún, no está demás hacer referencia a la objeción planteada por algunos sectores de la doctrina especializada, de que en el ámbito de tipificación de conductas en este sector, pueden resultar vulnerados algunos principios constitucionales que rigen el uso del poder punitivo del Estado social y democrático de derecho, tales como, el de mínima intervención proporcionalidad de la respuesta sancionatoria y de culpabilidad<sup>2</sup>.

Hemos de sostener, conforme un cierto sector de prestigiosos juristas, que: (a) el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho a circular libremente y a elegir la residencia en el territorio de un Estado, como también el de salir y regresar a su país. Este derecho, como cualquier otro, puede ser limitado por razones debidamente justificadas por parte de los países que sufren la inmigración ilegal; pero tampoco puede limitarse de forma arbitraria, y mucho menos, mediante una aplicación excesiva del poder penal estatal; y (b) que las soluciones más adecuadas a la migración ilegal devienen de un replanteamiento de la política migratoria de los países de destino, la cual debiera de tener como fundamento valores como la solidaridad, la compa-

escaso número de mujeres y niños a diferencia de las del 2018. La convocatoria y conformación de estos grupos de migrantes se ha hecho mediante cuentas anónimas en redes sociales tales como *Facebook* y *Whats app*. En El Salvador, el promotor de la pequeña marcha ha sido detenido y enfrenta cargos por el delito de tráfico ilegal de personas. En todo el interín de estas caravanas debemos resaltar la censurable pasividad que muestran los gobiernos del triángulo norte de C.A. ante las muertes y vulneraciones masivas de los más elementales derechos fundamentales de las personas que han integrado esas marchas.

<sup>2</sup> Sobre la discusión desde el prisma de los principios constitucionales que rigen la aplicación del Derecho penal, *Vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Edit. Atelier, Barcelona, 2007, específicamente Págs. 177-186.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

sión y la tolerancia –algo escaso en estos días–<sup>3</sup>. En cuanto a los países de origen, en la modificación de las estructuras de exclusión social y económica de amplios sectores de la población, las cuales influyen decisivamente en la decisión de arriesgar la vida o la integridad física del migrante, y en algunos casos, hasta la de su familia que decide acompañarlo en la arriesgada travesía<sup>4</sup>.

No obstante lo expuesto, sí se vuelve justificada la intervención del Derecho penal, cuando existen grupos y organizaciones criminales que se dedican al lucrativo negocio del tráfico ilegal de personas, mediante el ofrecimiento de transporte, dirección, contactos y recursos materiales para facilitar el ingreso clandestino a un país a una persona o a un grupo, a cambio de una contraprestación monetaria o de bienes –muebles o inmuebles– por ello<sup>5</sup>. Es claro que la inmigración clandestina puede ser una faena individual, pero la experiencia en Centroamérica nos demuestra todos los días, la existencia de redes transnacionales de crimen organizado que se dedican a esto con un claro afán lucrativo: quien busca una mejor vida en otro país, se convierte en “cliente” de las mismas, y por qué no decirlo, puede terminar también en “víctima” de una singularidad de hechos que pueden suceder en el trayecto. En este punto vamos a enfocar el análisis, pero antes, es necesario ubicarnos en la realidad internacional que incide en la migración como fenómeno global y no tan solo regional.

<sup>3</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Las políticas penales europeas de inmigración*, en: Puente Alba (Coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Edit. Comares, Granada, 2008, Págs. 219-221.

<sup>4</sup> Como apunta PÉREZ CEPEDA “...ninguna fortaleza podrá detener las presiones migratorias sobre las áreas del mundo en las cuales se ha centrado el desarrollo económico. Entre otras razones porque el riesgo de la irregularidad y de la explotación resultará, respecto de los habitantes del tercero y cuarto mundo siempre menor que la propia expectativa de pobreza, sin trabajo, sin tierra. sujetos sin futuro producto de una economía que odia al futuro”. Vid. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004, Pág. 9.

<sup>5</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en: PUENTE DE ALBA (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. retos contemporáneos de la política criminal*, Edit. Comares, Granada, 2008, Págs. 259-292.

## II. Globalización, migración y criminalidad organizada.

1. De acuerdo con el sociólogo alemán Beck, la globalización es un proceso mediante el cual los Estados nacionales se entremezclan e imbrican con actores económicos transnacionales. Esto conlleva la creación de vínculos y espacios sociales más allá de las fronteras soberanas conforme una ampliación de las dimensiones de la comunicación, ecológicas, económicas, laborales, culturales y de la sociedad civil. En suma, citando al prestigioso sociólogo ya fallecido, estamos en presencia de una “sociedad mundial” sin “Estado mundial” caracterizable por la expansión de un capitalismo globalmente desorganizado. Aquí, los intereses del mercado desalojan o sustituyen a la ideología del liberalismo. Por ende, de forma progresiva, todas las dimensiones arriba apuntadas se van reduciendo a una dimensión exclusivamente económica consistente en la eliminación de trabas a la inversión en los diferentes países en los que se pueda conseguir una mayor productividad<sup>6</sup>.

De esta manera, siguiendo a Beck, quienes ostentan el poder económico global –un número de contadas empresas mundiales– pueden exportar puestos de trabajo donde los costes laborales sean muy bajos; repartir por todo el mundo productos y servicios más allá de marcas estrictamente nacionales; conseguir “pactos globales” con países o grupos de países con vista a obtener condiciones impositivas más suaves e infraestructura aprovechable. También, los jerarcas de este nuevo orden mundial, pueden castigar a los Estados cuando estos no se muestren muy amigables a las nuevas reglas del mercado. Por último, ellos pueden deslocalizar cada una de las fases del proceso productivo. Así, un sitio para la inversión, otro para la producción, otro para la declaración y otro para la residencia de los inversores; de ahí que los cuadros dirigentes podrán vivir y residir allí donde les resulte más atractivo y pagar impuestos donde les resulte menos gravoso<sup>7</sup>.

La repercusión más visible de este proceso, es que los Estados van disminuyendo su capacidad recaudatoria a fin de atraer la inversión extranjera, lo cual afecta sensiblemente en la inversión pública a favor

<sup>6</sup> Cfr. BECK, *¿Qué es la globalización?*, Edit. Paidós, Barcelona, 1998, Pág. 32.

<sup>7</sup> *Ibid.*, Pág. 18.

de sus ciudadanos. En esencia, como señala Capella, en la globalización estamos en presencia de un “soberano-privado supraestatal difuso”, el cual es titular de un poder de hecho mediante el cual impone una variedad de condiciones generales –todas las que sean necesarias– para el funcionamiento de las compañías internacionales; y en el que las autoridades estatales deben ajustarse a la máxima de “no intervención”, en otras palabras, mantenerse en una actitud de pasividad ante la desregulación de los mercados de bienes y servicios, como también, en lo relativo a la contratación laboral<sup>8</sup>.

Así, ante las pocas posibilidades de satisfacer sus necesidades vitales, los ciudadanos de los países con altos índices de pobreza y pocas opciones laborales dignas, tienden a emigrar allí donde pueden atisbar un porvenir de bienestar y abundancia que suelen ser los países del primer mundo donde el proceso de globalización ha tenido benéficos efectos económicos. Este fenómeno se conoce como el efecto de *atracción* o de *llamada* que los países económicamente desarrollados ejercen con relación a los que se encuentran en el subdesarrollo<sup>9</sup>. En otras palabras, a mayor concentración de la riqueza en un país, este resulta atractivo para quienes no tienen otro camino más que sobrevivir en sus lugares de origen. Tal fenómeno, demuestra en palabras de Beck, que la globalización ha propiciado un ensanchamiento de la brecha mundial entre ricos y pobres, y en la que no se puede llegar

a un compromiso entre ambos grupos, pues falta un marco apropiado en el que se puedan abordar y regular estos conflictos derivados de una desigualdad ya planetaria<sup>10</sup>.

2. En el espectro de la política criminal actual, el panorama antes descrito impone tres escenarios: (a) la existencia de una progresiva descriminalización de aquellas conductas que pudieran obstaculizar el libre mercado de bienes y servicios a nivel internacional; (b) la preocupación por los efectos colaterales del proceso de acumulación de capital en los países ricos con relación a los que se encuentran en vías de desarrollo (en este apartado se encuentra el problema de la inmigración ilegal); y (c) el surgimiento de una delincuencia de la globalización, compuesta por el crimen organizado transnacional, la responsabilidad criminal de las empresas y la corrupción pública. En otras palabras, como sostiene Terradillos Basoco, el surgimiento de una delincuencia “transnacional, económica y organizada”<sup>11</sup>.

Los puntos de mayor interés en la presente exposición, son el segundo y el tercero. En lo relativo al segundo, el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en las declaraciones internacionales, ahora tiene que pasar por el filtro de las políticas selectivas de inmigración de los países que proclaman la apertura de los mercados<sup>12</sup>. Por ende, contamos con un libre movimiento de bienes y servicios más no de personas. Esto genera graves proble-

<sup>8</sup> Vid. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Edit. Trotta, Madrid, 1997. Págs. 257-258. En este mismo sentido GRACIA MARTÍN afirma: “[...] los Estados nacionales han claudicado ante los poderes económicos internacionales con la adopción de políticas ultra-liberales y con la dotación de cobertura jurídica a los intereses de dichos poderes. Aquéllos han flexibilizado las exigencias y reducido considerablemente los límites que habían impuestos tradicionalmente las operaciones económicas con el exterior, lo cual –desde luego, en unión con otros factores– ha dado lugar a que en el presente hayan desaparecido prácticamente los mercados nacionales cerrados, controlados y protegidos por el Estado, y que las transacciones económicas internacionales se lleven a cabo ahora en un único mercado global, esto de alcance planetario”. Vid.: “Derecho penal de la Globalización y de la Unión Europea”, en: A.A.V.V., *Derecho penal económico*, Tomo I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, Pág. 81.

<sup>9</sup> Ello se conoce como los factores de expulsión (*push factors*) y de atracción (*pull factors*). Las primeras son las condiciones que generan el emigrar (carencia de recursos para satisfacer sus necesidades mínimas) y las segundas las que atraen de los países receptores de la inmigración (libertades políticas y oportunidades económicas). Vid. GARCÍA ARÁN, Introducción, en: A.A.V.V., *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 3.

<sup>10</sup> BECK al momento de escribir su importante obra, señalaba que en las últimas décadas del siglo XX, la producción mundial había pasado de 4 a 23 billones de dólares y la cantidad de pobres aumentó un 20 %. La participación en la renta mundial de la quinta parte más pobre de la humanidad se ha reducido en el periodo de 1960 a 1990 del 4 al 1%. En cambio, 358 multimillonarios poseen hoy más de la mitad de lo que gana la mitad de toda la humanidad. Y aunque parece suscitar poco interés, diariamente mueren en el mundo 35.000 niños por enfermedades de la civilización y no por catástrofes naturales; precisamente se trata de enfermedades relativamente fáciles de combatir o de curar con medios adecuados. Decía el sociólogo alemán: “... en dos días mueren, pues, más niños que americanos murieron durante toda la guerra de Vietnam”. Vid.: *¿Qué es la globalización?*, ob. cit., Pág. 209.

<sup>11</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*, Edit. Ara, Lima, 2010, Pág. 52.

<sup>12</sup> Cfr. ASÚA BATARRITA, La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración, en: A.A.V.V., *Inmigración y Derecho penal, bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 18.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

mas sociales en aquellos países con altos niveles de pobreza y marginalidad<sup>13</sup>.

En las migraciones intervienen una variedad de factores, entre los que destaca primordialmente: la satisfacción de las necesidades vitales y la búsqueda de un ambiente propicio para desarrollar un plan de vida. Esta decisión puede ser el fruto de conflictos bélicos, mala distribución de la riqueza en los países de origen, la corrupción pública que parasita recursos públicos destinados a solventar los problemas de los ciudadanos, el deterioro ambiental, la intolerancia política y hasta la persecución por parte de grupos criminales de ciertas personas por haberse relacionado con la justicia penal en calidad de víctimas o testigos. En lo que concierne al triángulo norte de C.A., son razones primordialmente económicas y de seguridad ante el control territorial de grupos criminales, las que impulsan a sus poblaciones a arriesgar su vida en ese “periplo migratorio”.

Sin lugar a dudas, la libre movilización de las personas puede, y siempre lo ha sido, un factor beneficioso para la economía del país que los recibe; sobre todo, cuando ello repercute en altos niveles de producción de bienes y servicios. Empero, cuando la migración trasciende más allá de las capacidades institucionales de los países receptores, la crisis social está servida. Esta realidad, y concuerdo con Terradillos Basoco, que debió terminar en un debate político y científico profundo acerca de las causas originarias de la migración ilegal, desembocó en el blindaje de las fronteras y la restricción progresiva de la estancia y entrada en los países de Europa y Estados Unidos. Estas políticas de naturaleza reactiva, pasan de largo que los movimientos migratorios tienen orígenes estructurales y la solución pasa por sacar del retraso económico, social y cultural de las regiones en que se produce<sup>14</sup>. En este contexto, al Derecho penal suele

otorgársele un papel de “refuerzo” de las políticas nacionales referidas a la migración ilegal. Como enfatiza Daunis Rodríguez, estamos asistiendo a una mayor intervención del instrumento punitivo en numerosas esferas de la sociedad, presentándose importantes recelos e incertidumbres sobre los fines asignados al moderno Derecho penal que, en muchas ocasiones, parece ir destinado a la satisfacción de *meras funciones organizativas*, en lugar de orientarse a la protección de *bienes jurídico penales*<sup>15</sup>.

3. En tercer lugar, aparece la denominada “cara amarga” de la globalización. En la actualidad, el grueso de la criminalidad no está en los individuos que en solitario realizan un delito, sino en organizaciones criminales cuyas actividades traspasan las fronteras nacionales. Así el tradicional modelo bipolar del delito en que “A mata a B”—como apunta la profesora Pérez Zuniga— resulta obsoleto frente a las redes internacionales de criminalidad que aprovechan las libertades económicas desarrolladas en las últimas décadas y los avances en el ámbito de las telecomunicaciones para expandirse por todo el mundo<sup>16</sup>. Esta nueva realidad impone una nueva dinámica criminológica que se caracteriza por el protagonismo de grupos y organizaciones que operan con filiales en diversos países, trafican con bienes y servicios de naturaleza ilícita, actúan inspirados en un desmedido ánimo de lucro y ostentan un amplio poder corruptor en las esferas política-económicas de una nación<sup>17</sup>.

Tal y como remarca Gracia Martín, si la dimensión más relevante de la globalización es económica, no sorprende que la criminalidad organizada sea económica ni que tenga un carácter netamente empresarial. Así —retomando el autor español lo expuesto por Albrecht— los mercados de drogas, inmigración, prostitución, fraude de inversiones, lavado de dinero o blanqueo de capitales, por decir algunos delitos representativos, precisan de una gran logística y de un buen *management* empresarial. Y para ello están

*ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004, pág. 15.

<sup>13</sup> Cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Edit. Comares, Granada, 2009, Pág. 54.

<sup>14</sup> Cfr. PÉREZ ZUÑIGA, “Tratamiento política criminal de la delincuencia transnacional en la sociedad global: un inventario de problemas y propuestas”, en: *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2011, Pág. 559.

<sup>15</sup> TERRADILLOS BASOCO, El “Derecho penal de la globalización”, en: *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*, Edit. Ara, Lima, 2010, Pág. 52.

<sup>13</sup> Como dijera MARC CARILLO: “solo un tercio de la población del planeta vive en condiciones de calidad de vida dignas y de acuerdo a formas de gobierno democráticas, por esta razón no es de extrañar que una parte de los dos tercios restantes ante en busca de un lugar en el sol, sobre todo cuando éste los ignora o, ni siquiera llega a alumbrarles” *Vid.* CARRILLO LÓPEZ, *Reflexiones constitucionales sobre la inmigración en España y la Unión Europea*, Revista de Derecho de la Unión Europea, N° 5, 2º semestre, 2003, Pág. 79.

<sup>14</sup> Como muy bien señala PÉREZ CEPEDA “...[e]l impacto negativo de estos grupos en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, lo que conlleva la necesidad de adoptar políticas preventivas comunes en el ámbito internacional”. *Vid.* *Globalización, tráfico internacional*

las formas y modelos que ofrece la economía legal<sup>18</sup>. Así, en la actualidad, hay empresas que actúan conforme a la legalidad que pueden resultar implicadas en hechos delictivos. Pero también, las actividades intrínsecamente delictivas, requieren utilizar sólidas redes logísticas y eficientes estructuras organizativas, lo que motiva la adopción y puesta en práctica de formas típicamente empresariales<sup>19</sup>. En términos diversos, antes podía distinguirse de forma diáfana entre una criminalidad económica y empresarial –desarrollada en un contexto inicialmente lícito– y la criminalidad organizada –con actividades completamente ilícitas–. Hoy la distinción es difusa.

En efecto, desde una perspectiva criminológica, se sostiene que el *modus operandi* de la criminalidad organizada consiste en ubicar su función de gestión y producción en zonas geográficas de bajo coste y de disminuido riesgo de persecución penal, lo cual se logra controlando el entorno público institucional que es inexistente o es débil. Por otra parte, se buscan mercados preferentes en las zonas donde existe una demanda que puede pagar mejores precios por esos bienes y servicios. En términos más gráficos, y siguiendo a Pérez Zuñiga, se identifica el bien o servicio ilícito, su demanda y su oferta en el mercado mundial para comercializarlo mediante una red de personas, funcionarios, profesionales, empresas, instituciones y hasta Estado a su servicio<sup>20</sup>. Las ganancias reportadas de tales actividades, son sometidas a un proceso de “reciclaje” o “lavandería” mediante diferentes procesos de ingeniería financiera a fin de eliminar su procedencia delictiva, esto permite *a posteriori* introducir las al mercado económico de un país como activos lícitos y disfrutarlas sin problema alguno<sup>21</sup>.

En materia de tráfico ilegal de personas, las organizaciones y grupos criminales encuentran una ventanilla de oportunidad única. Primero, permiten el ingreso clandestino a un país mediante el pago de una compensación económica –lo que en muchos casos puede terminar con la explotación sexual o laboral del migrante cuando se vea imposibilitado a pagar el importe del traslado, es decir, en trata de personas–; y

segundo, suelen ser un punto de enlace con empleadores que necesitan “mano de obra barata” a la que no hace falta reconocerle prerrogativa laboral alguna en comparación a los trabajadores nacionales. Es aquí donde el migrante pierde por partida doble: es alguien que se encuentra en una situación de irregularidad migratoria y, adicionalmente, como un trabajador sin posibilidad de exigir el reconocimiento de los más elementales derechos laborales<sup>22</sup>.

### 3. La respuesta internacional: la Convención de Palermo y sus diversos protocolos.

Kofi Annan, quien fuera Secretario General de las Naciones Unidas, aseveró que si “la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo debe hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia”<sup>23</sup>. En efecto, desde los organismos internacionales, se ha propuesto intensificar la cooperación internacional como una herramienta eficaz para socavar las capacidades con las que cuenta la criminalidad organizada. De ahí que, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) –también conocida como *Convención de Palermo*– marcó un hito importante en esa dirección.

1. El referido instrumento internacional estableció una definición legal de grupo organizado estructurado [art. 2 letras a) y c)], a la que agrega la característica de transnacionalidad (art. 3). Por otra parte, enuncia la necesidad de tipificación de las conductas lavado

<sup>18</sup> *Ibid.*, Págs. 92-93.

<sup>19</sup> *Cfr.* GRACIA MARTÍN, “Derecho penal de la globalización y de la Unión Europea”, en: A.A.V.V., *Derecho penal económico*, tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2012, Págs. 90-91.

<sup>20</sup> *Cfr.* ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, ob. cit., Pág. 564.

<sup>21</sup> *Vid.* GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, 2° Edición, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, Pág. 57-64.

<sup>22</sup> Sobre esto afirma TERRADILLOS BASOCO que la connotación económica de estos flujos migratorios, vinculados con la necesidad de trabajar, se encuentran estrechamente relacionada con otra variable, la de extranjería. Así, a su condición de trabajador real o potencial, al inmigrante se le une su condición de extranjero en el país de destino, por ende, el sujeto carece de un status jurídico de ciudadano. Esto repercute en la extensión y en el goce de los derechos legales reconocidos en un determinado país. *Vid.* BAYLOS/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2° Edición, Edit. Trotta, Madrid, 1997, Págs. 95-96.

<sup>23</sup> *Cfr.* UNODC, Prefacio de la publicación: “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Nueva York, 2004, Pág. iii.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

de activos, corrupción y personas jurídicas que tengan relación con los delitos estipulados en el instrumento, como de toda aquella actividad que obstruya la acción de la justicia (arts. 6, 8, 10 y 23). Asimismo, brinda una extensa regulación de las medidas patrimoniales tales como el comiso y la incautación (art. 12). De forma posterior, retoma aspectos relativos a la jurisdicción competente (art. 15), extradición (art. 16), asistencia judicial recíproca (art. 18), investigaciones conjuntas (art. 19), técnicas especiales de investigación (art. 20), asistencia y protección de víctimas y testigos (arts. 24 y 25), cooperación internacional (art. 27), recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada (art. 28), capacitación y asistencia técnica (art. 29) y prevención (art. 31).

Cada uno de esos puntos, gira en torno de la definición normativa de *grupo delictivo organizado de carácter transnacional*: se encuentre estructurado por tres o más personas, que existan durante cierto tiempo, que actúe concertadamente con el propósito de cometer delitos graves —es decir, cuya pena abstracta sea al menos de cuatro años o más— y busque con ello percibir un beneficio económico o de otro orden material. A la definición de grupo delictivo organizado, se le agrega la característica de *transnacionalidad*, definida en el artículo 3 que acaece: (a) cuando el delito se cometa en más de un Estado; (b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) se somete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

2. Con relación al tema que nos ocupa, es relevante hacer referencia al *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* que complementa a la Convención en referencia. La misma se encarga de definir, en su artículo 3, como *tráfico ilícito de migrantes* “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Se distingue de la anterior definición la que corresponde al de *entrada ilegal*, es decir, el paso de fronteras sin haber cumpli-

do los requisitos necesarios para entrar legalmente en un Estado receptor.

El artículo 6 del referido protocolo establece la necesidad de tipificación tanto de la conducta de tráfico ilegal de migrantes (letra a); pero también, de conductas referidas a la creación, facilitación, suministro o la posesión de un documento de viaje o identidad (letra b) y la habilitación de una persona que no sea nacional o residente de un Estado a permanecer en el mismo sin haber cumplido los requisitos legales para tales efectos. Pero siempre y cuando, se recurra a cualquiera de los medios mencionados en el apartado anterior (letra c). Junto a lo anterior, se enuncian ciertas recomendaciones que pueden ser incorporadas a la legislación nacional si sus principios jurídicos lo permiten: (a) la tentativa de cualquiera de los delitos antes mencionados; y (b) el favorecimiento en la comisión de cualquiera de los supuestos delictivos anteriormente contemplados.

Es pertinente destacar dos reglas específicas que se recogen en los artículos 5 y 6 del documento. Una de ellas es la relativa a que los migrantes no estarán sujetos al enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el referido texto internacional (art. 5). Sin embargo, la segunda regla establecida en el segundo núm. 4 del art. 6 establece que nada de lo dispuesto en el presente protocolo “impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”.

3. De forma conjunta al anterior documento, se suma a la Convención de Palermo, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños*, el cual define a la trata de personas como la “...captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. Este último concepto comprende la prostitución ajena u otro tipo de actividades sexuales, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (letra a) del art. 3).

Se añade a la definición de la conducta y de la finalidad de explotación, dos reglas importantes en orden a la configuración de la figura delictiva: (a) tratándose de víctimas mayores de edad, el consentimiento de ellas resulta irrelevante si se han utilizado cualquiera de los medios comisivos enunciados en la redacción de la letra a) del artículo 3 –violencia física, intimidación, engaño, abuso de superioridad, vulnerabilidad de la víctima, etc.–; y (b) en el caso de los menores de edad su consentimiento es totalmente inválido de forma independiente a la existencia de cualquiera de los medios comisivos *supra* relacionados.

4. Efectuando una apretada síntesis de los elementos esenciales de los tres instrumentos internacionales, y que del que también muestra consonancia un amplio sector doctrinario, podemos establecer las siguientes consideraciones:

(1) en la normativa internacional se distingue claramente entre las conductas de tráfico ilegal de migrantes (*smuggling of migrants*) y la trata de personas (*trafficking in human being*), la primera supone un favorecimiento a la entrada ilegal o clandestina a un país a cambio de un beneficio económico u de otro orden material; mientras que la segunda comprende actividades que van encaminadas a la explotación inmisericorde de una persona. Para esta última, no se requiere obligatoriamente el cruce de fronteras como en la primera; sin embargo, la realidad nos demuestra que regularmente va a existir una movilización de personas de un país a otro para su posterior despersonalización.

(2) los medios comisivos tales como la violencia física, la intimidación, el engaño, el abuso de autoridad o la vulnerabilidad de las víctimas entre otros, son ajenos al tráfico ilegal de personas, ya que aquí el comportamiento nuclear recae en el *favorecimiento de la entrada irregular* a un país, esto es, la inobservancia de los requisitos necesarios para transitar o entrar legalmente a un Estado receptor. Así, desde la óptica del Derecho internacional, puede advertirse que estamos en presencia de fenómenos delictivos distintos, y por ende, su incorporación al Derecho interno dará lugar a dos tipos penales distintos.

(3) el análisis de la normativa internacional efectúa una clara distinción entre los sujetos pasivos de ambos crímenes, en el tráfico ilegal no se habla de “víctimas” sino de “migrantes” a los cuales debe abstenerse de enjuiciar penalmente por el hecho exclusivo de ir

de un país a otro, más no se prohíbe adoptar cualquier otra medida de extranjería que sea oportuna. En cambio, en la trata de personas se reconoce como víctimas a quienes soportan cada una de las conductas típicas establecidas en la definición. Por ello es que los artículos 6, 7 y 8 del protocolo pertinente establece una serie de medidas relativas a la asistencia, protección y repatriación de las víctimas de trata de personas. Esta distinción reporta sustanciales efectos en el tratamiento legal de quienes deciden emigrar de forma ilegal a un país y de aquellos que lo hacen por haber sido inducidos mediante un engaño o bajo coacción.

(4) ambas figuras aparecen inexorablemente relacionadas con organizaciones y grupos criminales de naturaleza transnacional. Y ello es lógico, pues ambas actividades forman parte de la diversidad de rubros delictivos que les producen cuantiosas ganancias económicas al igual que el tráfico de drogas o de armas. Para el caso, una misma “empresa criminal” –que gestione la ruta Centroamérica-México-Estados Unidos– puede dedicarse tanto al tráfico como a la trata de personas, pues la logística en el traslado de personas de un país a otro es la misma. Lo que cambia es la destinación de las personas que transportan. En conclusión, estamos en presencia de crímenes ejecutados por entidades colectivas que operan en diferentes países, con una gran cantidad de medios personales y materiales además de una logística sumamente precisa. Ello repercute de gran manera en su combate, pues las actividades de persecución y juzgamiento se ven ampliamente limitadas por la soberanía territorial de los países. A lo que se añaden los problemas de individualización de la responsabilidad penal de quienes participan en cada fase de estos procesos delictivos.

#### 4. Las regulaciones legales en centroamérica.

Tomando en cuenta las puntualizaciones anteriormente señaladas, conviene hacer el intento de enunciar los aspectos comunes que comparten las legislaciones centroamericanas con relación al delito de tráfico ilegal de migrantes (llamado también de “personas”).

##### 1. Bien jurídico.

La determinación del bien jurídico es, sin lugar a dudas, en primer paso metodológico para determinar los alcances de aplicación de un tipo penal. Por bien

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

jurídico-penal entendemos aquél interés social digno y merecedor de protección por parte del Estado mediante el uso de la pena.

Con relación al delito en estudio, se han ensayado al menos dos grandes posiciones doctrinales acerca del interés social que resulta protegido: (a) el control ordenado de los flujos migratorios por parte de los Estados; (b) los derechos fundamentales de los migrantes que pueden resultar lesionados o puestos en peligro por las condiciones en que realiza su traslado a otro país. Y la tercera, (c) que parte del entendimiento de que nos encontramos en presencia de un delito pluriofensivo que comprende a las dos dimensiones anteriormente reseñadas.

Desde la primera óptica, la inmigración estatal afecta la soberanía de los Estados, ya que les imposibilita controlar a quienes entran, salen o terminan residiendo en sus respectivos territorios. Adicionalmente, la inexistencia de ese control genera un sinnúmero de problemas colaterales como es la necesidad de aumentar el gasto social —en especial: educación y salud— de quienes ingresan, la articulación mecanismos eficaces de integración cultural de los migrantes en el país receptor o el aumento de la tasa de desocupación de los nacionales por el ingente número de trabajadores extranjeros dispuestos a ser contratados bajo exiguas condiciones laborales entre otros efectos. Así, Arroyo Zapatero, ha sostenido que este tipo de figuras delictivas parten de la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar. Y esto solo se puede conseguir mediante una política migratoria que contenga los imparable flujos de personas que terminen ahogando la capacidad financiera y asistencial de un Estad<sup>24</sup>.

Esta postura se encuentra en consonancia con la política internacional de la materia que se desarrolla desde la década de los 90 del siglo pasado, que advierte que los desplazamientos en masa es un problema mundial<sup>25</sup>.

Sin embargo, la objeción que se puede efectuar a esta postura es por qué necesariamente deben encargarse el Derecho penal del combate al fenómeno de la migración ilegal y no el Derecho administrativo. Desde la visión del principio de subsidiaridad y proporcionalidad que presiden la respuesta punitiva propia de un Estado social y democrático de Derecho no resulta justificable tal intervención en forma absoluta, aunque sí, en excepcionales situaciones que lo puedan ameritar como veremos más adelante.

Ahora bien, en coherencia con este punto de vista, habría que castigar penalmente al migrante por ser quien vulnera la normativa migratoria juntamente con quien le presta colaboración. Sin embargo, aún y cuando el migrante es un copartícipe de los actos de vulneración del ordenamiento migratorio, debe reconocerse que lo hace impulsado por las condiciones de marginación, pobreza y exclusión social de su entorno originario, y se añade a esto, que debe sufrir en la mayor parte de casos, vejámenes y atropellos a su integridad personal en todo el proceso de traslado. Verdaderamente, resulta contrario a la sensibilidad jurídica revictimizar a quien es ya una víctima de la desigualdad social y económica en su país de origen.

Con relación a la segunda postura doctrinaria, se aduce que los procesos de tráfico ilegal, vulneran los intereses estrictamente personales de los migrantes. Desde esta perspectiva, se reconoce que ellos cuentan con una serie de derechos fundamentales tales como la libertad, la seguridad y la dignidad, cuya garantía y tutela corresponde a los poderes públicos de cualquier Estado que se considere democrático<sup>26</sup>. De ahí que, sus derechos son el objeto de tutela de la norma penal, sin que quepa considerarlo infractor de la misma. A lo más, nos encontramos en presencia de un sujeto pasivo sobre el cual recae el comportamiento de personas o grupos criminales interesados en obtener particulares beneficios económicos<sup>27</sup>. Dentro de esta

<sup>24</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, A.A.V.V., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, Pág. 33.

<sup>25</sup> En este punto, siguiendo las puntualizaciones efectuadas por SERRANO PIEDECASAS, las políticas para permanecer en los países de origen deben equilibrarse con las políticas de movimientos ordenados, ya que estos movimientos se llevarán a cabo de todos modos y si no se efectúan de manera ordenada se harán si la menor duda de manera desordenada. *Vid.* Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: LAURENZO COPE-

LLO, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 314.

<sup>26</sup> Cfr. SÁNCHEZ LAZARO, El nuevo delito de tráfico ilegal de personas, en: LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 289

<sup>27</sup> Cfr. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, Barcelona, 2002, Págs. 25-37. Para este autor, el ámbito de tutela penal de estas figuras son los derechos fundamentales de los extranjeros que pudieran verse afectados como consecuencia de ciertas conductas relacionadas con el fenómeno migratorio, y que se ven lesionados al convertirse el sujeto en objeto de una específica modalidad de

concepción, existen posturas como la Serrano Piedecosas, que aduce que el bien jurídico vulnerado es el derecho que todo emigrante legal tiene de alcanzar una plena integración social. Por ende, los procesos de migración irregular obstaculizan la posibilidad del disfrute de las libertades básicas establecidas por las constituciones para los extranjeros en situación de regularidad<sup>28</sup>. Por otro lado, Pérez Cepeda afirma que este tipo de preceptos protegen la dignidad humana de los migrantes dada la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Desde esta postura, los traficantes se valen de la angustiosa necesidad en que se encuentran los extranjeros irregulares, lo cual genera una serie de condiciones propicias para la explotación y vulneración de sus derechos fundamentales<sup>29</sup>.

Las réplicas a estas posturas parten del hecho de hasta qué punto existe un ataque a la libertad o a la dignidad en los casos en que concurre el consentimiento del migrante. Si el consentimiento está libremente prestado y no hay relación clara de desigualdad no puede decirse que el extranjero haya sido tratado como un objeto o una mercancía. Incluso, sostienen juristas como Cancio Meliá y Maraver Gómez, que aunque el autor actuará con ánimo de lucro, la conducta no atentaría contra la dignidad del migrante que presta su consentimiento libremente<sup>30</sup>. Lo relevante sería que no existiera o se viera disminuida su capacidad de decidir. Y en relación con el planteamiento de Serrano Piedecosas se sostiene que no es quien favorece la entrada ilegal quien priva al extranjero de la posibilidad de acceder a esos derechos. Al contrario, él carece de esos derechos antes de que se favorezca su entrada ilegal. Verdaderamente son las propias normas que regulan la entrada y permanencia las que determinan cuando el extranjero puede o no disfrutar de esos derechos e integrarse en un determinado país<sup>31</sup>.

Por último, tenemos quienes consideran al tráfico ilegal de migrantes como un delito que lesiona el in-

terés del Estado en el control de los flujos migratorios como en los derechos individuales del migrante. Se trata entonces de un bien jurídico de naturaleza dual. En tal sentido, León Villalba, apunta que se protege un interés general de que los movimientos migratorios no sean incentivados o aprovechados por personas o grupos interesados en obtener particulares beneficios, como la protección de la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes, como bienes jurídicos protegidos mediatamente<sup>32</sup>.

Ahora bien, a fin de deslindar el bien jurídico protegido en la normativa centroamericana sobre el tráfico ilegal, conviene enfatizar que en su texto todos ellos hacen una referencia *primordial* a castigar penalmente el cruce de su territorio por formas distintas a las que prescriben sus leyes migratorias y de extranjería. Así se desprende del art. 367 CP de El Salvador –“con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”–; el artículo 297 CP de Honduras –“vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas”–; artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica –“conduzca...por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos”–; artículo 7 de la Ley 240-513 de Nicaragua –“[e]l tráfico de migrantes ilegales es el ingreso y traslado de extranjeros a través del territorio nacional sin llenar los requisitos que exige la ley”– y artículo 107 Bis de la Ley de Migración de Guatemala –“capte, aloje, oculte, traslade o transporte por cualquier vía o medio, a guatemaltecos para emigrar a otro país sin cumplir con los requisitos legales”– Su redacción es igualmente coincidente a lo que define la letra b) del artículo 3 del Protocolo –“el paso de fronteras, sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”– y la letra a) del mismo precepto que define el “tráfico ilícito” como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente”.

Si se atiende al tenor literal de estos preceptos y en consonancia con los instrumentos internacionales que han inspirado la legislación centroamericana se llega a la conclusión de que el único bien jurídico que puede considerarse protegido por la norma es la *potestad estatal del control migratorio* –o como

tráfico (Pág. 72).

<sup>28</sup> Vid. SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos*, citado, Pág. 332.

<sup>29</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en: GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006 Págs. 172-173.

<sup>30</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, Edit. Atelier, 2005, Págs. 372-373.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Págs. 369.

<sup>32</sup> Vid. LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 246.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

sostienen Cancio Meliá y Maraver Gómez la política migratoria de un Estado—. De acuerdo con ello, el castigo penal se reduce a aquellas conductas de *promoción o favorecimiento de actos que se encuentran en contravención a la normativa administrativa de rige dicha materia*<sup>33</sup>. Al mismo, se agrega generalmente un *plus* agravatorio, cuando se vulneran los derechos personalísimos de los migrantes, como acontece con la regulación salvadoreña<sup>34</sup> y en la guatemalteca<sup>35</sup>.

Ahora bien, esto no inhibe que pueda considerarse como un bien jurídico de protección mediata los derechos fundamentales de los migrantes, constituyéndose las formulaciones legales en análisis verdaderas figuras de peligro abstracto o hipotético con relación a las afectaciones potenciales que pudieren sufrir en el trayecto o con relación a las condiciones a las cuales pueden ser sometidos por los “polleros” o “coyotes”. Sin embargo, ello no resulta relevante a efectos de la comprobación de tipicidad, pues podemos encontrarnos con un proceso delictivo en el que no existe afectación a derecho fundamental alguno del migrante —v. gr. los denominados traslados en categoría VIP que suponen el uso de la vía aérea con documentos falsos por un valor que oscila entre los 12 y 15 000 dólares americanos a diferencia de la ruta terrestre o los casos de ingreso a un país con visa de turista y decide su portador quedarse de forma permanente más allá del tiempo estipulado en el ordenamiento legal aplicable—<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> *Ibid.* pág. 375. Como exponen los referidos doctrinarios españoles: “...[b]uscar un bien jurídico prescindiendo de una interpretación de tales normas para, a partir de ahí, exigir algún otro elemento que determine el carácter típico de la conducta, supone crear un nuevo delito, distinto del que verdaderamente se encuentra regulado”.

<sup>34</sup> Art. 367 párrafo 4 del CP de El Salvador: “si como consecuencia de las conductas descritas... los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”

<sup>35</sup> Art. 108 del Decreto Legislativo por el que se modifica la Ley de Migración: “Agravantes. La pena prevista para el delito de tráfico ilegal de guatemaltecos, será aumentada en dos terceras partes, cuando: (1) la persona migrante sea menor de edad; (2) la mujer migrante se encuentre en estado de gravidez; (3) se ponga en peligro la vida, la integridad o la salud del migrante por las condiciones o medios en las que se ejecute el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico mental; (7) La persona migrante resulte ser víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes; y (8) Cuando la persona migrante sufra privación de libertad en el extranjero, será víctima de otros delitos de cualquier orden o falleciere”.

<sup>36</sup> Esta conclusión, también es compartida en relación con el ordenamiento argentino. Así, HAI RABEDIÁN sostiene el núcleo esencial de la prohibición es la infracción a las normas migratorias

Obviamente que al señalar como bien jurídico la potestad estatal de control de flujo de personas, estamos reconociendo que el Derecho penal se convierte en una herramienta de la política migratoria nacional, lo que implicaría una supuesta vulneración a los principios de mínima intervención y proporcionalidad que deben presidir la respuesta punitiva al ostentar los mismos fines que presiden al ordenamiento administrativo. Sobre todo, cuando la legislación de migración y extranjería resulta más que eficaz. La conclusión práctica de este hilo argumental sería el castigo del mismo migrante irregular por inobservar las normas que regulan su estancia, permanencia y salida de un país, como el castigo a toda forma de apoyo o favorecimiento sin hacer distinto de la finalidad perseguida —v. gr. la que realizan los familiares del migrante o los grupos de apoyo en el país al cual se dirige—.

Sin embargo, a mi parecer, desde el mismo Derecho internacional, se imponen dos condiciones que permiten delimitar satisfactoriamente qué situaciones van a ser comprendidas dentro del Derecho penal: (a) el art. 37.4 de la Convención de Palermo establece que “los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos”. Por ende, si el referido convenio hace referencia a la delincuencia organizada transnacional, únicamente aquellos actos de tráfico ilegal en los que aparezca un grupo u organización criminal que se dedique a tal finalidad es la que deberá ser penalizada —artículos 2 letras a) y c) y 5 de la Convención—. (b) tanto la convención en referencia como el protocolo pertinente, establecen el castigo de aquellas conductas que persigan un beneficio económico u otro beneficio material<sup>37</sup>. Esta aseveración tiene un fundamento criminológico, y es que colectivos

y su reglamentación que regulan el ingreso, la permanencia (incluyendo la autorización para determinadas actividades) y la salida del territorio nacional. Esta condición de ilegal, sostiene en autor argentino, se adquiere cuando se ingresa al país violando las leyes y reglas correspondientes al traspaso fronterizo o cuando habiendo ingresado en legal forma, se desnaturalizan las razones que autorizaron la permanencia en el territorio nacional o por otras causas que requieren declaración expresa se dicta la cancelación definitiva de la residencia y la expulsión del país, habiendo vencido el plazo para abandonarlo y no hubiese mediado dispensa del Poder Ejecutivo. *Vid. Tráfico de personas*, 2º Edición, Buenos Aires, 2013, Edit. Ad hoc, Pág. 138

<sup>37</sup> El art. 3 letra a) del referido protocolo establece: “...con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”

criminales han advertido las enormes posibilidades lucrativas de la promoción y favorecimiento de la inmigración ilegal por la gran cantidad de personas que aspiran a un mejor de vida al que poseen en sus países de origen. Aparte de ello, el costo de prestación del “servicio” es mínimo, por no decir que asumen una potencial pérdida del objeto del “negocio” y siempre existe una rentabilidad añadida pues, una vez llegado al lugar pactado, pueden explotar laboral o sexualmente a la víctima si no tiene la capacidad económica de pagar el viaje. Por último, esta opción interpretativa propuesta es coincidente con una de las acepciones del término “traficar” que es utilizada en todas las leyes estudiadas, y que puede ser entendido como “negociar” o “comerciar” y que en el ámbito en estudio podría delimitarse en efectuar *negociaciones de carácter netamente lícito*<sup>38</sup>.

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son: (a) nos encontramos ante un bien jurídico de carácter supraindividual, por ende, resulta irrelevante el número de personas que puedan ser objeto de la conducta; (b) como no se requiere para la configuración del tipo básico consentimiento alguno de quienes participan en la migración ilegal, este requisito no justifica ni exime de responsabilidad alguna a quienes promueven o facilitan tal proceso delictivo; y (c) sin perjuicio de lo anterior, esta conducta podría entrar en concurso real o ideal con las afectaciones concretas que reciban los migrantes en sus bienes jurídicos personalísimos –vida, integridad personal, libertad sexual, patrimonio, etc.–.

## 2. Sujetos activo y pasivo

En la mayor parte de ordenamientos centroamericanos, no existe restricción alguna respecto de quienes pueden cometer el delito de tráfico ilegal de personas. Por ende, nos encontramos ante un delito común. Sin embargo, se advierten en la mayor parte de las regulaciones circunstancias agravantes cuando se traten de funcionarios y empleados públicos o miembros de agrupaciones u organizaciones criminales.

Más compleja resulta la discusión de si cabe la consideración de sujeto pasivo al migrante que remunera y coopera con el “coyote” o “pollero” en la vulneración de los controles estatales de ingreso,

tránsito o egreso de una nación. Al respecto, puede considerarse sujeto pasivo en cuanto las afectaciones sus bienes jurídicos que puedan resultar lesionados o puestos en peligro durante el desplazamiento, entre ellos su integridad personal. Así se señala por ministerio de ley como acontece en el párrafo último del artículo 367 B del Código Penal salvadoreño como también en las agravantes reguladas en el artículo 108 de la Ley de Migración Guatemalteca o el artículo 456-F del Código penal panameño<sup>39</sup>. Pero no cabe, tal consideración en lo relacionado en la inmigración clandestina, pues en estos casos el migrante puede tomar una actitud proactiva mediante la inducción a otro –a través del ofrecimiento de una cantidad monetaria por él o su familia– o a través de su coparticipación con otras personas en un proyecto colectivo intrínsecamente ilegal –v. gr. acompañando a quienes dirige el grupo en cada país de la ruta–<sup>40</sup>. Esto ha llevado a decir que el sujeto pasivo de este delito es el conjunto la sociedad –particularmente de los países receptores– la cual se encuentra interesada en que el Estado controle las personas que accedan a un país, se desplacen a otro o se encuentren en tránsito por él<sup>41</sup>.

## 3. Conductas típicas.

En primer lugar, conviene establecer que nos encontramos ante un *proceso delictivo compuesto de diferentes etapas*, por ello, es que la mayor parte de legislaciones centroamericanas pecan de un excesivo casuismo en la descripción de las conductas típicas, lo cual puede dar lugar a infructuosas discusiones entre las diferencias que pueden existir con relación a los diferentes términos utilizados por el legislador –v. gr.

<sup>39</sup> Establece el párrafo último del art. 367 del CP salvadoreño: “[s] i como consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas en este artículo, los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueron víctimas de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”.

<sup>40</sup> Así, HAIRABEDIÁN menciona que el inmigrante ilegal objeto de este delito no es el titular del bien jurídico protegido, sobre todo cuando consintió el tráfico, en sentido estricto, no corresponde procesalmente denominarlo “víctima”, sin perjuicio de que en el uso general del lenguaje si se lo pueda hacer. Véase su obra: *Tráfico de personas*, ob. cit., Pág. 146.

<sup>41</sup> Conclusión que DAUNIS RODRIGUEZ afirma absurda en el caso español por encontrarse el delito regulado en el Título del Código Penal que regula los “Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros”. Lo mismo cabría replicar de la salvadoreña que regula el art. 367-B en los “Delitos contra la Humanidad”, *Vid. El Derecho penal como herramienta de política migratoria*, ob.cit., Pág. 100.

<sup>38</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, *El Derecho penal español ante la inmigración*, art. cit., Págs. 352-353.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

la distinción entre transporte y traslado o entre acogimiento y recepción—.

Sobre ello, y retomando lo expuesto en líneas atrás, si la esencia del injusto del tráfico ilegal de personas es *incentivar* o *coadyuvar* a que una o varias personas puedan ingresar, transitar o salir de un país, inobservando los controles migratorios que al efecto se han establecido, los comportamientos que deben ser penalmente castigados deben ser únicamente los de *promoción* y el *favorecimiento* del tal proceso delictivo por parte de terceros ajenos al migrante. Así, el primer verbo rector en la medida que oferta la posibilidad de migrar a quienes deciden hacerlo o son convencidos de las ventajas que ello reporta —aún a costa de los riesgos que la travesía implica— y el segundo en cuanto se brindan los recursos y la logística necesaria para el eventual éxito que es llegar al país de destino. En este último caso, se trata de un favorecimiento interesado en la obtención de una ganancia o provecho, y aquí se comprenden acciones tales como el traslado, alojamiento y, sobre todo, una orientación y acompañamiento respecto de las rutas territoriales más oportunas, menos peligrosas, o hacia aquellas donde los controles estatales son menos rigurosos; asegurando en todo momento el contacto con los familiares o personas que los esperan en el país de llegada. Nos encontramos entonces ante un “bien escaso” para el migrante pero que se puede ser brindado por grupos y organizaciones criminales que se dedican profesionalmente al tráfico ilícito de personas y en donde cada uno de sus miembros forman parte de algún eslabón de ese proceso delictivo.

En otras palabras, si nos atenemos a lo preceptuado en el artículo 5 del protocolo respectivo —“[l]os migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal (...) por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6”— lo que se debe castigar es el *favorecimiento al proyecto individual o grupal de quien decide o es convencido a emigrar hacia otro país*. De ahí que, siguiendo a Hairabedián, el “auto-tráfico”, es decir, el mero ingreso o permanencia ilegal en un país sin intervención de terceros es atípico, sin perjuicio de que pueda constituir una infracción administrativa<sup>42</sup>. Esto no nos debe asombrar, figuras de esta naturaleza no son novedosas dentro del ámbito del Derecho penal, ya que nuestros estatutos

punitivos, castigan la inducción o ayuda para la realización de conductas en muchos casos atípicas —como acontece con el suicidio—. En este sentido, la regulación que efectúa el artículo 297 del Código penal de Honduras, me parece la más acertada cuando castiga las conductas de *promover*, *favorecer* o *facilitar* el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. De igual forma el 103 de la Ley de Migración Guatemalteca que hace referencia a la *promoción y facilitación* de cualquier forma de ingreso a dicho país. En algunos casos se castigan conductas específicas de facilitación como acontece con el artículo 456-H del Código penal panameño —“[q]uien colabore en el tráfico ilícito de migrantes facilitando un bien mueble o inmueble para ocultar o albergar provisionalmente o permanentemente a una persona objeto de este delito”—.

Distinto acontece con otras regulaciones —y con el mismo ordenamiento guatemalteco en otra disposición— que enumeran una variedad de conductas específicas como el “captar”, “alojar”, “guiar”, “ocultar”, “trasladar” o “transportar —artículos 107 bis Guatemala, 245 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica y 19 de la Ley 240-513 de Nicaragua—. Por otra parte, la legislación salvadoreña, mediante una reciente reforma legislativa, se añadió el verbo rector de “promover”, a las ya tradiciones de “albergar”, “transportar” y “guiar”.

Sobre el artículo 367 párrafo primero de Código penal salvadoreño, conviene hacer otra salvedad, ya que vuelve punible el “intentar introducir o introducir a extranjeros al territorio nacional”. A tales efectos, equipara penológicamente el mero intento con la consecución de la finalidad delictiva. Se regula entonces un delito de “emprendimiento”, en los que la tentativa de producción de un resultado y la producción del mismo tienen la misma pena<sup>43</sup>. La razón básica

<sup>42</sup> Cfr. HAIRABEDIÁN, *Tráfico de personas*, 2ª edición, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, Pág. 133.

<sup>43</sup> Como señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (*El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, España, 1999, Pág. 11.), en los delitos de emprendimiento es constatable el grado imperfecto de la tentativa, pero se le aplica la misma penal correspondiente a la consumación del tipo respectivo. Esto provoca generalmente dos efectos: (a) la pena de tentativa aparece equiparada a la del hecho consumado, mientras que en ocasiones normales la tentativa se castiga con una pena atenuada; y (b) la exclusión de pena por desistimiento voluntario no es aplicable, a menos, que la figura de la parte especial del Código penal lo prevea de esa manera. Por su parte, JESCHECK/WEIGEND al referirse al § 11.1. núm. 6 del Código penal alemán (StGB), lo considera como otra forma de acción punible junto al delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios que son castigados autónomamente. El fundamento de los denominados “delitos de emprendimiento” es agravar la reacción jurídico penal, todo ello en orden a la inten-

de introducción de este tipo de preceptos es evitar la obligada atenuación de pena que debería recibir la tentativa, aunque con este tipo de preceptos se introduzca un tratamiento valorativo que es extraño al sistema incriminador del *iter criminis*<sup>44</sup>.

Retomando el comentario general acerca la casuística típica imperante en las legislaciones en estudio, cada una de dichas conductas no son más que precisiones de ciertos actos de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas. Así, por *promover* se entiende iniciar o adelantar algo en procura de su logro, *facilitar* es hacer posible la ejecución de un proyecto o quitarle dificultad y *favorecer* es apoyar un emprendimiento de diversas maneras<sup>45</sup>. Estos tres conceptos son lo suficientemente amplios para abarcan con todo tipo de actos que de forma directa o indirecta favorezcan la entrada, permanencia o salida de personas, y ello debe ser así, ya que la realidad criminológica del delito en estudio revela que ésta actividad implica una gran variedad de comportamientos de sujetos diversos, que con mayor o menor nivel de organización, jerarquía y permanencia de tales actividades, aportan contribuciones relevantes para su logro efectivo<sup>46</sup>.

Para algunos, la incorporación de estos verbos típicos a las legislaciones penales –“promover”, “favorecer” o “facilitar”– puede generar roces con el mandato de taxatividad que deben regir la configuración de los preceptos penales, dada que por su amplitud pueden comprender cualquier tipo de aportaciones, aún las más insignificantes al tráfico ilegal<sup>47</sup> –v. gr. la conducta del taxista que efectúa el viaje con unos

migrantes a la terminal de buses de la cual saldrán o del dueño del hostel que desconoce los fines que persiguen quienes se alojan en sus instalaciones–. Sin embargo, creo que esta objeción puede ser solventada con establecer restricciones teleológicas en el ámbito de la interpretación a comportamientos que verdaderamente impliquen un serio riesgo de lesión al bien jurídico tutelado. En suma, que sean idóneos y en los que se advierta que forman parte de un contexto delictivo de crimen organizado<sup>48</sup>. Por ende, deben descartarse del juicio de tipicidad aquellas aportaciones que se encuentren dentro del ámbito del riesgo permitido o en lo que actualmente se conocen como “conductas neutrales”<sup>49</sup>.

Por último, conviene destacar como un denominador común de todos los ordenamientos en análisis, el especial énfasis que imprimen a las conductas de *traslado* y *transporte* que aparecen en los estatutos punitivos de El Salvador, Guatemala, Costa Rica. Más preciso resulta el ordenamiento nicaragüense que castiga el traslado del extranjero dentro del territorio nacional (art. 19.4 Ley 240-513). Para muchos, existe una diferencia entre traslado y transporte, acaeciendo la primera conducta cuando existe un desplazamiento de una persona o un grupo a un lugar, mientras que el transporte es cuando se utilizan coches, autobuses, aviones, navíos, etc.; empero, coincido con cierto sector de la doctrina que identifica el traslado como un sinónimo de transporte en el sentido de referirse a la necesidad de un desplazamiento de un lugar a otro el cual pueden ser realizado por cualquier medio, por ende, la distinción carece de relevancia práctica<sup>50</sup>.

sificación de la protección de determinados bienes jurídicos. *Vid. Tratado de Derecho penal*, 5º Edición, trad. Olmedo Cardenete, Edit. Comares, Granada, 2002, Pág. 565.

<sup>44</sup> Como lo sostiene POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo*, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, Pág. 324.

<sup>45</sup> Señala PÉREZ CEPEDA, que la jurisprudencia española ha considerado que basta para la consumación típica que el sujeto activo intervenga de diversa manera, esto es, fomite, estimule, favorezca, facilite, coadyuve o participe de cualquier forma. Existe, por tanto en la ley, una equiparación de conductas entre aquellos que intervienen, bien tomando la iniciativa (promover), bien ayudando de cualquier modo, directa o indirectamente (favorecer o facilitar) en los delitos de tráfico. Al respecto, véase su libro. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004, Pág. 196.

<sup>46</sup> *Vid.* SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos*, citado, Pág. 88.

<sup>47</sup> Crítica es tipo de formulaciones: GARCÍA ARÁN, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en: GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 211.

<sup>48</sup> Apunta LEÓN VILLALBA, que son tipos penales sumamente amplísimos en cuanto a su campo de aplicación, lo que permite subsumir casi cualquier tipo de conducta susceptible de generar algún tipo de provocación, apoyo o allanamiento del desarrollo del tráfico ilegal de personas. De forma que sólo la falta de idoneidad de la conducta puede eximir su ubicación en el precepto. *Vid. Tráfico de personas e inmigración ilegal*, ob. cit., Pág. 254.

<sup>49</sup> Sobre las conductas neutrales y su relevancia en la participación criminal, *Vid.* ROBLES PLANAS, *La participación del delito: fundamento y límites*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2003, Págs. 31 y ss.

<sup>50</sup> Consideraciones que se han efectuado para el delito de trata de personas, y que perfectamente caben en el delito en estudio. Así, HAIRABEDIÁN, *Tráfico de personas*, ob. cit., Pág. 26. Para el caso, VILLACAMPA ESTIARTE señala con relación a este verbo típico: “... por transporte se debe interpretar cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio. Incluye, pues, tanto el hecho de llevar a un lugar como el de cambio de lugar”. *Vid.: El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, Pág. 417.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

**4. Tipicidad subjetiva.**

En todas las legislaciones centroamericanas la tipicidad subjetiva no implica solamente la consciencia y voluntad de realizar los “actos de promoción” o “favorecimiento” de los distintos actos que componen la migración ilegal. Se requiere además, que el agente delictivo persiga la finalidad ulterior de evadir los controles fronterizos que impongan los países del área como en relación de los países de tránsito y destino. Esto es advertible cuando se establece “con la finalidad de evadir los controles migratorios del país o de otros países” (El Salvador), “vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas (Honduras) y “emigrar a otro país sin cumplir los requisitos legales” (Guatemala). Por ende, estamos ante un delito de tendencia interna trascendente.

Adicionalmente, tanto la ley hondureña como la guatemalteca, hacen referencia a la consecución de obtener un beneficio económico u otro de orden material (arts. 103 y 107 Bis de la Ley de Migración Guatemalteca y 297 del Código Penal de Honduras) no así la legislación salvadoreña que fundamenta la tipicidad subjetiva en la evasión de los controles migratorios. Sin embargo, esta técnica legislativa es incorrecta, pues si nos atenemos a los lineamientos que establece el Protocolo en la materia, este móvil económico es imprescindible para justificar políticocriminalmente el castigo por tráfico ilegal. En tal sentido, cuando el traslado o desplazamiento persiga fines humanitarios o de reencuentro familiar no deberán quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de estos tipos penales. *–v. gr. dar alojamiento o comida a quienes se avanzan en el trayecto son conductas totalmente atípicas, como también, la decisión que toman los abuelos de enviar a su nieto con sus padres que viven en E.E. U.U. a fin de evitar su reclutamiento o puesta en peligro por el crimen organizado que impera en su comunidad–*. Un desarrollo de esta argumentación puede advertirse en la excluyente de responsabilidad que contempla la ley guatemalteca en el artículo 107 Bis. párrafo final de la Ley de Migración “...[e]ste delito no será aplicable a los migrantes, padres, tutores, responsables o familiares en grado de la ley de los migrantes guatemaltecos”.

El móvil del provecho económico actual o potencial, no requiere que efectivamente que se obtenga o se entregue materialmente, basta que el agente de-

lictivo tengan en cuenta el mismo para darle sentido a toda la secuencia del proceso de la migración ilegal, y esto puede deducirse en el proceso penal tanto mediante prueba directa, como también, mediante la prueba indiciaria. De todas maneras, esta finalidad –además del elemento normativo referido a la inobservancia de los controles transfronterizos– es relevante y debe ser tenida en cuenta en la interpretación de aquellos sistemas jurídicos que no lo mencionan como el salvadoreño. Y esto es por dos razones: (a) se relaciona en el Protocolo –art. 3 letra a)–; y (b) también es uno de los elementos de la definición de grupo delictivo organizado que enuncia la Convención de Palermo –art. 2 letra a)–. Debe recordarse, que los Protocolos se interpretan conforme los preceptos de la Convención (art. 37.4).

**5. Tentativa y consumación.**

A rasgos generales, por la forma de redacción de los tipos penales en estudio, podemos afirmar que el delito de tráfico ilegal de migrantes es de mera actividad, adicionalmente que es un tipo mixto alternativo, puesto que basta la realización de alguna de las conductas descritas en el precepto para que exista tipicidad. Por otra parte, se constituye en un tipo de consumación anticipada el cual no requiere que llegue a producirse la entrada a país determinado<sup>51</sup>. En otras palabras, en aquellos ordenamientos como el hondureño, desde que se promueve, facilita o apoya en cada una de las etapas del proceso delictivo, el delito queda consumado. De ahí que sea difícil hablar de la existencia de tentativa<sup>52</sup>.

Por otra parte, los actos de preparación de la travesía migratoria quedan comprendidos dentro del verbo típico de “promover”<sup>53</sup>. Aquí caben aquellos comportamientos de incitación o difusión de la oferta migra-

<sup>51</sup> Sobre la naturaleza de delitos de peligro abstracto de este tipo de figuras: SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos*, art. cit., Pág. 336.

<sup>52</sup> Afirma DE LEÓN VILLALBA que al tratarse que en delitos de peligro abstracto relativos a la inmigración ilegal, la consumación se alcanza con la realización de cualquiera de las conductas enumeradas en el tipo sin que sea necesario atestiguar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. Tampoco será necesario acreditar que el migrante haya salido, entrado o transitado por un determinado territorio. No cabe, en consecuencia, un desarrollo imperfecto del tipo. *Vid. Tráfico de personas de personas e inmigración ilegal*, ob. cit., Pág. 257.

<sup>53</sup> Coincido en este punto con CANCIO/MARAVER GÓMEZ, *El Derecho penal ante la inmigración*, ob. cit., Pág. 359.

toria que pueden ser realizados de diversa manera – persuasión directa o mediante redes sociales como ha quedado comprobado recientemente en las caravanas que van hacia Norteamérica–. Debe señalarse que el reclutamiento de personas para efectuar el desplazamiento también debe considerarse como una forma de “promoción”.

## 6. Autoría y participación

Las conductas reguladas en los distintos tipos penales centroamericanos, son formas de participación en un hecho que no es delictivo con relación a los migrantes, pero que el legislador las elevó al rango de autoría. Por ende, nos encontramos ante un concepto unitario de autor<sup>54</sup>. Así, cualquier intervención que implique una significativa aportación más allá del riesgo jurídicamente permitido quedará dentro del ámbito de la tipicidad objetiva. Sobre esto, la jurisprudencia y la doctrina tendrán que postular restricciones interpretativas al ámbito de lo punible, a fin de no terminar castigando aportaciones insignificantes o que se encuentren dentro del ámbito de los comportamientos cotidianos como acontecerá con las agencias de transporte internacional<sup>55</sup>. En esencia, y comparando plenamente lo expuesto por Pérez Cepeda, aunque en este tipo de delitos se utilicen términos muy abiertos, no cualquier acto dirigido a potenciar la inmigración de personas podrá considerarse típico. Al menos, se deberá requerir que los comportamientos sean idóneos para incidir en el tráfico<sup>56</sup>.

## 7. Concurso de delitos

Si el bien jurídico tiene como base la afectación de un bien jurídico de carácter supra-individual como lo es la potestad migratoria estatal en orden a controlar el proceso regular de egreso, tránsito e ingreso entre

los países de las distintas personas; este delito puede entrar en concurso con las afectaciones concretas a los bienes jurídicos personalísimos de los migrantes –vida, integridad personal, libertad, libertad sexual, etc.– que pudieran ser lesionados o puestos en peligro por los miembros de grupos y organizaciones criminales que desarrollen tal actividad ilegal. Por ende cabe la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos, a excepción, de aquellos ordenamientos que contemplen dentro de sus agravantes ese adicional disvalor como acontece con los ordenamientos de El Salvador y Guatemala<sup>57</sup>. Aquí será de preferente aplicación dicha cualificante en defecto del concurso de delitos.

## V. Conclusiones

1. Las nuevas condiciones económicas mundiales y los procesos de acumulación de capital de quienes han resultado favorecidos por el fenómeno de la globalización, están imponiendo una nueva lógica de exclusión de las poblaciones de aquellos países en los que no es posible satisfacer las mínimas condiciones de subsistencia, y mucho menos, desarrollar un proyecto digno de vida. Aunado a ello, las condiciones de inseguridad personal y de control territorial de grupos delictivos organizados –que les imponen a los ciudadanos el “unirse” a estos grupos o “morir”– genera fenómenos de desplazamiento dentro del mismo país y hacia afuera. Esto explica lo que está aconteciendo desde hace varios años en el triángulo norte de Centroamérica. De ahí que las razones más recurrentes que se exponen en emigrar a otros países se encuentran en las precarias condiciones económicas en las que viven y la inseguridad de sus comunidades.

2. Sin duda, el derecho humano a migrar, como todo derecho fundamental, puede ser regulado conforme a parámetros de razonabilidad por los países de destino como por los de tránsito. A tal efecto, el Dere-

<sup>54</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, ob. cit., Pág. 209.

<sup>55</sup> Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, considera que resulta posible hablar de complicidad en este tipo de delitos, afirmando que aquellos que realicen una contribución causal, desde un punto de vista material, al hecho en sí del desplazamiento o tránsito, pero carente de significación en cuanto a la creación o mantenimiento de las condiciones de ilícito. En estos casos, afirma, podrá considerarse la existencia de complicidad, siempre que se constaten los elementos objetivos y subjetivos necesarios para integrar este título de imputación de responsabilidad. Véase al respecto: *Los delitos contra los derechos*, ob. cit., Pág. 100

<sup>56</sup> *Ibid.*, Págs. 196-197.

<sup>57</sup> El párrafo último del art. 367 del CP de El Salvador establece: “[s]i como consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas en este artículo, los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”. El art. 108 de la Ley de Migración de Guatemala señala en su art. 3: “[s]e ponga en peligro la vida, la integridad o la salud del migrante por las condiciones o medios en las que se ejecute el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental”. Y en su art. 8: “[c]uando la persona migrante sufra privación de libertad en el extranjero, sea víctima de otros delitos de cualquier orden o falleciere”.

## El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

cho de extranjería y migración es el que se muestran más indicado para ello. Sin embargo, pese a ello, el Derecho penal ha entrado a jugar un papel relevante en orden a la contención de la migración ilegal. Pero no está claro todavía hasta donde se encuentran sus límites de actuación. Desde esta perspectiva, se genera un amplio debate acerca del bien jurídico protegido por este tipo de figuras, y su relación con el Derecho de extranjería. Al menos, desde una perspectiva un tanto inaceptable, se ha sostenido que su función es el reforzamiento de las prescripciones administrativas relativas a la migración.

3. Pese a lo anterior, conviene reivindicar el principio de *mínima intervención* o *ultima ratio* que preside la aplicación del Derecho penal de un Estado democrático, esto es, que solo se encargue de aquellos conflictos sociales que no pueden ser resueltos por otros mecanismos jurídicos o parajurídicos más idóneos y menos afflictivos que la imposición de una pena. Esto adquiere mayor importancia si es que tal principio ha sido expresamente reconocido en cualquiera de las constituciones centroamericanas<sup>58</sup>. Así, atendiendo a la gravedad de las penas que se prevé en los ordenamientos centroamericanos para el tráfico ilegal de personas, lo punible debe limitarse a los actos de promoción o colaboración que brinden al migrante miembros de grupos u organizaciones criminales a cambio de que aquél o un tercero retribuya un valor económico por el viaje. Este entendimiento se impone, además, en razón que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire es un documento complementario a la Convención de Palermo que regula específicamente lo relativo al

crimen organizado. Por ende, la inmigración ilegal no debe considerarse un delito, aunque quedará comprendida dentro del ámbito administrativo sancionatorio de cada país.

4. En consonancia con lo anterior, los miembros de entidades de la sociedad civil que gestionan recursos y brindan ayuda con fines altruistas o humanitarios a los migrantes, no quedan comprendidos dentro de la conducta típica que se estudia. Se tratan de conductas que estarían comprendidas dentro de los ámbitos de la insignificancia o de las acciones cotidianas. Estas conductas no resultan relevantes para la creación de un riesgo no permitido de evasión de los controles transfronterizos. Más aún, las conductas de simple favorecimiento como en el caso de los transportistas –de no existir un acuerdo o integración dentro del accionar de un ente criminal que se dedica a ello– serían totalmente atípicas por el mismo motivo.

5. Si lo penalmente relevante es la participación de un grupo organizado que tenga como fin el traslado de personas de un país a otro, y aún la promoción del referido periplo migratorio, quizás no sea tan relevante la creación de cualificantes específicas en un Código Penal o en una ley especial, pues basta el concurso con el delito de asociaciones ilícitas, pero entendido éste conforme la actual complejidad que presentan las organizaciones criminales, esto es, como un *delito de organización*<sup>59</sup>. Desde esta óptica, el participar en cualquiera de los eslabones de la ruta del tráfico ilegal –desde que se logra el acuerdo con la víctima hasta su llegada al país de destino– ya es más que suficiente para la aplicación de ambos delitos. Posiblemente, las reformas penales deben ir encaminadas a la inclusión de un delito de organización criminal en los ordenamientos penales centroamericanos, que supere las insuficiencias clásicas del delito de asociación ilícita. En otras palabras, nos encontraríamos ante un delito de estatus, en el que bastaría comprobar que el agente delictivo ejerce un rol dentro de la estructura criminal dedicada al tráfico ilegal de personas y que aporta con ello un aporte imprescindible para el proyecto conjunto de la organización<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> La SC/CSJ de El Salvador, en su sentencia de 23-XII-2009, ha reconocido el referido principio de la siguiente manera: "... [cuando se dice que] el ordenamiento jurídico-penal material debe ser la última opción en la solución de los conflictos sociales, se quiere indicar que la intervención penal sólo es lícita y admisible constitucionalmente cuando se han agotado todas las vías alternas posibles, y pese a ello, subsiste ese conflicto agudo de desviación criminal. Por ello, para la protección de los intereses individuales y sociales deberá preferirse –ante todo– la utilización de políticas sociales y otros mecanismos jurídicos, por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador. Sólo cuando se haya comprobado fehacientemente que ninguno de los medios anteriores es suficiente, se encontrará el Estado legitimado para hacer uso del Derecho penal". Más adelante agrega la sentencia: "...cuando esa necesidad de intervención sea imprescindible para el normal orden social, y en consecuencia, tenga que ser afectada la esfera de libertad de los ciudadanos, debe utilizarse el medio menos gravoso posible y necesario para los fines de protección de los bienes jurídicos. Desde este punto de vista, el principio de última ratio quiere significar también una graduación proporcionada de la respuesta punitiva".

<sup>59</sup> Al respecto: CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Edit. B de F, Montevideo, 2008, Pág. 15 y ss.

<sup>60</sup> Sobre los delitos de estatus: PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Edit. Atelier, Barcelona, 2005, pág. 63.

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

Alejandro Nava Tovar

Doctor en Filosofía por la UAM Iztapalapa. Ex-becario del DAAD. Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI 1). ORCID: 0000-0002-5770-5998.

**RESUMEN:** en este ensayo pretendo dar un diagnóstico de la forma en la que la criminología mediática crea imágenes respecto al delincuente, la víctima, la autoridad penal y el justiciero, con el objetivo de explicar algunas razones por las que el populismo punitivo tiene semejante fuerza en la esfera pública, a pesar de su evidente irracionalidad. Para ello, en un primer apartado explico el dualismo en torno a la determinación de la pena, en un segundo apartado defino qué entiendo por criminología mediática y en el tercer apartado presento una tipología de los personajes creados y explotados por la criminología mediática.

**PALABRAS CLAVE:** Populismo punitivo, Criminología mediática, Teoría del etiquetamiento, Pánico moral

**ABSTRACT:** In this essay I pretend to provide a diagnosis of the way in which media criminology creates images regarding the offender, the victim, the criminal authority and “the vigilante”, with the aim of explaining some reasons concerning why penal populism has such of force in the public sphere, despite its evident irrationality. For this, in a first section I explain the dualism around the determination of the criminal sentence, in a second section I define what I understand by media criminology and, finally, in the third section, I present a typology of the characters created and exploited by media criminology.

**KEY WORDS:** Penal Populism, Media Criminology, Labelling Approach, Moral Panic.

**SUMARIO:** 1. Imágenes del criminal y de la pena: ¿quia peccatum est o ne peccetur? 2. La criminología mediática y la causalidad mágica. 3. Malandros, víctimas, policías y justicieros. Las fantasías del carnaval de la criminología mediática 3.1. La imagen del delincuente: los chakas y otros demonios populares 3.2. La imagen de la víctima: el cuerpo desmembrado y el dolor de la persona superviviente 3.3. La imagen de la autoridad penal: ética y estética de la (in)seguridad ciudadana 3.4. La imagen del justiciero: Mario Almada como fuer(z)a de ley.

## 1. Imágenes del criminal y de la pena: ¿quia *peccatum est* o *ne peccetur*?

La criminología, desde sus orígenes, ha estado relacionada con el mundo moderno. A menudo ignorada por otras ciencias sociales, en ella convergen concepciones filosóficas opuestas del ser humano, la sociedad y el Estado. Estas concepciones opuestas configuran el imaginario criminológico moderno. Jock Young sintetiza estas concepciones de un modo peculiar:

Son dos imágenes del criminal que han prevalecido en los últimos cien años: el actor o imputable que, movido por su libre albedrío, comete actos delictivos, y el autómatas, como la persona que ha perdido el control sobre sus actos y se ve compelida a delinquir por fuerzas ya sean externas o internas. Estas dos imágenes no requieren una evaluación política: conservadores y anarquistas comparten la misma idea en torno al criminal moral, aun cuando para los primeros simbolice la humanidad caída, y para los segundos se trate de un héroe; tanto el lombrosiano como el reformador social poseen la misma imagen del criminal predeterminado; para el primero, las causas son biológicas y, para el segundo, deficiencias en la organización social [...] La historia de la criminalidad se caracteriza por una competencia incesante entre estas dos imágenes de la humanidad, ambas igualmente abstractas, ambas caricaturas de la realidad.<sup>1</sup>

Young capta el *Zeitgeist* criminológico, aprehendido en estas concepciones del criminal y de las respectivas penas a las que serán sometidos quienes infrinjan las normas del orden social. Las concepciones del criminal y de la pena no han cambiado mucho en esencia, si bien en términos conceptuales la dogmática penal y la criminología se han referido de muy diversas maneras a las mismas manifestaciones que hemos presenciado. Desde la publicación de *L'uomo delinquente* de Cesare Lombroso hasta las últimas tendencias de la criminología,<sup>2</sup> las concepciones de la pena giran en torno a castigar a alguien en virtud de la posibilidad de determinar libremente su acción o estar determi-

nado a cometer ciertas acciones. La criminología y el derecho penal terminan encontrándose frente a la filosofía, ya que al final del camino la determinación de la pena está sujeta al enigma de la libertad. La idea del mal, o, mejor dicho, la posibilidad de hacer el mal, está vinculada al drama inventivo de la libertad, como lo ha expresado Rüdiger Safranski; es por ello que “los sistemas filosóficos, la religión y la moral existen porque la libertad humana es inventiva, y a la vez necesita un soporte al que vincularse”.<sup>3</sup>

La relación entre el crimen y el castigo al criminal está mediada por la libertad o la negación de la libertad. Es así que la conducta desviada (el crimen) y la respectiva medida del Estado (la pena) están vinculadas a estas imágenes del criminal, cuyas representaciones han sido trazadas por la criminología. En el fondo, lo que está detrás de la determinación de las penas es una concepción específica del derecho penal. Detrás de la imagen del actor movido por su libre albedrío está la determinación de la pena en función de su responsabilidad. Detrás de la imagen del autómatas que carece de control sobre sus actos está la determinación de la pena en función de su peligrosidad. Responsabilidad y peligrosidad, concepciones opuestas que repercuten en el derecho penal, pueden también representarse por medio de las expresiones de cuño teológico *punitur, ne peccetur y punitur, quia peccatum est*.

En diversas obras sobre el sentido y función de la pena suele hablarse de las teorías absolutas (*absolute Straftheorien*), relativas (*relative Straftheorien*) y unificadoras de la pena (*Vereinigungstheorien*).<sup>4</sup> Estas teorías, que hacen un recorrido filosófico desde Platón hasta Feuerbach, Kant y Hegel, dan cuenta de las diversas funciones de la pena según la concepción de la libertad humana. Las teorías absolutas son aquellas que no le confieren a la pena finalidad alguna, e incluso rechazan la posibilidad de tener una finalidad. Es por ello que el castigo es impuesto al individuo porque pecó, *quia peccatum est*. En cambio, las teorías relativas de la pena son aquellas que le confieren a la pena una finalidad, ya sea una finalidad retributi-

<sup>1</sup> Young, Jock, “Paradigmas recientes de la criminología”, en Maguire, Mike, Morgan, Rod y Reiner, Robert, *Manual de criminología. Segunda edición*, Ciudad de México, Oxford, 2014, p. 1.

<sup>2</sup> Para un destacado y ameno desarrollo de los fundamentos teóricos de la criminología contemporánea, cfr., Palacios, Gerardo, *Criminología contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*, Ciudad de México, INACIPE, 2019.

<sup>3</sup> Safranski, Rüdiger, *El mal o el drama de la libertad*, Ciudad de México, Tusquets Editores, 2013, p. 277.

<sup>4</sup> Cfr., Schmidhäuser, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, pp. 18 y 19. Sobre la función de la pena, cfr., Lesch, Heiko, *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 17 a 71.

va o preventiva. Es por ello que el castigo es impuesto al individuo para que ya no peque, *ne peccetur*.

Un vistazo a las obras fundamentales de la dogmática penal nos mostrará un énfasis especial en evitar que el derecho penal se vuelva un derecho penal de autor, esto es, en un derecho en el que la peligrosidad aparezca como algo determinado necesariamente por las características biológicas y psíquicas de los sujetos, de tal forma que las personas infractoras serán sancionadas por sus supuestas inclinaciones naturales al delito para que ya no pequen, *ne peccetur*. El derecho penal de autor suele encontrar justificación en concepciones deterministas del criminal, el cual aparece como un ser naturalmente peligroso, cuya personalidad lo vuelve preso de sus pulsiones criminales y por ello la pena debe ser impuesta en vista al futuro, para que no vuelva a pecar más, pues su propia naturaleza lo hará reincidir una y otra vez.

Buena parte de los esfuerzos de la criminología crítica o antipositivista ha centrado su atención en señalar los peligros de esta concepción del criminal y en apostar más a buscar las causas del crimen en la distribución injusta de la riqueza y en otros factores sociales. Si bien estos enfoques críticos han desmantelado los argumentos y narrativas deterministas y peligrosistas —haciendo posible con ello el apego al principio de legalidad y castigar a las personas solamente por el delito cometido—, no todas las formas de criminalización y de las respectivas exigencias punitivas son desactivadas en la esfera pública. No obstante, la idea de castigar a las personas desproporcionalmente “para que ya no pequen” se repite en la historia de forma continua, como un eterno retorno, como una farsa, como una exigencia populista, en tiempos de crisis de seguridad y de violencia. El enfoque peligrosista siempre encuentra la manera de asediar a la política criminal y al sistema penal con la finalidad de volverla un sistema autoritario.

Actualmente la criminología crítica en Latinoamérica se enfrenta a un discurso populista, amorfo, peligrosista, capaz de penetrar en las exigencias de justicia de todos los grupos sociales y engañar incluso a grupos que defienden el Estado de derecho. Este discurso está representado por la criminología mediática, la cual, mediante la política del pánico y la presentación de crímenes brutales, revive el principio *ne peccetur* y el discurso peligrosista de formas masivas y persuasivas, esto es, de formas populistas.

Este enfoque criminológico será objeto de la siguiente sección.

## 2. La criminología mediática y la causalidad mágica

Es difícil definir un enfoque teórico cuando no hay personas que defiendan académicamente este enfoque, con el fin de presentar sus fundamentos, alcances y limitaciones. Este enfoque criminológico, al menos, carece hasta ahora de observadores, teóricos, ideólogos, prácticos y metodólogos<sup>5</sup> reconocidos académicamente como tales. Ha sido escrito mucho sobre el poder de los medios de comunicación y la función que tienen en la construcción del miedo, pero se ha dicho poco sobre la criminología mediática. Más bien, quienes la han definido son quienes han criticado sus efectos devastadores para el derecho penal. En la literatura criminológica alemana es posible encontrar referencias a esta forma de criminología mediante las expresiones *Massen-Medien und Kriminalität*,<sup>6</sup> mientras que en la literatura anglosajona también se encuentran referencias a la función de la *mass media*<sup>7</sup> en la política criminal; sin embargo, a quien debemos la definición y crítica más acabada es a Zaffaroni, ya que en *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar* y *La cuestión criminal*, da cuenta con gran detalle de sus efectos en el sistema penal y la sociedad.<sup>8</sup> A esta obra ya me he referido en otros ensayos,<sup>9</sup> pero ahora es momento de dar una

<sup>5</sup> Cfr., Kaiser, Günther, *Kriminologie*, C. F. Müller, 1997, p. 13.

<sup>6</sup> Cfr., Schwind, Hans-Dieter, *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 2001, pp. 258-286; Kunz, Karl-Ludwig, *Kriminologie*, Berna, Haupt Verlag/UTB, 2004, pp. 305-307 y 360-379.

<sup>7</sup> Cfr., Cohen, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, Nueva York, Routledge, 2010, pp. 135-139; Pratt, David, *Penal Populism*, Nueva York, Routledge, 2007, pp. 66-93; Matthews, Roger, *Realist Criminology*, Londres, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 100-103.

<sup>8</sup> Cfr., Zaffaroni, Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 365-418; Zaffaroni, Raúl, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2013, pp. 215-253.

<sup>9</sup> Cfr., Nava, Alejandro, “Hacia una crítica del derecho penal del enemigo y de la criminología mediática: consecuencias locales de la actual política criminal global”, en Borsò, Victoria/Leyva, Gustavo/Temelli, Yasmin, (eds.): *Democracia y violencia entre lo global y lo local. Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*, Düsseldorf, Düsseldorf University Press, 2014, pp. 167-182; “La política criminal y la palabra de los muertos. Un diálogo con la criminología cautelar de Zaffaroni”, en *Revista Penal México*, 13, 2018, pp. 95-102.

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

definición y desarrollo más sistemático, de cara a su relación con el populismo punitivo.

Con base en la lectura de la extensa obra de Zaffaroni y otras lecturas criminológicas que hacen referencia a la criminología mediática, llevaré a cabo una definición preliminar. La criminología mediática consiste en una criminología paralela a los discursos académicos, la cual, basada en el uso constante de los medios de comunicación, construye selectivamente imágenes distorsionadas y hasta perversas del delincuente, la víctima, los cuerpos policiales, los jueces y los vengadores anónimos, con el fin directo de aumentar el rating de noticias violentas y sembrar una política del rencor en la sociedad civil, permitiéndole así a diversos políticos aprovechar la situación para proponer medidas autoritarias y no dejándole a los jueces otra medida más que otorgar sanciones privativas de libertad.

La criminología mediática, al igual que el populismo punitivo, carece de filiación política alguna. Hasta ahora no necesita de ninguna ideología política para ser invocada ante los discursos de emergencias. Pero en ello reside su potencial tanto para ser usada por cualquier postura política como para provocar medidas autoritarias legitimadas por buena parte de la sociedad. La criminología mediática es una subespecie de terrorismo mediático,<sup>10</sup> es decir, es parte de una virulenta repetición mediática de terrores virales que promueven la paranoia social respecto a ciertos grupos, ideas, posturas o sujetos. Da igual si es un asesino serial, una pandemia, un político incómodo, un migrante, un grupo delictivo o disidente, el miedo provocado por el terrorismo mediático exige la imposición de medidas extremas para un peligro extremo. De esta manera la criminología mediática contribuye a potenciar una especie de distopía: la distopía del control punitivo total. Para Zaffaroni, esta utopía o más bien distopía propone el siguiente programa:

*una sociedad con seguridad total, libre de toda amenaza, extrema prevención, tolerancia cero, vigilancia y control tecnológico, temor al extranjero y a todo extraño, estigmatización de la crítica, neutralización de cualquier disidencia, reforzamiento del control comunicacional, discriminación étnica y cultural e institucionalización masiva, pureza virginal en la administración, es decir, un completo programa totalitario.*<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Cfr., Fazio, Carlos, *Terrorismo mediático. La construcción social del miedo en México*, Ciudad de México, Debate, 2013.

<sup>11</sup> Zaffaroni, Raúl y Dias, Ilson, *La nueva crítica criminológica*

El recurso narrativo de las distopías y el control del crimen permea el discurso punitivo. Stanley Cohen se refiere a las sociedades de Yevgueni Zamiatin, Aldus Huxley y George Orwell en un apartado de *Visiones del control social. Crimen, castigo y clasificación*,<sup>12</sup> mientras que el destacado proyecto editorial coordinado por Roberto Bergalli e Iñaki Ribera Beiras lleva por título *Utopías del control y control de las utopías*. Los fundadores del sistema penitenciario en Estados Unidos y Europa, relata Cohen, consideraban que el problema de la solución al delito llevaría a una mejor sociedad.<sup>13</sup> Tales ideales perfeccionistas pronto mostraron sus limitaciones frente a la realidad. Los grandes relatos del progreso fueron cuestionados en el campo de las ciencias sociales y el discurso criminológico no fue la excepción. Los ideales reformistas se secaron y las formas utópicas de pensamiento cedieron su lugar a visiones distópicas del control social. Dentro de las críticas a visiones distópicas del control social está la descripción y crítica a la criminología mediática, la cual, paradójicamente, apunta a un programa de control total.

El éxito de este programa populista parecería destinado al fracaso en el espacio público moderno, es decir, en la Öffentlichkeit trazada por la teoría crítica de Jürgen Habermas, en la esfera donde la opinión pública, la “öffentliche Meinung”,<sup>14</sup> es construida bajo la razón crítica de la sociedad. Después de todo, las sociedades modernas tienen como *lingua franca* el discurso de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la solidaridad hacia los más desaventajados, la igualdad de género y la corrección política en beneficio de los grupos históricamente excluidos u oprimidos. Pero está lejos de ser así. Para que el populismo punitivo adquiera su legitimidad de la sociedad —este punto será tratado en el siguiente capítulo—, necesita de un discurso legitimador, el cual, paradójicamente, contraviene el discurso moral y universalista al que me he referido previamente. Para que el discurso punitivista revierta estas pretensiones de

ca. *Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Ecuador, 2019, p. 122.

<sup>12</sup> Cfr., Cohen, Stanley, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Massachusetts, Polity, 1985, pp. 197-205.

<sup>13</sup> Cohen, Stanley, *op. cit.*, p. 197.

<sup>14</sup> Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied/Berlin, Luchterhand, 1962, p. 102.

corte universal, la criminología mediática recurre, de forma explícita, a una sobreexposición y producción del pánico en torno a la violencia y el crimen organizado, hasta tal punto que la misma sociedad será orillada a ceder sus libertades fundamentales o ideales humanísticos ante el discurso de la seguridad total.

La criminología mediática, o al menos lo que entendemos por ella, no es nueva. Zaffaroni considera que siempre ha existido, “y siempre apela a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en *causalidad mágica*”.<sup>15</sup> Zaffaroni sitúa la detección de los efectos de la criminología mediática por diversos sociólogos de inicios del siglo XX y posteriormente señala el principal medio empleado a fines del Siglo XX: la televisión.<sup>16</sup> A partir de la crítica de sociólogos modernos como Anthony Giddens y Pierre Bourdieu, Zaffaroni cuestiona el uso de las imágenes de crímenes utilizadas por los medios en cuanto representación de la realidad acerca del crimen. La televisión y otros medios de comunicación, con su poder de informar, subinformar y desinformar, permiten la creación de miedos y argumentos falaces hacia determinados individuos o grupos sociales a partir de la selectividad de ciertos delitos. Tres características, ajenas a la creación de los estereotipos de los criminales, instituciones policíacas y víctimas, quiero señalar a continuación.

La primera y más notoria característica negativa de la criminología mediática reside en la selectividad de los pánicos morales. Roger N. Lancaster señala que teóricos sociales, desde Georg Simmel hasta Jean Baudrillard, han sugerido que el pánico está implícito en la estructura de la sociedad de masas.<sup>17</sup> No todos los delitos, víctimas, criminales, instituciones policíacas y penas valen lo mismo para la criminología mediática. Para la criminología mediática los verdaderos y únicos delitos y sus respectivas penas, formales e informales, ausentes y aplicables, serán aquellas que generen morbo en la sociedad, y con ello aumenten el rating de los medios de comunicación. Poco o nada importa la afectación a la dignidad humana de las personas, ni tampoco la verdad de los hechos. Si la no-

ticia genera morbo y pánico en la sociedad, entonces los medios de comunicación tradicionales, a saber, la prensa, radio y televisión, se valdrán de seleccionar imágenes, narrativas y videos grotescos, que se repetirán una y otra vez, hasta que las noticias criminales alcancen niveles de estrés, morbo y pánico deseables.

La segunda característica reside en la representación falaz de los hechos. Para la criminología mediática el informar, subinformar y desinformar son parte del quehacer diario. No puede haber furia social sin información emitida de forma constante, a medias y en exceso. Los noticieros amarillistas se presentan como los representantes más acabados de la *Wertfreiheit* weberiana: ellos presentan la verdad objetiva, absoluta, libre de valoraciones normativas sobre los hechos. Pero esta representación es falsa, en tanto su información presentada está cargada de valoraciones. Los medios, al informar, lo hacen de una forma determinada, a veces subinforman, ocultando otros datos alternativos, y en ocasiones recurren a la sobreexposición de ciertos datos informativos. Pero en este ejercicio informativo la representación de los hechos inclina la balanza hacia una percepción paranoica de la criminalidad.

La tercera característica reside en la reconfiguración del espacio y el tiempo. La “mayoría de las malas noticias son buenas noticias para los medios”.<sup>18</sup> Sin embargo, no siempre hay ciertos crímenes y malas noticias, a pesar de que algunos medios deben rezar para tener crímenes vistosos diarios. Con la incursión de los medios de comunicación en las redes sociales, la contingencia de las noticias criminales desaparece. Los crímenes más brutales se vuelven objeto de un espectáculo mediático en el que son repetidos una y otra vez. El tiempo deja de ser un problema para la criminología mediática, pues los delitos pueden repetirse de forma constante y crear la percepción permanente de pánico. De igual manera, el espacio de los crímenes es reconfigurado por la criminología. Algunas zonas donde la miseria es notoria pasan a ser lugares estigmatizados por los medios de comunicación. Las zonas de marginación serán objeto de la misma percepción negativa de sus habitantes. Zonas de la Ciudad de México como Ecatepec, Ciudad Nezahualcóyotl o Tepito serán el blanco de la criminología mediática para mostrar que las personas pobres son peligrosas, violentas y criminales. Para ello, la criminología me-

<sup>15</sup> Zaffaroni, Raúl, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2013, p. 216.

<sup>16</sup> Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, p. 217.

<sup>17</sup> Lancaster, Roger N., *Sex Panic and Punitive State*, California, California University Press, 2011, p. 25.

<sup>18</sup> Schwind, Hans-Dieter, *op. cit.*, p. 260.

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

diática les dará prioridad a los crímenes cometidos en espacios considerados poco o no civilizados para que así los prejuicios y estigmas hacia esas zonas sean confirmados por la sociedad civil.

Estas características preparan el terreno para que la criminología mediática lleve a cabo un etiquetamiento persuasivo y perverso de los distintos grupos de participantes del espectáculo criminológico. Estos grupos sin igual de importantes que los crímenes, pues al centrarse selectivamente en ciertos participantes la criminología mediática podrá comprobar sus efectos en la sociedad y ver qué delitos y grupos les dan mayor rating a sus noticias. Es por esta razón que ahora expondré a los personajes de la criminología mediática.

### 3. Chakas, víctimas, policías y justicieros. Las fantasías del carnaval de la criminología mediática

La criminología mediática no puede ser efectiva sin espectáculos, sin representaciones, sin carnavales. De entre todas aquellas referencias no citadas por Michel Foucault, sobresale una en el capítulo dedicado al pantofo, en la que afirma que “nuestra sociedad no es la del espectáculo, sino de la vigilancia”.<sup>19</sup> La referencia, claramente, es a *La sociedad del espectáculo* de Guy Debord, obra en la que este filósofo se refiere a la degradación de la vida y su reducción a la mera representación. De ahí que Debord señale en su cuarta tesis que “el espectáculo no es una colección de imágenes; más bien, es una relación social entre personas que está mediada por imágenes”.<sup>20</sup>

Estas imágenes de la criminología mediática, proyectadas en los periódicos, noticieros y redes sociales, tienen que ser lo más crueles posibles. Solamente así la lógica político-criminal puede introducir con efectividad la distinción política “amigo y enemigo” (*Freund und Feind*),<sup>21</sup> acuñada por Carl Schmitt, pero esta vez usada en el discurso sobre el combate al crimen. La degradación de las personas delincuentes a enemigas incorregibles de la sociedad es fundamental para contrarrestar discursos humanistas o

basados en los derechos humanos. Así como Schmitt decía que lo político indica el *grado de intensidad* (*Intensitätsgrad*),<sup>22</sup> el discurso de la guerra a la delincuencia se basa en el grado de intensidad de ciertos crímenes para borrar la diferencia entre ciudadanos y delincuentes, y de esta forma alcanzar consenso social suficiente para considerarlos el *ellos-enemigo* de la sociedad frente al *nosotros-amigo* de la sociedad.

Pero el espectáculo de la criminología mediática, más que un evento fúnebre rodeado de violencia y solemnidad, está plagado de imágenes enraizadas en el imaginario popular de la sociedad. Una visión más compleja del imaginario social criminológico ve en este espectáculo a un carnaval en el cual se crean espacios de encuentro de las figuras icónicas de la cultura nacional, fuera del espacio y tiempo de las jerarquías sociales. Al examinar los rituales del carnaval de Río de Janeiro y del Día de la Patria Roberto da Matta observa en *Carnavales, malandros y héroes. Hacia una sociología del dilema brasileño*, que la totalidad de los personajes creados por las *fantasías* del carnaval dista de ser algo homogéneo. Da Matta observa lo siguiente:

Así, durante el carnaval es común encontrar a un “bandido” bailando con un *sheriff* o una “calavera” con una muchacha. Justamente esa combinación y esa conjunción de representantes simbólicos (o reales) de campos antagónicos y contradictorios es lo que constituye la propia esencia del carnaval como un rito nacional.

En consecuencia, las fantasías *carnavalescas* crean un campo social de encuentro, de mediación y de *polise-mia social*, pues, no obstante las diferencias e incompatibilidades de esos papeles representados gráficamente por las vestimentas, todos están ahí para brincar. Y *brincar* significa literalmente dar brincos, esto es, unirse, suspender las fronteras que individualizan y compartimentan grupos, categorías y personas.<sup>23</sup>

Las fantasías *carnavalescas* de la criminología mediática son capaces de juntar a los personajes más comunes y extravagantes de nuestra sociedad en un mismo campo social: la agencia del ministerio público. Ahí podemos encontrar al “mirrey” que atropelló a una persona y que suele preguntarle al elemento de

<sup>19</sup> Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2013 p. 250.

<sup>20</sup> Debord, Guy, *The Society of Spectacle*. Detroit, Black & Red, 1970.

<sup>21</sup> Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, p. 25.

<sup>22</sup> Schmitt, Carl, p. 37

<sup>23</sup> Da Matta, Roberto, *Carnavales, malandros y héroes. Hacia una sociología del dilema brasileño*, Ciudad de México, FCE, 2002, p. 73.

la policía si sabe “con quién está hablando”; la chica que sufrió abuso sexual por compañeros de salón que tenían facha de “niños bien”; a la víctima que va por primera vez a levantar una denuncia y se topa con una serie de laberintos procesales que la hacen pensar en regresar a casa; el abogado de oficio que, a pesar de los reclamos de la sociedad, todavía cree en el garantismo penal; a cuerpos de policía con malos hábitos alimenticios que saludan con singular alegría a los delincuentes locales fuera de dicho campo social; al joven que fue detenido por fumar un porro de cannabis y no pagarle 100 pesos a los policías; al veterano que sabe más del código de procedimientos penales que la mayoría de los recién egresados de la licenciatura en derecho; al juez o jueza que lamenta haber terminado en esta agencia, y a otros “operadores del sistema” que administran las ganancias por terminar los procedimientos de forma más rápida de lo que establece la ley, cualquier ley. Todos estos personajes están ahí, pero no para brincar, sino para entretener a los consumidores de las noticias amarillistas.

Como lo mencioné antes, a la criminología mediática le interesan los datos criminales y representaciones de violencia e impunidad que sean objeto de morbo social y por tanto le den rating. La criminología mediática lleva así una selección de los crímenes que de cierta forma le importan a la sociedad y son los que tienen mayor impacto visual. Por esta razón, diversos crímenes de cuello blanco (*white collar crimes*), al no estar representados por imágenes violentas, le reditúan poco para vender encabezados escandalosos, mientras que las imágenes de cuerpos mutilados pueden vender mucho más que cualquier acción ilegal que no pueda representarse de forma espectacularmente violenta. Lo que importa para este tipo de noticias amarillistas es lo que pueda crear pánico moral en la sociedad y no lo que pueda afectar potencialmente a esta.

Esto podía verse en programas y noticieros amarillistas de la década de los noventa, como *Fuera de la ley* o *Duro y directo*, programas de Televisa en los que eran llevados a cabo diversos reportajes sobre conflictos sociales y violencia familiar y barrial. Este tipo de programas alcanzó bastante popularidad en virtud de que, al igual que otros *talk shows basura* de este estilo,<sup>24</sup> explotaban el morbo de dichos conflictos y

formas de violencia. Lo curioso de este programa es que los reporteros, entre ellos los “Gemelos Brenan”, llegaban antes de la autoridad al carnaval de violencia, pero su labor no era la de llamar a la policía o, de menos, servir como mediadores del conflicto, sino que estos mismos reporteros instigaban a las personas a resolver sus conflictos de forma violenta, mientras narraban, de forma un tanto descarada, que “solamente describimos los hechos”. Obviamente, escogían a personas de los estratos sociales más bajos, para que así no tuvieran capacidad de defenderse legalmente en caso de que sus imágenes fueran expuestas en televisión.

El carácter selectivo de la criminología mediática busca ciertas representaciones sociales de los participantes del carnaval criminológico. Los perfiles de los participantes de los espectáculos criminológicos requieren adecuarse a ciertos tipos ideales, extraídos del imaginario social más clasista, racista y prejuicioso de la sociedad en turno. Esto puede verse claramente al ver los perfiles de los participantes explotados en los medios de comunicación los cuales divido en cuatro categorías: los delincuentes vistos como demonios populares, las víctimas con o sin voz en la esfera pública, las agencias policíacas corruptas y/o ineficaces ante el crimen y los vengadores anónimos como representantes de la justicia. A continuación, explicaré estos cuatro perfiles.

### 3.1. La imagen del delincuente: los chakas y otros demonios populares

En los estudios sobre la criminología y la sociología del castigo existen diversos estudios que permiten comprender los prejuicios hechos hacia determinados individuos y grupos sociales en virtud de ciertas características. En este tenor, trabajos como los de

de la dignidad humana de las personas que acudían a exponer sus casos. De la mano de mujeres como Carmen Salinas, Rocío Sánchez Azuara y Lara Bozzo, personas exponían sus supuestas vidas, llenas de tragedias propias de la gente de clase media baja, hasta alcanzar tales grados de conflictividad que en algunos de estos programas las personas llegaban a empujarse, ante la impotencia de los cuerpos de seguridad, quienes, por el contrario, instigaban a las partes a seguir con el show. La discriminación de estos programas era tal, que incluso entre el público comenzaron a incluir a personas con enanismo, travestis, “vampiros”, “hombres lobo” (personas con problemas de hipertricotosis) y hasta extraterrestres.

<sup>24</sup> Los *talk shows basura* son aquellos programas de fines de los noventa que explotaban el morbo social a partir de la violación

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

Howard Becker,<sup>25</sup> Erving Goffman<sup>26</sup> y Stanley Cohen<sup>27</sup> se han vuelto referencias para comprender diversas formas de etiquetamiento y discriminación de ciertos grupos de las subculturas. Existen múltiples percepciones sobre quién es un posible delincuente, en virtud de las múltiples formas en las que los delitos aparecen en la sociedad. Para la criminología mediática la imagen del delincuente es el punto de partida del proceso penal. Ahora bien ¿quiénes son los estigmatizados, etiquetados y demonios populares de este perverso carnaval? La criminología mediática cava en lo más profundo de los prejuicios racistas y clasistas de la sociedad para crear estigmas en ciertos grupos, en ciertos outsiders, quienes encarnarán el papel de los nuevos demonios populares.

A diferencia del estigma clásico, referido a signos corporales que representaban algo malo en el estatus moral de quien los poseía, el estigma moderno, señala Goffman, se refiere al mal en sí mismo.<sup>28</sup> El estigma, en el pensamiento criminológico, apunta a señalar quién es peligrosamente desviado y por ello representa una amenaza para la sociedad en su conjunto. Cohen vio cómo en los años 60 los medios de comunicación ingleses demonizaron a los *mods* y a los *rockers* para hacerlos ver como delincuentes o desviados. Ahora bien, quién crea o define la desviación de cierta persona o grupo es la sociedad. Becker, basándose en investigaciones previas de Edwin Lemert y Frank Tannenbaum, llega a una presunción que es de utilidad para la crítica a la criminología mediática:

La desviación es creada por la sociedad. No me refiero a la manera en que esto se entiende comúnmente, que sitúa las causas de la desviación en la situación social del individuo desviado o en los “factores sociales” que provocaron su accionar. Me refiero más bien a que *los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación* y al aplicar esas normas a personas en particular y etiquetarlas como marginales. Desde este punto de vista, la desviación *no* es una cualidad del acto que la persona comete, sino una consecuencia de la aplicación de reglas

y sanciones sobre el “infractor” a manos de terceros. Es desviado quien ha sido exitosamente etiquetado como tal, y el comportamiento desviado es el comportamiento que la gente etiqueta como tal.<sup>29</sup>

En nuestro caso, los demonios populares, los desviados para la sociedad y los estigmatizados como peligrosos son los jóvenes pobres, con ciertas características físicas y provenientes de ciertos espacios, encasillados bajo el estigmatizante título de *chakas*. La criminología mediática, en su carácter selectivo, crea los pánicos morales de la clase media conforme a los crímenes del momento. Estos participantes son, en su mayoría hombres jóvenes, de color de piel oscura, de condición económica baja y buena parte de ellos tienen nombres de series americanas, es decir, son los “Kevin”, “Bryan” o “Brandon”, mientras que sus contrapartes femeninas son las “Britney”, “Kimberly” o “Tiffany”. Pero existen otros criterios clasificatorios racistas y clasistas para estos jóvenes llamados *chakas*, basada en su gramática corporal y procesos de enculturación. Estos jóvenes suelen vivir en zonas periféricas como Ecatepec o Ciudad Neza, creen en San Judas Tadeo, escuchan reggaetón, fuman marihuana, usan tenis y gorras *Jordan* clonadas, y se transportan en motonetas.

La clase media suele crear en el imaginario la idea de que los jóvenes pobres son potencialmente peligrosos, pues su pobreza, afirma dicha clase, los determina a delinquir. Este prejuicio es aprovechado por la criminología mediática, la cual maximiza los delitos cometidos por este tipo de jóvenes que bien podrían pasar a formar parte de una subcultura anómala, en virtud de los procesos de enculturación que viven en sus barrios, tales como la vestimenta, lenguaje, códigos y estrategias de supervivencia. Poco importa si la sociedad se da cuenta del efecto nocivo que provoca al excluirlos y volverlos una suerte de profecía criminal autorrealizada.<sup>30</sup> El simple hecho de ver a este

<sup>29</sup> 28.

<sup>30</sup> Robert Merton explicó, en 1949, el concepto de profecía que se cumple a sí misma, o profecía autorrealizada. Para Merton, “[L]a especiosa validez de la profecía que se cumple a sí misma perpetúa el reinado del error, pues el profeta citará el curso real de los acontecimientos como prueba de que tenía razón desde el principio [...] Tales son las perversidades de la lógica social.

Es la profecía que se cumple a sí misma la que explica en gran parte la dinámica del conflicto racial y étnico en los Estados Unidos de hoy”. Cfr., Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Ciudad de México, FCE, 2013, p. 507.

<sup>25</sup> Becker, Howard, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, 2009.

<sup>26</sup> Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006, p. 11.

<sup>27</sup> Cfr., Cohen, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, Nueva York, Routledge, 2010.

<sup>28</sup> Becker, Howard, *op. cit.*, 11

tipo de jóvenes en colonias tradicionales o en zonas gentrificadas es motivo suficiente para que el pánico moral se active, pues la criminología mediática ya hizo previamente su labor.

Esto puede verse con notoria frecuencia en las redes sociales, en las que es frecuente leer comentarios racistas y clasistas hacia los jóvenes de zonas periféricas en las que domina la criminalidad formal e informal. A partir de la situación de violencia e impunidad de ciertas zonas de México, las personas han creado páginas de denuncia en redes sociales. En estas páginas la creación del estereotipo de los delincuentes tiene notables efectos, pues el pánico moral está enfocado en la figura del *chaka*, por lo que, al difundirse la noticia de un delito cometido por un joven con ciertas características físicas, el estereotipo cobra efecto y se crea la sensación de que solamente los “Kevin”, “Brayan” y las “Britney” cometen delitos. El morbo por estos delitos es aprovechado por la criminología mediática, la cual enfatiza en exhibir la ilegalidad de los *chakas* y sus formas de vida, consideradas peligrosas por la sociedad bien ordenada.

La identidad del *chaka* no es como la de otros grupos juveniles cuyas formas de vida contracultural pueden encajar dentro del sistema, como los hipsters, darketos, postpunks o veganos, o grupos que pueden expresar su disensión políticamente correcta dentro del sistema, como las feministas identitarias, indignados ante el capitalismo o grupos estudiantiles. Estos grupos pueden vivir perfectamente dentro del sistema e incluso unirse entre ellos, pero jamás podrán unirse a los *chakas*, pues los *chakas* están fuera de la normatividad social, la cultura y contracultura dominantes. Todos los grupos juveniles previamente mencionados bien podrían convivir en una “*after-party*” para escuchar al músico de derecha *Morrissey* en algún bar en Coyoacán, La Condesa o La Roma, e incluso hablar sobre quiénes tienen mayor legitimidad moral, pero si un *chaka* entra a la “*after-party*”, todos tendrán miedo y pensarán que el simple hecho de ver a un *chaka* cruzar por la puerta es motivo suficiente para guardar su cartera y poner mayor atención en sus *iphones*. Por esta razón, como afirma Octavio Nateras, la mirada de los otros atribuye a los *chakas* (chacales) “prácticas de delincuencia y más que nada habla de la discriminación de la cual son objeto”.<sup>31</sup>

La figura del *chaka* termina por erigirse como la imagen del delincuente que acecha en sus motonetas a la sociedad. Esto no quiere decir que a la criminología mediática no le interesen los otros crímenes y criminales. Si bien en algún momento el pánico moral se puede dirigir hacia delitos especiales, existen delitos que siempre exigen castigar a los mismos participantes del carnaval criminológico. Por ejemplo, si un político roba en exceso y hay evidencias de ello, serán el objeto de una atención especial por parte de la criminología mediática, hasta que por cuestiones procesales dicho político quede en libertad. Si en algún otro momento el pánico moral está basado en el delito de acoso sexual, la criminología mediática contribuirá a crear la percepción de que todos los hombres somos demonios acosadores y depravados sexuales, aprovechándose así de las causas feministas para introducir ideas punitivistas en sus discursos,<sup>32</sup> sin que muchas feministas se den cuenta de que a la criminología mediática ellas no les importan, sino el rating que ellas puedan darle.

No podía terminar esta subsección sin mencionar otro tipo de participantes de la imagen delincinencial: “los monstruos”. La criminología mediática tiene especial cuidado de analizar los crímenes más violentos que acontecen en la sociedad para crear el espectáculo requerido. Así, también surgen los apodosos sensacionalistas para generar mayor morbo, tales como “los monstruos de Ecatepec”, “el monstruo de Toluca”, “el caníbal de la Guerrero” y otro tipo de apodosos del mismo estilo que generan mayor rating en la sociedad, a expensas de informar descarnadamente los porqués de tales apodosos. Esto nos lleva a la exposición de los siguientes participantes.

### 3.2. La imagen de la víctima: el cuerpo desmembrado y el dolor de la persona superviviente

En los últimos años el estudio de la victimología ha cobrado notable interés. Este estudio especializado ha estado centrado en temas tales como políticas públicas de atención a las víctimas, la justicia restaurativa

*ma es antinosotros. Culturas, movimientos y resistencias juveniles*, UAM-Iztapalapa/El Colegio de la Frontera Norte/Gedisa, Ciudad de México, 2015, p. 371.

<sup>32</sup> Para un análisis interesante del pánico sexual y el populismo punitivo, expresado en el imaginario de la sociedad americana, cfr., Lancaster, Roger N., *Sex Panic and Punitive State*, California, California University Press, 2011.

<sup>31</sup> Nateras, Alfredo, “Gramáticas corporales, juventudes y malestar social”, en, Valenzuela, José Manuel (Coordinador), *El siste-*

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

y la justicia transicional. Sin embargo, a la criminología mediática estos temas y otros relacionados con tomar a la víctima en serio le estorban para sus cometidos. La imagen de la víctima ocupa el lugar central de las representaciones de la criminología mediática. El uso de la víctima es fundamental para dos cosas: para sembrar el pánico y posteriormente el rencor social. Toda víctima de un delito, sobre todo de delitos violentos y sexuales, puede dejar como rastro estados de conmoción, furia y hasta daños psicológicos. No es poco frecuente que algunas de estas víctimas terminen con trastornos por estrés postraumático. Esto en el caso de que las víctimas sobrevivan a un delito.

Para la criminología mediática la víctima por delitos violentos representa la mejor forma de institucionalizar el pánico moral en la sociedad. Es por esta razón que puede formularse la siguiente regla en torno a la víctima: a mayor violencia de un delito, mayores posibilidades de poner la imagen de una víctima en la portada del diario amarillista. Esto puede verse a diario en las portadas de los diarios amarillistas de México, como el periódico *Alarma*, en el cual, bajo la idea de libertad de expresión, suelen presentarse imágenes de homicidios o incluso de cuerpos desmembrados para vender sus ejemplares. Un ejemplo de esto lo tenemos en el asesinato de la joven Ingrid Escamilla, quien fue asesinada por su pareja el 9 de febrero. Días después, un periódico amarillista puso la imagen del cuerpo desollado de esta joven como portada del día. A pesar de que este ejercicio de libertad de expresión puede restringirse en virtud de que la libertad de expresión es un derecho relativo, es decir, es un principio y no una regla, dicho periódico no fue apercibido legalmente por hacer uso de una fotografía que viola la dignidad humana de este joven y la de su familia, que suficiente dolor tiene con perderla que ahora ver esta imagen en otras partes.

Pero el cuerpo desmembrado es solamente la punta del iceberg. Si la víctima sobrevivió y se trata de un delito violento, entonces el show se montará para revictimizarla ante los medios de comunicación. Pero los medios de comunicación dirán que ellos no revictimizan a la persona víctima, sino que son las autoridades. Así, será grabada la víctima superviviente frente a las autoridades, para exhibir su falta de sensibilidad y potencial corrupción ante el dolor que esta experimenta. Si los delitos sexuales están en el centro de la atención social, entonces la prensa maximizará

todos los delitos sexuales que tengan evidencias visuales de dichos delitos. En el caso de que algunas víctimas sientan rabia, las cámaras estarán al acecho para exponer sus sentimientos de dolor y furia. No hay nada mejor que grabar y evidenciar a la víctima o víctimas con la policía, peritos y personas juzgadoras, para que la sociedad compruebe, de primera mano, que el sistema penal revictimiza y hasta criminaliza a quien se atreve a denunciar o es víctima de un delito. A raíz de esta situación, el pánico moral se desplazará hacia las autoridades casi al mismo nivel que a los delincuentes.

Solamente aquellas víctimas de crímenes horrendos o que sobrevivieron a un acto atroz tendrán visibilidad. Pero también las personas familiares de las víctimas ocuparán el lugar de las víctimas si tienen perfiles interesantes para los medios. Las personas familiares que dan detalles específicos de la relación de la víctima con el victimario, o de los sueños truncados de la víctima serán objeto de reportajes que, lejos de provocar la empatía, promoverán el rencor hacia los criminales, tanto para quienes cometieron cierto crimen y deben ser castigados (*quia peccatum est*), como para los próximos y peligrosos delincuentes (*ne peccetur*).

La víctima no necesita exponerse al lente de los medios y al morbo social, pues suficiente ha tenido con la experiencia del crimen. Pensemos en delitos tan graves como los sexuales, en los que la víctima requiere de un apoyo emocional y psicológico inmediato y adecuado. Esto lo expresa con claridad Irvin Waller:

Las víctimas del delito necesitan procesar la conmoción y la confusión de su victimización repentina y arbitraria. Una buena manera de trabajar con algunas de esas reacciones confusas es tener a una persona compasiva y comprensiva que sepa escuchar a las víctimas, pues éstas desean tener voz y ser reconocidas por otros.

Las víctimas requieren que alguien las apoye en el curso de los procesos más aterradores y difícil es de la atención médica y del sistema de justicia penal.<sup>33</sup>

Ante la pluralidad de los delitos y las diversas formas de victimización se requieren tratamientos diferenciados para apoyar a las víctimas, pues no es

<sup>33</sup> Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, Ciudad de México, INACIPE, 2014, p. 65.

lo mismo un delito patrimonial que un delito sexual. Pero estas circunstancias no les importan a los medios, quienes lucrarán incluso con los testimonios de las víctimas para subir el rating de sus noticias. Así, la víctima será crucial para sembrar el pánico moral en la sociedad.

### 3.3. La imagen de la autoridad penal: ética y estética de la (in)seguridad ciudadana

A la criminología mediática le estorba el Estado de derecho en general y el garantismo penal en especial. Cualquier concepción positiva del Estado, de la policía y de los jueces debe ser rechazada, pues así la criminología mediática pierde fuerza. Así como los delincuentes son etiquetados como seres peligrosos, también los policías deben ser etiquetados del mismo modo. Toda la información que pruebe que agentes del Estado cometen delitos es presentada en diversos medios para crear el pánico moral hacia las agencias policíacas del Estado.

A fines de 2015, el comediante alemán Jan Böhmmermann publicó un video de rap, bajo el pseudónimo POL1Z1STENS0HN (“hijo de policía” en alemán y en escritura *leet*), titulado “Yo tengo a la policía” (“*Ich hab’ Polizei*”). En esta canción, llena de expresiones cargadas de un sociolecto de clases sociales bajas, Böhmmermann hizo una parodia del rap tradicional, crítico hacia la autoridad, y en vez de usar expresiones de rechazo a la autoridad, alabó a la policía. Dentro de las estrofas de esta canción encontramos las siguientes:

Du hast gut trainiert?	¿Tú has entrenado?
Ich hab’ Polizei	Yo tengo a la policía
Du hast deine Maschti?	¿Tú tienes a tus compas?
Ich hab’ Polizei	Yo tengo a la policía
Du hast ein Problem?	¿Tienes un problema?
Ich hab’ Polizei	Yo tengo a la policía
Du hast Schreckschusspistole?	¿Tú tienes una escopeta?
Ich hab’ Polizei	Yo tengo a la policía

Este video muestra a la policía alemana con ciertas características que van desde su tipo de armas y tácticas, hasta su base de legitimidad en la sociedad. Al final, la canción termina con la expresión “la policía

es tu enemiga, la policía es mi socorrista” (*Polizei ist Dein Feind, Polizei ist mein Helfer*). Independientemente del debate que provocó esta canción entre raperos y periodistas por apropiarse de expresiones de la subcultura y hacer una especie de apología de la violencia policíaca, una cosa me queda clara: esta canción sería inimaginable para nuestra concepción latinoamericana y americana de la policía. Daré a continuación un ejemplo de esta imposibilidad.

A fines de ese mismo año, fui al centro de la Ciudad de México a comprar libros. Mientras encadenaba mi bicicleta, noté que un hombre discutía con una mujer policía por colocarle un inmovilizador a la llanta de su coche. El hombre, furioso, comenzó a grabarla y patearla con notoria violencia, al mismo tiempo que gritaba que no lo reprimiera. Esto me indignó, pero antes de que pudiera hacer algo por ella, otros policías sometieron a este hombre y lo tiraron al piso. Pero mientras este hombre era esposado por golpear a la mujer policía, otro sujeto, de barba abundante, saco *vintage*, tenis converse y un libro en la mano cuya portada me era familiar, salía de un café cercano a este lugar. Al ver el sometimiento, este sujeto tiró el libro que llevaba y gritó estridentemente que no permitiría que la policía hiciera “un *homo sacer* más” frente a sus ojos. Supongo que ni el hombre violento ni la policía entendían el lenguaje teórico de este sujeto, pero lograron someter al primero y lo metieron a una patrulla. Mientras el hombre violento era llevado en la patrulla, el otro sujeto se hincó, alzó sus brazos cual Sargento Elias (Willem Dafoe) en *Platoon* y murmuraba, ante el asombro de las demás personas, que también se lo llevaran a él. El libro que yacía en el piso era *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, de Giorgio Agamben.

Estas imágenes extremas de la policía me permiten explicar mi punto relativo al etiquetamiento negativo hacia los cuerpos policiales llevado a cabo por la criminología mediática y luego por la sociedad. Es evidente que no todos los policías son honestos, pero tampoco es cierto que todos los policías son corruptos, violentos y con sed de reprimir a la ciudadanía por mero placer lúdico. En el primer caso puedo decir que no toda la sociedad alemana coincidirá en ver a los policías como el amigo en quien confiar, pero vaya que el grado de confianza de la sociedad en la policía es alto. Esto puede constatarse empíricamente. En el segundo caso puedo afirmar que el estereo-

tipo negativo hacia los policías tiene tal grado, que basta con que los medios expongan casos de violencia policiaca para crear el pánico moral acerca de que la policía es corrupta y violenta necesariamente. Si a eso le agregamos las típicas interpretaciones *light* que los estudiosos del derecho hacen del concepto de *biopolítica* y de los respectivos textos de Foucault, Agamben y Esposito, tenemos el escenario perfecto para etiquetar a todos los cuerpos policíacos de ser peor que los delincuentes, peor que los animales.

Pero el etiquetamiento derivado de la peligrosidad y corrupción ética de las corporaciones policíacas no es suficiente. El etiquetamiento social también va acompañado de una valoración estética. La apariencia física de los policías es vista como expresión de su ética laboral. La falta de disciplina sobre el cuerpo es falta de rigor ético. El exceso de grasa corporal es una ausencia de virtud moral. El policía mexicano suele ser objeto de comparaciones con policías de otros países y hasta con policías de series de entretenimiento. Estos policías, de físico más estético, son percibidos como más efectivos y menos corruptos frente a los delincuentes. Por esta razón, en el carnaval del etiquetamiento no pueden faltar las burlas hacia el físico de los policías mexicanos, las cuales van desde cuestionar su ética de trabajo y salud hasta preguntarse cómo podrán atrapar a delincuentes de físico más delgado o atlético. Este tipo de comentarios degradantes del cuerpo de los policías son hechos tanto por personas de educación media como por parte de un sector educado en valores cívicos que no debería llevar a cabo argumentos discriminatorios de este tipo.<sup>34</sup> Sin embargo, el etiquetamiento de la sociedad civil hacia los policías es difícil de cambiar.

Si los policías son parte de “los malos”, lo mismo puede decirse de los abogados de oficio, fiscales, peritos y jueces. Todos ellos son visto como burócratas negligentes que impiden el acceso a la justicia: los abogados de oficio están coludidos con el poder punitivo, los fiscales tienen facultades discrecionales plenas, los peritos están cargados de prejuicios hacia las víctimas y el juez termina por ser la peor figura

del sistema punitivo, pues por cuestiones meramente formales termina por liberar a criminales que al salir saldrán de nuevo a cometer los crímenes más atroces. Todos estos personajes, en palabras de Zaffaroni, contribuyen a armar este escenario:

El *show* se monta presuponiendo un Estado omnipotente que si no evitó la desgracia fue por negligencia o por ineficacia, lo que fija en el imaginario colectivo la peligrosa idea de que el *Estado debe ser omnipotente*, pretendiendo que se prevengan hasta los delitos y accidentes más patológicos e imprevisibles, que en ningún país del mundo se pueden evitar.<sup>35</sup>

Paradójicamente, el discurso de la ineficacia del Estado puede llevar a exigir la omnipotencia del Estado. Estos son los extremos que puede crear la distorsión de la criminología mediática en la percepción y opinión pública. Ante policías percibidos como corruptos, violentos y con sobrepeso, fiscales torpes, peritos cuadrados y jueces legalistas, ¿qué opciones tiene la ciudadanía para defenderse? Esto nos lleva al siguiente participante del carnaval.

### 3.4. La imagen del justiciero: Mario Almada como fuer(z)a de ley

La ineficacia de la policía y más en general del sistema de justicia penal propicia la indefensión de la sociedad en zonas periféricas de las grandes ciudades. Tanto el crimen organizado como el crimen informal crean estados de excepción de facto que suspenden las normas jurídicas. Los soberanos regionales del crimen crean una “violencia fundadora” (*rechtserhaltende Gewalt*) en palabras de Walter Benjamin.<sup>36</sup> El camino hacia los trabajos u hogares de las personas se vuelve una travesía más peligrosa que la que hizo la banda “Los guerreros” en la novela de Sol Yurick —y filme de culto— *The Warriors* del norte del Bronx a Coney Island.

Ante este escenario, algunas víctimas, cansadas del crimen y la ineficacia policiaca, llevan a cabo una transformación y se vuelven justicieras. Esta figura del justiciero tiene un carácter especial, en virtud de que se trata de la figura de mayor legitimidad en la

<sup>34</sup> Sobre este tema, cfr., Nava, Alejandro, “Hacia una crítica del derecho penal del enemigo y de la criminología mediática: consecuencias locales de la actual política criminal global”, en, Borsò, Victoria/Leyva, Gustavo/Temelli, Yasmin, (eds.): *Democracia y violencia entre lo global y lo local. Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*, Düsseldorf, Düsseldorf University Press, 2014, pp. 167-182.

<sup>35</sup> Zaffaroni, Raúl, *op. cit.*, p. 385.

<sup>36</sup> Benjamin, Walter, “Zur Kritik der Gewalt”, en *Walter Benjamin Gesammelte Schriften, vol. II. 1*. Tiedemann, R./Schweppenhäuser, H. (eds.), Fráncfort del Meno: Surhkamp. 1999, p. 186

sociedad moderna. El justiciero no es una persona con superpoderes ni con un armamento especial como el que usa el antihéroe *The Punisher*, sino más bien es una persona que casi siempre compra un arma en el mercado negro y la lleva consigo cada vez que sube a una combi que lo lleva del Metro Indios Verdes a su hogar, ubicado en un suburbio de Ecatepec.

Ecatepec es una zona periférica donde se dan fenómenos parecidos a los de los hiperguetos descritos por Loïc Wacquant en *Parias Urbanos*, caracterizados por *la despacificación de la vida cotidiana, la desdiferenciación social y la informalización económica*,<sup>37</sup> fenómenos en los que Wacquant imagina a Norbert Elias en el gueto negro. En zonas como Ecatepec la violencia es acaso más grave que la de los guetos negros donde Wacquant aprendió box, pues los asaltos y homicidios mantienen cifras alarmantes diarias y no hay posibilidad de tener espacios de orden. Es en estas zonas donde surge la figura del justiciero, quien da muerte a los delincuentes, ya sea disparándoles a los delincuentes dentro de la combi o afuera de ella, una vez que bajaron de dicho vehículo con las carteras y celulares. Esta figura del justiciero suele ser alabada tanto por las víctimas habituales de los delitos como por la sociedad civil, quien la considera verdadera impartidora de justicia. La representación más acabada del justiciero puede encontrarse en la figura de Mario Almada.

Mario Almada fue un actor mexicano que protagonizó, en la mayoría de sus películas, dos papeles que simbolizan la representación del justiciero: ya sea el de un oficial de policía implacable que pregunta antes de disparar o el de un ciudadano pacífico que a partir de la violencia en el barrio se vuelve un sujeto violento. Nada diferente a lo que hacía su contraparte americana Charles Bronson. En cualquiera de ambos papeles Almada representó en el imaginario social la idea de que hay alguien que, ante la delincuencia, estando “fuera de ley” se vuelve la “fuerza de ley”. “Fuera de ley”, porque sus actos de quitar la vida a los delincuentes y poner en riesgo a otras personas en ocasiones escapan de la causal de exclusión del delito. “Fuerza de ley”, porque sus actos restablecen el derecho y lo dotan de eficacia, de vigor, de restablecimiento de la “fuerza normativa de lo fáctico” (*nor-*

*mative Kraft des faktischen*), como la llamaba Georg Jellinek.<sup>38</sup>

La expresión “fuerza de ley” alude a una conferencia que Jacques Derrida dio en la Cardozo Law School en 1989, evento organizado por Drucilla Cornell y en el cual participaron miembros de los *Critical Legal Studies*. A partir de la lectura del ensayo “Para una crítica de la violencia” (*Zur Kritik der Gewalt*) de Benjamin, el cual este filósofo expone su visión sombría del derecho y la justicia, Derrida acuñó este sintagma para referirse al fundamento de la fuerza del derecho y su racionalidad mítica. Para Derrida, dado que el fundamento, origen o posición de la autoridad por definición solamente puede apoyarse en ellos mismos, “estos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento”.<sup>39</sup> La violencia del justiciero, del Mario Almada, es la fuerza de ley que deconstruye la justicia legal en nombre de la justicia real. Mario Almada consigue conciliar la dimensión ideal del derecho con su dimensión real mejor que Alexy. La fuerza de ley del justiciero —ya sea que se trate de un policía o ciudadano— situada fuera de (la) ley, es experimentada por la sociedad como un acto genuino de justicia y fundamento de la autoridad, pues va más allá del derecho formal y sus garantías en favor de los delincuentes. El revolver de Mario Almada, al momento de dar muerte a “chakas”, representa al colectivo que exige una acción extrema ante el pánico de subirse a una combi y ser asaltada a diario, al mismo tiempo que cada bala disparada por un justiciero se convierte en un argumento más en contra del garantismo de Luigi Ferrajoli. Esta fuerza del justiciero, ejercida sobre los delincuentes, les confiere vigor a los impulsos más violentos de la sociedad, vistos no como actos de venganza, sino como normas suprapositivas, una especie de *derecho natural gore*. De esta forma, a través de la fuerza de ley, “decretos, disposiciones y medidas que no son formalmente leyes adquieren no obstante «su fuerza»”.<sup>40</sup>

El garantismo de Ferrajoli, frente al revolver de Almada, tiene pocas posibilidades de sobrevivir. Frente a la sociedad, Almada es un hombre de justicia; Ferrajoli, un defensor de los delincuentes. Por

<sup>38</sup> Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 337.

<sup>39</sup> Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 34.

<sup>40</sup> Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2010, p. 80.

<sup>37</sup> Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*. Buenos Aires: Manantial, 2001, pp. 11 y 112.

## El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática

esta razón las personas que presencian estos enfrentamientos no van a declarar contra el justiciero, y los policías tampoco lo detendrán, pues el Almada en turno les ahorró el trabajo de lidiar con un “chaka” más. Al ver el cadáver de un joven a manos de un justiciero los noticieros amarillistas pondrán en sus portadas un título a que hay un “chaka” menos, es decir, “Chakabó”. Sin embargo, la expresión “Chakabó” permite analizar los fundamentos de un “«habitus nacional» que ha posibilitado el «Entzivilisierungsschub» (impulso descivilizatorio) en un país como el nuestro”.<sup>41</sup> Este “habitus nacional” dará impulso a la barbarie de la justicia por propia mano y posteriormente a las medidas penales más irracionales en nombre del discurso de la seguridad y de la no impunidad ante la violencia criminal.

El “after-party” del carnaval criminológico termina en un pánico moral incontrolable y con ello abre la puerta al populismo penal. El discurso criminológico-crítico de la academia termina por sucumbir ante el amarillismo de los medios de comunicación. No es necesario que vuelvan a la televisión programas como *Fuera de la ley* y *Duro y directo*, pues estos programas sentaron las bases del periodismo amarillista actual y contribuyeron a dar cuenta de que el morbo genera rating y pánico. El rating los beneficia a ellos. El pánico moral afecta a toda la sociedad en su conjunto. No obstante, hay algo más que decir sobre el pánico. El pánico puede degenerar en odio, furia, rencor, sentimientos que engendrarán al populismo punitivo desde la sociedad misma.

En este momento no puedo proponer una propuesta de reducción de los efectos de la criminología mediática, pues todavía no he explicado la política del rencor ocasionada por la criminología mediática, algo que haré en otro ensayo. Por tal razón, solamente puedo decir que es indispensable analizar los efectos de la criminología mediática en la sociedad civil, ya que el populismo punitivo no solo es promovido por los medios de comunicación, sino también por la sociedad civil, pues es ella la que termina por legitimar masivamente esta forma de populismo. De esta manera, en otro ensayo exploraré los efectos perversos

de la criminología mediática en la sociedad civil y, en especial, en las redes sociales.

## Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2010.
- Becker, Howard, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, 2009.
- Benjamin, Walter, “Zur Kritik der Gewalt”, en *Walter Benjamin Gesammelte Schriften, vol. II. 1*. Tiedemann, R./Schweppenhäuser, H. (eds.), Fráncfort del Meno: Surkamp, 1999.
- Cohen, Stanley, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Massachusetts, Polity, 1985.
- Cohen, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, Nueva York, Routledge, 2010.
- Da Matta, Roberto, *Carnavales, malandros y héroes. Hacia una sociología del dilema brasileño*, Ciudad de México, FCE, 2002.
- Debord, Guy, *The Society of Spectacle*. Detroit, Black & Red, 1970.
- Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Fazio, Carlos, *Terrorismo mediático. La construcción social del miedo en México*, Ciudad de México, Debate, 2013.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2013.
- Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied/Berlín, Luchterhand, 1962.
- Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960.
- Kaiser, Günther, *Kriminologie*, Heidelberg, C. F. Müller, 1997.
- Kunz, Karl-Ludwig, *Kriminologie*, Berna, Haupt Verlag/UTB, 2004.
- Lancaster, Roger N., *Sex Panic and Punitive State*, California, California University Press, 2011.
- Lesch, Heiko, *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

<sup>41</sup> Leyva, Gustavo, “Filosofía, política y violencia”, en, Borsó, Victoria/Leyva, Gustavo/Temelli, Yasmin, (eds.): *Democracia y violencia entre lo global y lo local. Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*, Düsseldorf, Düsseldorf University Press, 2014, p. 49.

- Leyva, Gustavo, "Filosofía, política y violencia", en, Borsò, Victoria/Leyva, Gustavo/Temelli, Yasmin, (eds.): *Democracia y violencia entre lo global y lo local. Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*, Düsseldorf, Düsseldorf University Press, 2014, pp. 37-54.
- Matthews, Roger, *Realist Criminology*, Londres, Palgrave Macmillan, 2014.
- Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Ciudad de México, FCE, 2013.
- Nateras, Alfredo, "Gramáticas corporales, juventudes y malestar social", en, Valenzuela, José Manuel (Coordinador), *El sistema es antinosotros. Culturas, movimientos y resistencias juveniles*, UAM-Iztapalapa/El Colegio de la Frontera Norte/Gedisa, Ciudad de México, 2015, pp. 363-380.
- Nava, Alejandro, "Hacia una crítica del derecho penal del enemigo y de la criminología mediática: consecuencias locales de la actual política criminal global", en, Borsò, Victoria/Leyva, Gustavo/Temelli, Yasmin, (eds.): *Democracia y violencia entre lo global y lo local. Demokratie und Gewalt zwischen dem Globalen und Lokalen*, Düsseldorf, Düsseldorf University Press, 2014, pp. 167-182.
- Nava, Alejandro, "La política criminal y la palabra de los muertos. Un diálogo con la criminología cautelar de Zaffaroni", en *Revista Penal México*, 13, 2018, pp. 95-102.
- Palacios, Gerardo, *Criminología contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*, Ciudad de México, INACIPE, 2019.
- Pratt, David, *Penal Populism*, Nueva York, Routledge, 2007.
- Safranski, Rüdiger, *El mal o el drama de la libertad*, Ciudad de México, Tusquets Editores, 2013.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, Gottinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.
- Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.
- Schwind, Hans-Dieter, *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 2001.
- Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*. Buenos Aires: Manantial, 2001.
- Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, Ciudad de México, INACIPE, 2014.
- Young, Jock, "Paradigmas recientes de la criminología", en, Maguire, Mike, Morgan, Rod y Reiner, Robert, *Manual de criminología. Segunda edición*, Ciudad de México, Oxford, 2014, pp. 1-71.
- Zaffaroni, Raúl, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2013.
- Zaffaroni, Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- Zaffaroni, Raúl y Dias, Ílison, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Ecuador, 2019.



## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

Alma Mirella Vega Guzmán

*Jueza 1º de paz de Chalchuapa, Santa Ana, El Salvador. Graduada de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Maestría en Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” UCA, egresada de la Maestría en Derecho Penal Económico de la Universidad de El Salvador. Ex profesora en la materia de Derecho Penal en la Universidad Francisco Gavidia de El Salvador.*

**RESUMEN:** Este artículo expone un análisis del tipo penal del suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en el Derecho penal de género salvadoreño, el cual, traslada al lenguaje jurídico penal, el problema del suicidio de mujeres precedida de violencia de género. A partir de dicho análisis se advierte que, a pesar de su novedad como figura delictiva, existen algunas particularidades en la descripción del tipo penal que puedan presentar conflictos de interpretación al momento de su aplicación. En tal sentido, se presentan valiosas propuestas de lege ferenda a fin de mejorar su construcción normativa, a través de una tipificación más adecuada.

**PALABRAS CLAVE:** suicidio feminicida, feminicidio, femicidio, violencia de género, suicidio, inducción o ayuda al suicidio

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes normativos: de la desigualdad legal histórica de la mujer salvadoreña a la igualdad jurídica. 3. Aproximación y surgimiento del término suicidio feminicida. 4. Análisis jurídico penal del suicidio feminicida por inducción o ayuda en la LEIV. 5. El suicidio feminicida en el modelo español y otros países de Iberoamérica. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción.

El suicidio es definido por la Organización Mundial de la Salud –en adelante OMS–, como aquel acto deliberado de matarse, el cual, se considera como un problema grave de salud pública<sup>1</sup>. En efecto, sus datos son alarmantes, puesto que en 2016, la OMS reportó que cada año alrededor de 800 000 personas se suicidan, dónde se sitúa el 7,5 mujeres suicidas por cada 100 000 mujeres. Asimismo, la OMS apuntó que en 2012, los suicidios representan 71% de muertes violentas registradas entre mujeres a nivel mundial<sup>2</sup>.

En la actualidad, resulta innegable que algunos casos de suicidios de mujeres se encuentran vinculadas con la violencia de género. Por ejemplo, la Administración de Servicios de Abuso de Sustancias y Salud Mental de los Estados Unidos –SAMHSA por sus siglas en inglés–, considera que la violencia en la relación de pareja presenta un alto riesgo de suicidio en mujeres, quienes tienen casi cinco veces más probabilidades de suicidarse que las mujeres que no están expuestas a la violencia de pareja<sup>3</sup>.

De igual manera, la OMS señala, en un informe publicado en 2014, que muchos de los comportamientos suicidas de mujeres están asociados a casos de violencia que sufren estas, en las que pueden incluirse: violencia sexual y violencia cometida por la pareja de la mujer, que constituyen factores de riesgo de suicidio y aumento de intentos de cometerlo. Por ello, el Fondo de Población de las Naciones Unidas –UNFPA–, considera que el suicidio suele ser consecuencia de la preexistencia de relaciones desiguales de poder que conllevan a la persona hacia la muerte; por ello, señala la importancia de erradicar las concepciones machistas de la sociedad<sup>4</sup>.

El Salvador no es ajeno a este problema, de acuerdo a un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud, publicado en 2014, en el se que investigó las incidencias de la violencia de género en algunos países de Latinoamérica, se encuestó a un grupo de mujeres salvadoreñas que expresaron sufrir violencia física o sexual por parte de su pareja en los últimos 12 meses, cuyo resultado indicó, que 31.7% de ellas deseaban suicidarse debido a la violencia que ejerce su esposo o compañero de vida<sup>5</sup>.

Lo anterior, es un indicador del impacto en la vida de estas mujeres que sufren violencia de género, la cual, es cometida por hombres que las someten a condiciones de dominación, discriminación y desigualdad<sup>6</sup>.

La violencia contra la mujer, constituye una violación de los derechos humanos, como refiere el preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de *Belém do Pará*–<sup>7</sup>, violencia que la define en su artículo 1, como “cualquier acción o conducta basado en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Asimismo, de acuerdo a la Recomendación General núm. 19 de 1992, actualizada mediante la Recomendación núm. 35 de 2017, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en adelante CEDAW–<sup>8</sup>, considera que la violencia de género –o *violencia por razón de género contra la mujer*–, puede adoptar múltiples

dios”, UNFPA, El Salvador, 1ra ed. 2019, pp. 8 y 12.

<sup>6</sup> Organización Panamericana de la Salud, “Violencia contra las mujeres en América Latina y El Caribe. Análisis comparativo de datos poblacionales de 12 países”, Washington, D.C., 2014, p. 59. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/violenciaespanol\\_2.4-web\\_0.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/violenciaespanol_2.4-web_0.pdf) [Consulta: 24 de abril de 2020].

<sup>7</sup> Algunos autores afirman que el suicidio se presenta como la última opción de la mujer para escapar de la violencia física, sexual o emocional producida generalmente por su pareja masculina, que conduce a la mujer a privarse de su propia vida. ASENSI-PÉREZ, Larua Fátima, ASENSI BORRELL, Julia y DIEZ JORRO, Miguel, “Violencia contra la mujer y suicidio femenino”, en *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano*, Instituto Pacífico, Perú, 2019, pp. 203-227.

<sup>8</sup> La Convención de Belém do Pará fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994, que constituye ley de la República de El Salvador como lo señala el art. 144 Cn., por estar ratificada mediante Decreto Legislativo –D.L.- núm. 430 del 23 de agosto de 1995.

<sup>9</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

<sup>1</sup> Organización Mundial de la Salud, “Prevención del suicidio, un imperativo global”, edición original en inglés: *Preventing suicide: a global imperative*, traducido por la Organización Panamericana de la Salud, 2014, p.12. Recuperado en: [https://www.who.int/mental\\_health/suicide-prevention/world\\_report\\_2014/es/](https://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/world_report_2014/es/) [Consulta: 26 de abril de 2020].

<sup>2</sup> Véase Organización Mundial de la Salud, “Suicidio”. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/suicide> [Consulta: 21 de abril de 2020] y Organización Mundial de la Salud, “Prevención del suicidio, un imperativo global”, op. cit., pp. 03 y 07.

<sup>3</sup> SAMHSA, “Intimate partner violence”. Recuperado en: <https://www.integration.samhsa.gov/clinical-practice/intimate-partner-violence> [Consulta: 22 de abril de 2020].

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud, “Prevención del suicidio, un imperativo global”, op. cit., p. 37.

<sup>5</sup> UNFPA, “¿Sin opciones? Muertes maternas por suicidio”.

manifestaciones, al ser: “actos u omisiones destinados a, o que puedan causar o provocar la muerte...”<sup>10</sup> y que los *suicidios forzados* de mujeres se incluyen en estas muertes provocadas por la violencia de género.

En ese sentido, el Estado de El Salvador, consciente de los compromisos que adoptó en 1995 al ratificar la Convención de *Belém do Pará*, y del problema que representa el suicidio de mujeres vinculados con la violencia de género, a finales de 2010 el legislador salvadoreño concretó como tipo penal el *suicidio feminicida por inducción o ayuda*, en una nueva ley penal de género. Esto debido a que los datos que se contabilizaban de suicidios de mujeres era alarmante en el país, sobre todo en jóvenes y mujeres adolescentes, ya que en 2009, alrededor de 476 adolescentes mujeres se suicidaron.

Así, el *suicidio feminicida por inducción o ayuda* constituye una novedad legislativa en el ámbito latinoamericano, siendo El Salvador el primer país —y quizás el único en el mundo— que lo establece con dicho *nomen iuris* en el artículo 48 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (en adelante LEIV). Es una figura tan novedosa, que se reguló en El Salvador mucho antes que la Organización de los Estados Americanos y ONU MUJERES, planteara como propuesta la estructura del delito de suicidio feminicida, que hasta 2018, lo incluye en el “Proyecto de “Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Femicidio)”<sup>11</sup>, en el cual, lo considera como figura conexas al feminicidio, situándola en casos de muerte violenta de mujeres.

En ese sentido, a efecto de aproximarse al estudio del tipo penal de suicidio feminicida, en esta investigación se inicia dando a conocer la historia inmediata de la desigualdad de la mujer salvadoreña en la

ley penal, hasta el reconocimiento de sus derechos en igualdad a los hombres en el nuevo Derecho penal de género.

De igual manera, se exponen los antecedentes que dan origen al término suicidio feminicida, lo que permite tener un acercamiento a este fenómeno social: la inducción al suicidio de mujeres vinculados a violencia de género, lo que conlleva la concreción normativa del problema. Seguidamente se presenta el análisis jurídico penal del delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda, regulado en la LEIV, utilizando el método de investigación dogmático que incluye mayormente la doctrina penal salvadoreña y española, tomando en cuenta la influencia española en el sistema jurídico salvadoreño.

Asimismo, se apuntan algunos problemas de interpretación detectados en el tipo penal del suicidio feminicida, que pueden presentarse en la práctica por parte de los operadores jurídicos. Consecuentemente, se presentan las propuestas de interpretación de la norma jurídico penal en estudio, que se considera acertada para una correcta aplicación en casos concretos, partiendo de los límites de la dogmática penal.

En el penúltimo apartado, se expone brevemente los modelos de intervención en Venezuela, Panamá y España, en cuanto a la respuesta penal que dan al fenómeno del suicidio de mujeres por razones de género. Finalmente, se plantean las conclusiones de la investigación, que incluyen propuestas de *lege ferenda* al tipo penal de suicidio feminicida regulado en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, a fin de mejorar la protección de los derechos de las mujeres víctimas de este delito, a través de una tipificación más adecuada.

## 2. Antecedentes normativos: de la desigualdad legal histórica de la mujer salvadoreña a la igualdad jurídica.

Los antecedentes jurídicos-penales inmediatos en El Salvador, reflejan normas que regulaban la condición de mujer de manera opuesta a la que justifica el derecho penal de género actual, donde el hombre tenía una posición privilegiada con respecto a la vida y derechos de la mujer. En efecto, regía un sistema patriarcal que subordinaba a las mujeres al mandato masculino que supuso una legalización de las desigualdades históricas entre hombres y mujeres, donde la mujer debía someterse a su marido y fue discrimi-

<sup>10</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer”, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 2017. Recuperado en: <https://undocs.org/sp/CEDAW/C/GC/35> [Consulta: 15 de mayo de 2020].

<sup>11</sup> Este proyecto de Ley modelo, señala al Suicidio feminicida en el art. 8, que contempla de forma similar la estructura típica que se señala en el art. 48 de la LEIV, en la que incluye el primer y último supuesto que cualifica la conducta. (Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecevi/docs/LeyModeloFemicidio-ES.pdf> [Consulta: 24 de abril de 2020].

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

nada con total aceptación desde la misma Constitución<sup>12</sup> y la ley<sup>13</sup>.

Así, por ejemplo, a pesar que desde los primeros códigos penales se reconocía la muerte violenta de una mujer cometida por su esposo como conducta delictiva, se establecía a favor del hombre un homicidio privilegiado de su mujer, como excepción al parricidio. En tal sentido, en los artículos 358, 359 y 379 del Código penal – en adelante CP- de 1893, se legalizaba el uxoricidio por adulterio<sup>14</sup>, que era el derecho del hombre de disponer de la vida de su esposa si era sorprendida “*en el acto*” con otro hombre en adulterio; en el que, si el esposo mataba en el acto a su mujer o al adúltero, se establecía la pena de destierro y no la pena de muerte, incurriendo la misma pena si le causaba lesiones graves, y no conllevaba ninguna sanción si cometía otro tipo de lesiones<sup>15</sup>.

El mismo privilegio se le daba al padre respecto de su hija menor de 21 años, de quién podía disponer de su vida en tales circunstancias. Así, a la mujer no se le brindaba una verdadera protección penal de sus bienes jurídicos de integridad física y la vida, siendo así que el uxoricidio por adulterio se establecía como un delito por *honoris causa*, donde era más importante el honor de los maridos en la moralidad sexual, que era más exigente con las mujeres<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Ejemplo de ello, la Constitución Política de El Salvador, en el período de 1886 a 1939, regulaba a su tenor que “*todos los hombres son iguales ante la ley*” (art. 23), no incluyó a las mujeres en ese plano de igualdad, tampoco se les reconocía como ciudadanas, ni tenían el derecho al voto presidencial.

<sup>13</sup> De igual manera, en el derecho civil salvadoreño se situaba al hombre como el patriarca de la mujer, dado que el padre de mujer soltera o el esposo de la mujer era su representante legal (art. 45 del Código civil de 1860). Asimismo, al hombre se le reconocía la potestad marital, “...el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer” (art. 134 Código civil de 1860 a 1949).

<sup>14</sup> El art. 379 CP de 1893 señalaba: “*El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a ésta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si le causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena...*”.

<sup>15</sup> ISDEMU, “Tercer informe nacional sobre la situación de violencia contra las mujeres en El Salvador 2011. Capacidades institucionales para la aplicación de la Ley Especial Integral para una vida libre de Violencia para las Mujeres”, ISDEMU, El Salvador, 2011, p. 16. Disponible en <https://www.transparencia.gob.sv/instituciones/instituto-salvadoreno-para-el-desarrollo-de-la-mujer/documents/6079/download> [Consulta: 14 de mayo de 2020].

<sup>16</sup> Alonso Álamo, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, en *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Bosch editor, España, 2019, p. 95.

Ello era así dado que esta excepción a la regla del parricidio a favor del hombre no ocurría a la inversa, si la mujer era quien encontraba a su marido en adulterio con otra mujer y mataba a su marido, la mujer era sancionada con pena de muerte por el parricidio.

En tal sentido, la legislación penal salvadoreña en sus antecedentes propiciaba la desigualdad entre hombres y mujeres, pues, privilegió al hombre sobre la mujer –*cuestión que se corrigió a partir de la Constitución de 1950*<sup>17</sup>–, lo que se opone por completo al moderno derecho penal de género, cuya finalidad es erradicar la desigualdad y discriminación histórica entre hombres y mujeres.

En la actualidad, se reconoce y penaliza el feminicidio y el suicidio feminicida en una ley penal de género, que como se referirá *infra*, se consideran construidas sobre la base de un mayor contenido del injusto, donde no solo se ataca a la vida, sino también, como complemento, se ataca el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia y discriminación, como lo refiere Cortez de Alvarenga<sup>18</sup>. Lo anterior se sitúa en contraposición con la potestad marital y el uxoricidio que privilegiaba al hombre de disponer de la vida de “su mujer”, cuyos supuestos legales eran irrazonables.

Esa ley penal de género es producto de los grandes esfuerzos que ejecutó el Estado de El Salvador, para cumplir los compromisos adquiridos al ratificar la Convención de Belém do Pará-, es el primer tratado interamericano que reconoció como derecho de las mujeres, el goce a una vida libre de violencia tanto el ámbito público como en el privado (art. 3).

A partir de esta Convención se inicia en El Salvador un marco jurídico regulatorio dirigido para prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia la mujer,

<sup>17</sup> La Constitución de 1950 reguló por primera vez la igualdad jurídica entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación por motivos de sexo (arts. 22 y 150), además de reconocer la igualdad jurídica de los cónyuges (art. 180.1). Ello fue resultado de los esfuerzos de movimientos feministas a nivel internacional que se realizó en esos años y que conllevó al reconocimiento del principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y en las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7 y 16). Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de inconstitucionalidad ref. 45-2012 del 22/VII/2015.

<sup>18</sup> Cortez de Alvarenga, Alba Evelyn, “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios”, Red Feminista Frente a la Violencia contra las Mujeres – RED-FEM-, con apoyo de UNFPA y FUNDACIÓN FORD, El Salvador, 2013, p. 15.

cuyos esfuerzos dan fruto 15 años después de su ratificación<sup>19</sup>, momento en que el legislador aprueba, el 25 de noviembre de 2010, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres – LEIV-, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012<sup>20</sup>.

Es así que, la LEIV regula por primera vez, delitos que sancionan penalmente la violencia hacia las mujeres, por constituir una violación hacia los derechos humanos de estas, vinculada con la desigualdad de la distribución de poder, discriminación y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad<sup>21</sup>. Entre los delitos que regula, se encuentra la muerte violenta de la mujer por motivos de género, bajo el *nomen iuris* Femicidio, Femicidio agravado –arts. 45 y 46-, y el suicidio feminicida por inducción o ayuda –artículo 48-, los cuales, siguiendo a Cortez de Alvarenga<sup>22</sup>, se encuentran en la clasificación de los delitos relativos a la violencia física contra las mujeres.

Las novedades en la LEIV son diversas, su desarrollo y análisis excede las expectativas de esta investigación, pero vale mencionar que este Derecho Penal de género es de conocimiento por una jurisdicción especializada en materia de violencia contra la mujer, la que se encuentra apoyada por equipos multidisciplinarios especializados integrados como mínimo, por las áreas de psicología, trabajo social y educación (art. 56-A LEIV)<sup>23</sup>, a fin de que las mujeres tengan una atención diferenciada y especializada.

<sup>19</sup> En esa línea, distintas organizaciones impulsaron ante la Asamblea Legislativa de El Salvador, dos propuestas de legislación penal con enfoque de género. La primera se presentó en fecha 22 de junio de 2009, por parte del Foro de Mujeres de Partidos Políticos, denominada “Ley para Prevención, Atención y Sanción de la Violencia de Género” y la segunda propuesta fue presentada en julio de 2009, denominada “Ley Integral para el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”, propuesta por la Red Feminista frente a la Violencia contra las Mujeres (en adelante RED FEM). VAQUERANO, Vilma, “Violencia contra las mujeres en El Salvador”, *La Fundación Friedrich Ebert*, San Salvador, 2016. Recuperado en: fesamericacentral.org, [Consulta: 4 de mayo de 2020].

<sup>20</sup> Decreto Legislativo núm. 520 del 25 de noviembre de 2010, publicado en el Diario Oficial N° 2 Tomo 390 del 4 de enero de 2011.

<sup>21</sup> Considerandos IV y V de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres de El Salvador.

<sup>22</sup> Cortez de Alvarenga, Alba Evelyn, “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios”, op. cit., p. 77.

<sup>23</sup> Art. 8 del “Decreto para la Creación de los Tribunales Especializados para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres”, Decreto Legislativo núm. 286 de fecha 18 de marzo de 2016, publicado en el Diario Oficial núm. 60 Tomo núm. 441 del 4 de abril de 2016, El Salvador.

### 3. Aproximación y surgimiento de la expresión suicidio feminicida.

En efecto, la criminalización específica y distinta del suicidio feminicida en el nuevo Derecho Penal de género frente a la inducción o ayuda al suicidio, es la consecuencia de los esfuerzos en concretar un fenómeno social: la inducción al suicidio de la mujer que sufre violencia de género, la cual no se incluye de manera concreta y diferenciada en el tipo penal de la inducción o ayuda al suicidio. Señalar la comprensión y surgimiento de la expresión “suicidio feminicida” coadyuvará a visibilizar y a tener una mejor precisión de esta problemática social que se encuentra detrás de su terminología.

Así, la voz suicidio deriva de latín *suicidium*: *-sui-* que significa “de sí mismo” y *-cidium-* que se traduce en “cidio”; el Diccionario de la Real Academia Española la define en su primera acepción como la “acción y efecto de suicidarse”, por lo cual, el suicidio es autoprivarse de la vida. Así lo acoge la OMS, que considera que el suicidio es el acto deliberado de matarse<sup>24</sup>, dado que la persona se autolesiona hasta la muerte.

Por otra parte, al referirse al término feminicidio, su vocablo deriva del latín *femina* que se traduce en “mujer” y *-cidio-*. El Diccionario de la Real Academia Española al definirlo en su única acepción, señala al feminicidio como el “asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia”. Su antecedente inmediato es “femicidio”, término que se atribuye a la socióloga Russell, quien, en 1976, descubrió el término olvidado “*femicide*”, que se usó por primera vez en 1801, en Inglaterra, para describir al “asesinato de una mujer”. En ese sentido, Russell junto a Radford en 1992, lo definió como: “el asesinato misógino de mujeres por hombres”<sup>25</sup>.

Por su parte, la antropóloga Lagarde en 2005, amplió el término del femicidio al feminicidio, ya que consideraba al femicidio como la mera voz homóloga al homicidio, puesto que su traducción se reduce al asesinato de mujeres. En efecto, Lagarde, a partir de las ideas aportadas por Russell y Radford<sup>26</sup>, refirió:

<sup>24</sup> Organización Mundial de la Salud, “Prevención del suicidio, un imperativo global”, op. cit., p. 12.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> No será hasta 2005, que Russell al participar en el Seminario Internacional Femicidio, Justicia y Derecho, consideró que la traducción de *femicide* como feminicidio era correcto y no como femicidio, cuyo significado era el equivalente al homicidio, dado que dicho término solo refleja el asesinato de mujeres. Russel, Dia-

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

“...(P)referí la voz feminicidio para denominar así el conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional. Se trata de una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad. Por eso, el feminicidio es un crimen de Estado...”<sup>27</sup>.

En este último sentido, esta autora ensanchó la definición a feminicidio, donde puede incluirse toda violencia social contra las mujeres que son invisibilizadas o ignoradas tanto por la sociedad como por el Estado. Esta visión se incluyó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoció el fenómeno del feminicidio en su sentencia del Caso González Y OTRAS versus México del 16 de noviembre de 2009, y lo definió sintéticamente como el “homicidio de mujer por razones de género”<sup>28</sup>.

Ahora bien, Russell considera que dentro de la tipología de *feminicidio*, están aquellos realizados por mujeres, que comprenden los “suicidios de mujeres obligadas a matarse a sí mismas, p.e., por maridos abusivos, padres, hijos, padrotes, acosadores, perpetradores de incesto; es decir, mujeres que a causa del abuso masculino, se destruyen a sí mismas”<sup>29</sup>.

Es así que, el término de “suicidio feminicida” fue acuñado por la socióloga Russell en 2001, para describir el fenómeno social de suicidios de mujeres que fueron conducidas a quitarse su vida por la misoginia de su pareja, o incluso sin existir relación de pareja o

de familia<sup>30</sup>. En similar sentido, Lagarde incluye los suicidios de mujeres dentro de la definición amplia de feminicidio que ella propone, al no ser prevenidos los suicidios por parte del Estado, por el hecho de que toda muerte de una mujer que pudo evitarse y no se evita, sea por negligencia o discriminación, deben considerarse feminicidios<sup>31</sup>.

Por su parte, y alejándose de términos como la misoginia, Carcedo expone que el femicidio en sentido amplio, consiste en toda muerte a consecuencia de la subordinación de la mujer, lo que incluye los suicidios que surgen en la violencia o discriminación<sup>32</sup>.

Después de todos los conceptos acotados, puede concluirse que, el suicidio feminicida es el acto deliberado de la mujer de matarse, que es conducida por un hombre en un contexto de un *continuum* de violencia de género, en condiciones de dominación, discriminación y desigualdad, en una sociedad machista y en un sistema patriarcal, en el cual, el Estado omite prevenir los suicidios de féminas dados en estos contextos<sup>33</sup>.

Como se apuntará a continuación, el suicidio feminicida por inducción o ayuda típico, restringe en gran manera la definición aportada por los autores antes citados, donde no incorpora términos relacionados a la misoginia, pues, parte de circunstancias objetivas.

na E. H. y Radford, Jill, *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, Título original *Femicide The Politics of Woman Filling*, New York, Traducción: Tlatolli Ollin S.C., Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra ed. 2006, p. 17.

<sup>27</sup> Lagarde y de los Ríos, Marcela, “El feminicidio, delito contra la humanidad”, *Feminicidio, justicia y derecho*, Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en la República mexicana y a la procuración de justicia vinculada, México, 2005, pp. 151-184. Disponible en: <http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones/Especiales/Feminicidios/docts/FJyD-interiores-web.pdf> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Caso González Y OTRAS (“Campo Algodonero”) versus México, de fecha 16 de noviembre de 2009.

<sup>29</sup> Russell, Diana E.H., “Definición de feminicidio y conceptos relacionados”, *Feminicidio, justicia y derecho*, Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en la República mexicana y a la procuración de justicia vinculada, México, 2005, pp. 135-150.

<sup>30</sup> Russell, Diana E. H., Harnes, Roberta A., *Feminicidio: una perspectiva global*, Título original: *Femicide in Global Perspective*, Serie Athene, 2001, traducción Guillermo Vega Zaragoza. Universidad Autónoma de México, 1ra ed. 2006, p. 106.

<sup>31</sup> Lagarde y de los Ríos, Marcela, “El feminicidio, delito contra la humanidad”, op. cit., pp. 151-184.

<sup>32</sup> Por tanto, Carcedo refiere que el “...femicidio son los asesinatos de mujeres como acto particular o culmen de relaciones violentas, pero también los suicidios que se producen en ese contexto”. Carcedo, Ana (Coord), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006*, CEFEMINA, 1ra ed., San José, Costa Rica, 2010, pp. 4, 5 y 479.

<sup>33</sup> Ante este fenómeno social, debe decirse que, en El Salvador, muchas adolescentes y jóvenes mujeres son inducidas al suicidio, mujeres que fueron captadas por parte de grupos pandilleros, conocidas como maras o pandillas. Estas organizaciones criminales por medio de amenazas o coacciones, separan a estas mujeres jóvenes de sus familias para cosificarlas, violarlas, obligarlas a que sean sus parejas y en algunos casos, asesinarlas; quienes también son usadas para actividades ilícitas de la pandilla. Muchas de estas jóvenes mujeres optan por suicidarse como única forma de terminar su sufrimiento o son obligadas a hacerlo (Fondo de Población de las Naciones Unidas, “¿Sin opciones? Muertes maternas por suicidios”, op. cit., p. 24.)

## 4. Análisis jurídico penal del suicidio Femicida por Inducción o Ayuda en la LEIV.

El *suicidio feminicida por inducción o ayuda* –o suicidio feminicida, como se expresará en este apartado–, se ha construido como una figura penal básica en el Derecho penal de género, regulado en el art. 48 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, y constituye la concreción normativa del problema social de la inducción al suicidio de mujeres vinculados a violencia de género; dicho tipo penal, se describe de la siguiente manera:

### “Artículo 48.- Suicidio Femicida por Inducción o Ayuda

Quien indujere a una mujer al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con prisión de cinco a siete años:

- a) Que le preceda cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente Ley o en cualquier otra Ley.
- b) Que el denunciado se haya aprovechado de cualquier situación de riesgo o condición física o psíquica en que se encontrare la víctima, por haberse ejercido contra esta, cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente o en cualquier otra Ley.
- c) Que el inductor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones preexistentes o existentes entre él y la víctima”.

En cuanto a la estructura del tipo penal, el suicidio feminicida es un tipo penal cualificado y conexo al delito de inducción o ayuda al suicidio regulado en el artículo 131 del Código Penal<sup>34</sup>; cuyo injusto debe cumplirse en toda su extensión típica. Por ello, sus diferencias radican en los sujetos y en las circunstancias adicionales que requiere el artículo 48 LEIV, que intensifican el reproche penal y que cualifican la conducta. Corresponde ahora, referirse sintéticamente al análisis jurídico penal del suicidio feminicida por inducción o ayuda, que se inicia a continuación, con la

justificación del bien jurídico protegido, en el que se añade el *plus* de protección.

- *Bien jurídico*. En sentido dogmático, el objeto de protección del suicidio feminicida por inducción o ayuda, al igual que la Inducción o ayuda al suicidio del artículo. 131 CP, es la vida independiente<sup>35</sup>, aunque un sector refiere que es la vida no querida por su titular<sup>36</sup>. En el suicidio feminicida se tutela particularmente la vida de la mujer, pero de aquella que se encuentre bajo alguna de las circunstancias que describe el tipo penal y allí es donde debe verificarse el *plus* de protección.

En este punto la doctrina no ha sido pacífica, por ejemplo, a criterio de Sánchez Escobar, debe cuestionarse si resulta factible dentro de la función del derecho penal, cumplir una labor de dar atención especial a un colectivo digno de acciones afirmativas<sup>37</sup>. Asimismo, Sampedro considera que el derecho penal no debe hacer este tipo de discriminaciones positivas en razón de una dominación masculina histórica<sup>38</sup>, lo que supone al sujeto activo que es el hombre, en una discriminación negativa hacia este<sup>39</sup>.

Asimismo, Arango Durling considera que en los supuestos de agravación de actos de inducción a una mujer al suicidio en situación de maltrato, existe una desigualdad punitiva ya que otorga mayor valor a la vida de una mujer que a un hombre, es decir, el legislador otorga una hiperprotección a la mujer, y dicha desigualdad debe ser corregida<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Terradillos Basoco, Juan María et. al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo III, Derecho penal parte especial*, Vol. I, 2da ed., Iustel, Madrid, 2015-2016, pp. 29 y 30.

<sup>36</sup> Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004, p. 516.

<sup>37</sup> Sánchez Escobar, Carlos Ernesto, “Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa”, *Ventana Jurídica*, año VII-Vol. 1, núm. 11 (2014), Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, pp. 49-100, pp. 49-100.

<sup>38</sup> Sampedro Arrubla, Carmilo, “Derecho penal y género”, *Revista Derecho Penal y Criminológica*, vol. 38, núm. 105 (2018), pp. 207-225. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5694/7091> [Consulta: 14 de mayo de 2020].

<sup>39</sup> Campos Cristóbal, Raquel, “Tratamiento penal de la violencia de género”, en *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García, coordinadores), Iustel, Madrid, 2005, pp. 69-70.

40 Arango Durling, Virginia, “La problemática de la inducción o ayuda al suicidio tras la reforma

<sup>34</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, *Revista Ventana Jurídica*, año VI, Volumen 1, núm. 10 (2013), Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, pp. 253-265.

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

Por su parte, Acale Sánchez refiere que la protección penal no debe darse bajo una presunción *iuris et de iure*, donde la mujer necesita protección por el hecho de serlo, pues, si se desprovee de la finalidad discriminatoria en cada caso concreto, se tendría que presumir en todos los casos<sup>41</sup>.

En respuesta, refieren Díaz Castillo y otros, que el plus del injusto en el delito de feminicidio, versa en que se sanciona no solo la muerte de una mujer, sino aquélla que se realiza en una situación de “discriminación estructural contra las mujeres...”<sup>42</sup>. Con lo cual, el fundamento del feminicidio no descansa en el sexo de la víctima, ni en el sexo del autor, “sino en el contexto de subordinación en el que es causada la muerte”.

De igual forma, a criterio de Alonso, el sustento del derecho penal de género, es respuesta a una realidad criminológica que violenta la igualdad de trato, no vista como valor, sino como derecho fundamental que se adhiere a la lesión de otro bien jurídico que específicamente es atacado por la conducta (ya sea la vida, integridad física, entre otros)<sup>43</sup>.

Así, esta autora considera que esa igualdad de trato, como protección complementaria, es decir, que se añade al disvalor de resultado de un delito por medio de las circunstancias que se señalen en el tipo penal objetivo, permite delimitarlo de forma objetiva conforme a lo que impone el principio de intervención mínima. Y de esa manera, ese interés *a ser tratado igual*, referido “al derecho fundamental del que surge una pretensión de respeto, si es susceptible de ser protegido penalmente en situaciones de desigualdad estructural y de dominación...”<sup>44</sup>, que se protege conjuntamente con otros bienes jurídicos.

Con base en todas las posturas antes mencionadas, se concluye factible adherirse a la última posición, bajo una similar perspectiva, en el cual, el tipo penal

penal mediante Ley 82 de 2013”, *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 5, Panamá, 2016, pp. 40-54.

<sup>41</sup> Acale Sánchez, María, “Violencia de género y/o violencia doméstica: Modelos de intervención”, *Revista de la Facultad de Derecho*. núm. 33, Montevideo, 2012, pp. 11-38. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/2/2/> [Consulta: 28 de abril de 2020].

<sup>42</sup> Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina, *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Ira ed., 2019, pp. 54-55.

<sup>43</sup> Alonso Álamo, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, op. cit., p. 117.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

de suicidio feminicida, no tutela únicamente la vida de la mujer, simplemente por su pertenencia al género femenino, sino que supone un *plus* de protección ante circunstancias particulares que se exigen en el tipo objetivo que incrementa el disvalor del resultado, donde se ataca el interés de no ser discriminada, ni violentada, que al final ello supone ser tratada como igual, cuya defensa no se considera contraria al principio de igualdad.

Concretada esa idea, algunos autores se han referido al bien jurídico que se añade a la *vida*, como protección en el suicidio feminicida. Así, para Martínez Osorio, se tutela el bien jurídico vida de la mujer, a la que se le adiciona la afectación física o psíquica que acontece previo a la realización del hecho<sup>45</sup>, ello debe entenderse en un contexto de dominación y discriminación. Sin embargo, se considera que tal enunciación del bien jurídico que se añade en el suicidio feminicida, no incluye el menoscabo que puede sufrir la mujer por otros tipos y modalidades de violencia, como podría ser económica o sexual, a pesar que la vulneración psíquica de la víctima sea vinculada a tales violencias.

Por otra parte, a partir de la interpretación sistemática de la LEIV, a criterio de Cortez de Alvarenga, ese *plus* de protección del bien jurídico se encuentra en el artículo 1 de la LEIV, que señala como objeto de la ley, *el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, y es este el bien jurídico que se atañe a los tipos penales de la LEIV, ya que considera que en todos los casos se lesiona también este derecho<sup>46</sup>.

El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia es un derecho humano que se encuentra reconocido en el artículo 3 de la Convención de *Belém do Pará*, así como en los artículos 1 y 2 de la LEIV, que es el eje transversal de los tipos penales que regula. Así, este derecho comprende que *las mujeres son libres de toda forma de discriminación y de patrones*

<sup>45</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, op. cit., pp. 257-258.

<sup>46</sup> Cortez de Alvarenga, Alba Evelyn, “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios”, op. cit., pp. 15 y 176. En esta postura se ha pronunciado también el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer –ISDEMU-, y aclara que este bien jurídico incluye el reconocimiento a las mujeres de ser libres de todas las formas de menoscabo y discriminación. ISDEMU, “El Feminicidio en El Salvador. Obstáculos para el Acceso a la Justicia. San Salvador”, El Salvador, 2015. Disponible en: <http://www.isdemu.gob.sv> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, y el derecho al goce, ejercicio y protección de sus derechos humanos (art. 2 de la LEIV).

Además, este derecho es el compromiso de los estados de erradicar la violencia de género, sustentado en “los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal”<sup>47</sup>, siendo que la violencia tiene como origen la relación desigual de poder o de confianza. Por ello, debe entenderse que no se parte simplemente del derecho antidiscriminatorio, sino del derecho a ser tratado como igual.

En ese hilo de ideas, resulta razonable la defensa de un bien jurídico digno de protección, *el derecho a vivir libre de violencia*, desde la perspectiva del interés a vivir libre de discriminación y ser tratado como igual, que permite concluir que el Suicidio feminicida por inducción o ayuda contempla dicho bien jurídico que se tutela conjuntamente con la vida. Lo anterior justifica el *plus* de protección, pues, se incrementa el disvalor del resultado en atención a las circunstancias que concurren, ya sea que el hombre se prevalezca de violencia género previa o mediante abuso de superioridad.

- *Tipo Objetivo*. Se puede afirmar que el sujeto pasivo no genera problema alguno para afirmar que solo puede ser una mujer, ya que expresamente lo refiere el artículo 48.1 LEIV: “Quien indujere a una *mujer* al suicidio...”, cuestión que se vincula con el artículo 2 de la LEIV que reconoce el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, lo que supone que son estas los sujetos pasivos de los delitos de la LEIV.

Ahora bien, en relación con el sujeto activo, a partir de una interpretación sistemática a la luz de LEIV, los tipos penales que en ella se regulan en su mayoría, son delitos especiales impropios, porque tiene como sujeto activo principal al hombre, y no a una mujer<sup>48</sup>. Lo anterior se deduce de los considerandos IV y V

de la LEIV, que hacen referencia a que toda agresión realizada contra una mujer, se encuentra vinculada con la desigualdad distribución del poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, y que estas desigualdades perpetradas a través de la violencia, no le permiten a las mujeres ejercer plenamente sus derechos.

Lo anterior parece acertado, a lo que se añade también el artículo 7 de la LEIV, que señala como parámetro de aplicación e interpretación de dicha ley, que las modalidades y tipos de violencia que sufren las mujeres se originan por la relación desigual de poder o de confianza, donde los hombres están en posición ventajosa sobre las mujeres<sup>49</sup>. En consecuencia, la mujer no debe considerarse como autor de un suicidio feminicida<sup>50</sup>, a pesar que algunos autores hace algunos años consideraron que los delitos contemplados en la LEIV como el feminicidio, podían cometerse también por mujeres<sup>51</sup>.

- *Conducta típica*. De la descripción del tipo penal, se requiere que sea la mujer quien consuma su muerte, mientras que el hombre le brinda su ayuda o le induce para tal propósito<sup>52</sup>. En tal sentido, este delito describe prevé dos modalidades alternativas de comisión<sup>53</sup>: la *inducción* o el *auxilio* al suicidio de la

<sup>47</sup> Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, “Violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”, 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> [Consulta: 16 de septiembre de 2020].

<sup>48</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio”, p. 6. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2014/01/A3DEB>. PDF [Consulta: 25 de abril de 2020].

<sup>49</sup> Lo anterior, no quiere decir que se está a favor de las presunciones *iuris et de iure*, las cuales se consideran prohibidas en el derecho penal, por lo que cada caso deberá ser objeto de corroboración, si se configura o no la relación desigual de poder o de confianza, si ésta fuera exigida en el tipo penal. Sánchez Escobar explica que estas presunciones se refieren a “...la situación de hecho o fáctica... se acredita por ministerio de ley, o lo que significa por simple voluntad del legislador” (Sánchez Escobar, Carlos Ernesto, “Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa”, op. cit., pp. 49-100).

<sup>50</sup> En ese hilo de ideas, debe aclararse que, si acontece que el sujeto activo es una mujer la que induce a otra mujer a su suicidio, no reúne la característica que exige el tipo, ya que al no ser hombre, no puede ser autor, por lo cual ella es un *extraneus*, y debe calificarse como Inducción o ayuda al suicidio del art. 131 CP, y no procede verificar la existencia de las circunstancias que refiere el art. 48 de la LEIV.

<sup>51</sup> De esa manera, Sánchez Escobar considera que en los delitos como el Feminicidio no exigen una condición especial del sujeto activo, dado que se utiliza la palabra neutra “*Quién*”, como sujeto activo de la conducta típica, lo que permite concluir que el sujeto activo puede ser hombre o mujer (Sánchez Escobar, Carlos Ernesto, “Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa”, op. cit., pp. 49-100).

<sup>52</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio”, op. cit., p. 20.

<sup>53</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal: Parte general*, 10ª ed. Reppertor, Barcelona, 2016, p. 234.

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

mujer; cualquiera de ambas acciones basta para situarse en el párrafo primero del artículo 48 de la LEIV.

La *inducción*, es aquella conducta activa –no admite la omisión– que determina a la mujer a que se suicide, la cual debe ser directa y eficaz<sup>54</sup>, a efecto de hacer surgir en la mujer una decisión suicida que no existía con anterioridad, pero la mujer debe ser capaz de autodeterminarse y tener el dominio del hecho<sup>55</sup>.

En cuanto a la conducta de *ayuda o auxilio*, hace referencia a actos de cooperación necesaria para que la mujer realice su suicidio, por consiguiente, si la ayuda que presta el autor no es necesaria, resulta su intervención atípica de este delito<sup>56</sup>, resultando también cuestionable la comisión por omisión<sup>57</sup>.

Una vez que se configura una de estas dos acciones, el suicidio feminicida requiere que concurra al menos una de las siguientes circunstancias, de las cuales, el sujeto activo debe haberse valido, para ejecutar la conducta: (a) que le preceda cualquier tipo o modalidades de violencia regulada en las leyes; (b) que el autor se haya aprovechado de cualquier situación de riesgo o condición física o psíquica en que se encontrare la víctima, por haberse ejercido contra esta, cualquier tipo o modalidad de violencia; o (c) que el inductor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones.

Con lo anterior, se supone que el suicidio feminicida se amplía a supuestos no solo de violencia previa contra la mujer realizada por el autor<sup>58</sup> y deben entenderse que pertenecen al injusto objetivo, dado que describen las situaciones fácticas que cualifican la conducta de la inducción o ayuda al suicidio, para calificarse como suicidio feminicida por inducción

<sup>54</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal: parte especial*, 21ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 63.

<sup>55</sup> Terradillos Basoco, Juan María et. al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo III, Derecho penal parte especial*, op. cit., p. 30.

<sup>56</sup> Silva Sánchez, Jesús María (dir.) y Ramón Ragués, i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, 4ta ed. a la Ley Orgánica I/2015 de reforma del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2015, p. 11.

<sup>57</sup> Se cuestiona la comisión por omisión en el auxilio al suicidio en caso que el autor esté en posición de garante, ya que, si es una decisión libre de la persona suicida, por ser ésta titular de su vida, el deber de la garantía no procedería en vista de no tener interés el sujeto protegido. Silva Sánchez, Jesús María (dir.) y Ramón Ragués, i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, op. cit. p. 51.

<sup>58</sup> Toledo Vásquez, Patsilí, *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos. Antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)*, op. cit., p. 358.

o ayuda, y vale aclarar, que dichas circunstancias no son subjetivas. Centrándose ahora en el *plus* de protección del bien jurídico que se atañe a la vida, corresponde referirse sucintamente a tales circunstancias del artículo 48 LEIV.

a) *Existencia de un hecho previo de violencia contra la mujer*. Se refiere que el autor haya realizado algún tipo o modalidad de violencia que establecen los artículos 9 y 10 de la LEIV 59. De acuerdo a dicha normativa, los tipos de violencia son diversos: económica, feminicida, física, psicológica y emocional, patrimonial, sexual o simbólica, mientras que las modalidades de violencia son, la comunitaria, institucional y laboral. Ahora bien, esta violencia debe referirse a actos graves, de trascendencia al bien jurídico tutelado adicional a la vida de la mujer, a ese *derecho a vivir una vida libre de violencia*, que denoten la discriminación y afectación al interés de ser tratado como igual.

En ese sentido, por ejemplo, en la violencia emocional, caracterizada por ser habitual en las víctimas y que no suele detectarse, no deben contenerse circunstancias exiguas, como la simple disputa verbal esporádica o las “malas relaciones de pareja”, caracterizada porque el sentimiento afectivo desaparezca o la finalización de la relación de pareja; sino, aquellas conductas de violencia grave por su intensidad<sup>60</sup>.

Sino que deben ser actos como la intimidación o abuso emocional continuo, de dominación o control, aislación, humillación, acoso, reducciones económicas, entre otros<sup>61</sup>; o que se vislumbre un *continuum* violencia, como golpes, discriminación en el contexto laboral o educativo, limitación del uso de bienes propiedad de la mujer o amenazarla con quitárselos, etc.; y que además haya acontecido cercano al hecho del suicidio feminicida<sup>62</sup>, pero sin que dicha violencia

<sup>59</sup> A pesar que el art. 48 LEIV refiere que la violencia se entiende de la comprendida en dicha Ley o “en cualquier otra Ley”, debe decirse que la LEIV reconoce mayores tipos de violencia que la otras normativas vinculantes en la material, como la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y la Convención de *Belém Do Pará*, por lo cual carecería de sentido avocarse a otras leyes.

<sup>60</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al femicidio”, op. cit., pp. 12 y 23.

<sup>61</sup> Muñoz, José M. y Echeburúa, Enrique, “Diferentes modalidades de violencia en la relación de pareja: implicaciones para la evaluación psicológica forense en el contexto legal español”, *Anuario de Psicología Jurídica* 26, Elsevier, España, 2016. Disponible en: [www.elsevier.es/apj](http://www.elsevier.es/apj) [Consulta: 10 de agosto de 2020].

<sup>62</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críti-

constituya un delito independiente, ya que puede conllevar problemas concursales a los que referirá *infra*.

b) *Situación de riesgo o vulnerabilidad de la mujer, por haber sufrido violencia*. En este supuesto, se colige que la mujer ha sufrido violencia de género, de cualquier tipo o modalidad que prevé la ley, que la coloca en una condición vulnerable o de riesgo de la cual se aprovecha el autor, lo que constituye una especie de abuso de superioridad, en el que no requiere que el autor haya ejercido esa violencia, sino otra persona, quien también debe entenderse que es un hombre el que la realizó.

Así esta circunstancia, al igual que las demás, tiene como vertiente subjetivo que el autor “deba ser consciente de la existencia de tales circunstancias y estar animado su comportamiento por la expresa intención de aprovecharlas en la ejecución del hecho pretendido”<sup>63</sup>. Ello podría presentar dificultades en los casos concretos, porque deberá demostrarse que el autor tenga el conocimiento previo que la mujer ha sufrido violencia y que presenta riesgo o condición física o psíquica a causa de ello; cuestión que será difícil constatar, por ejemplo, en la condición psíquica, al no ser perceptible por los sentidos.

*Ad exemplum* de estas circunstancias, puede ser cuando la víctima presente lesiones graves en su cuerpo, como moretones en su rostro o lesiones que le supongan incapacidad física; se encuentre en estado de embarazo como consecuencia de una violación, si se le sustrajo sus bienes o se le ha restringido del acceso a la cuenta bancaria y se encuentre la mujer afligida económicamente, acoso laboral, entre otros.

c) *Que el inductor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones*. Este supuesto se limita únicamente para la conducta del inductor, por lo cual, queda excluido el auxilio o colaboración al suicidio. Esta circunstancia requiere que exista o haya existido un vínculo relacional entre el autor y la víctima, de carácter asimétrico, donde el hombre se encuentra en un contexto jerárquicamente superior a la mujer, que puede ser en el ámbito social, familiar, laboral<sup>64</sup>, entre otros. Algunos ejemplos pueden ser:

cas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio”, op. cit., p. 12.

<sup>63</sup> Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, op. cit., p. 194.

<sup>64</sup> Jericó Ojer, Leticia, “Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal”, en *Mujer y Derecho Penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosh Editor,

la relación entre padre e hija, el jefe y su subalterna, el docente con respecto a su alumna, el pastor de una iglesia y su feligresa que le obedece con temor reverencial.

Además, el sujeto activo debe aprovecharse de dicha superioridad para inducir a la mujer al suicidio, lo que supone como concluye Martínez<sup>65</sup>, un “prevalimiento”, en cuyo caso la mujer se convierte en herramienta de la que se sirve el sujeto activo, puesto que se vislumbra que la inducción al suicidio colinda con la autoría mediata de homicidio.

En ese orden, trasluce la idea planteada por Russell, de que este supuesto es un feminicidio encubierto<sup>66</sup>, pero que, como señala Martínez, esta circunstancia podría quedar comprendida dentro de las reglas generales del Código Penal<sup>67</sup>, lo que supondría una adecuada proporcionalidad entre el hecho y la pena a imponer, dado que el homicidio tiene mayor pena que el suicidio feminicida por inducción.

- *Modalidades comisivas*. En efecto, el inductor debe crear la idea criminal en la mujer de que esta se suicide, o bien se le dé una colaboración esencial que permita imputar el resultado o que haya relación de causalidad. Esto supone que no existirá inducción si la mujer ya estaba decidida a quitarse la vida<sup>68</sup>.

- *Tipo subjetivo*. No presenta dificultad afirmar que este delito se comete de forma dolosa, referido tanto al dolo directo, como dolo eventual<sup>69</sup>, y deberá abarcar las circunstancias que cualifican la conducta del artículo 48 descrita en los literales a), b) o c) de la LEIV<sup>70</sup>, donde se añade el *plus* de protección.

Empero, resulta cuestionable si en el suicidio feminicida deba exigirse además del dolo, otro elemen-

Barcelona, 2019, pp. 285-338.

<sup>65</sup> Cfr. Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio”, op. cit., p. 25 y Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, op. cit., p. 258.

<sup>66</sup> Russell, Diana E. H., Harmes, Roberta A., *Feminicidio: una perspectiva global*, op. cit., p. 106.

<sup>67</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, op. cit., pp. 257-258.

<sup>68</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal: parte especial*, op. cit., p. 63.

<sup>69</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, op. cit. 258.

<sup>70</sup> Cfr. Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, op. cit., p. 650.

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

to subjetivo como es la misoginia, como sí lo incluye el tipo penal de feminicidio del artículo 45 LEIV. Para un sector doctrinal, en el delito de suicidio feminicida debe concurrir también ese elemento de tendencia interna trascendente: que el autor actúe motivado por razones de odio o menosprecio a la mujer por su condición de tal, que se concreta en cada uno de las circunstancias que recoge los literales a), b) y c) del artículos 48 LEIV<sup>71</sup>, puede que ello obedezca a concepciones feministas, como lo planteaba Russell.

Sin embargo, desde la óptica de la dogmática penal, ello no parece acertado, ya que el tipo penal de suicidio feminicida no exige expresamente que el autor actúe motivado por la misoginia, distinto a como sucede en el feminicidio<sup>72</sup>. En ese sentido, como bien refiere Alonso<sup>73</sup>, en aquellos supuestos que la ley no contempla expresamente algún elemento subjetivo específico, no se debe exigir.

A pesar de ello, se denota que el discurso feminista ha incidido en la interpretación judicial salvadoreña en algunos casos, donde se ha exigido la misoginia en tipos penales que no lo contemplan expresamente; no obstante la Cámara Especializada para una Vida Libre de Violencia y Discriminación, aclaró en sus criterios jurisprudenciales que no es factible exigir el elemento misógino, si no se establece expresamente en el tipo penal<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> En esa idea se sitúa Cortez A, quien considera que "...se requiere el especial elemento subjetivo de la autoría de la misoginia, pues en las tres circunstancias que establece el tipo penal se requiere una relación desigual de poder basada en el género por motivos del sexo de la mujer al que se le considera sexo inferior, ya que los literales a y b se refieren a "cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente ley" y, de acuerdo al Art. 7, se presume que el origen de todos los tipos y modalidades de violencia de género es la relación desigual de poder entre víctima y victimario por motivos de sexo; y luego el literal c es claro...". (Cortez A., Alba Evelyn. *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Criterios de interpretación para su aplicación*, Red-Fem, El Salvador, 2016. , p. 107. Disponible en [http://www.observatorioseguridadciudadanadelasmujeres.org/nuevo/LEIV\\_CRITERIOS\\_DE\\_INTERPRETACION\\_2016.pdf](http://www.observatorioseguridadciudadanadelasmujeres.org/nuevo/LEIV_CRITERIOS_DE_INTERPRETACION_2016.pdf) [Consulta: 6 de mayo de 2020].

<sup>72</sup> El art. 45.1 LEIV señala la conducta del Feminicidio así: "Quien le causare la muerte a una mujer *mediando motivos de odio* o menosprecio por su condición de mujer...".

<sup>73</sup> Alonso Álamo, Mercedes, "El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa", op. cit., p. 119.

<sup>74</sup> Por ejemplo, el delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres del art. 55 LEIV, señala una serie de conductas que no exigen el elemento misógino, excepto en el primer supuesto: cuando se publican o difunden imágenes con contenido de odio hacia las mujeres. No obstante, los tribunales de apelación y casación no han convergido en sus interpretaciones. Así, la Sala de lo Penal ha considerado en sus criterios, que las expresiones de violencia

En tal sentido, se concluye que el suicidio feminicida no exige que el autor actúe por ánimo misógino; en efecto, como bien señala Alonso, "puede causarse la muerte de una mujer por razones de género sin odio, ni desprecio, ni menosprecio"<sup>75</sup>. En todo caso, si en el autor mediere dicho ánimo, ello puede ser valorado por el juez del caso en el espacio de la culpabilidad, a efecto de la determinación de la pena, que pudiera dar lugar a imponer la pena máxima de prisión, conforme lo señala el artículo 63.2 CP<sup>76</sup>.

- *Iter criminis*. Llama la atención que en la descripción típica del suicidio feminicida no se exige expresamente que ocurra el resultado muerte de la mujer por suicidio, distinta a la estructura típica de la Inducción o ayuda al suicidio del artículo 131 del CP, que expresa: "si ocurriere la muerte, será sancionado...". Una lectura rápida del artículo 48 LEIV puede conllevar a un equívoco, de que el suicidio feminicida es un delito de mera actividad y no de resultado, en vista que no se exige expresamente la ocurrencia de la muerte.

Sin embargo, el suicidio feminicida es un delito de resultado, por ello, la muerte de la suicida es una condición objetiva de penalidad, y si esta no se produce, queda impune la conducta<sup>77</sup>. Lo anterior no impide que se califique el hecho que antecede al suicidio como otro delito si conlleva, por ejemplo, resultado de lesiones<sup>78</sup>.

Esta dificultad interpretativa se observa en algunos casos salvadoreños en que el ente fiscal solicita a los jueces instruir los procesos por el delito de suicidio feminicida, donde no ocurrió el resultado muerte de

conllevar un carácter misógino, en circunstancias que el tipo penal no lo refiere concretamente (Sentencia de Casación, ref. 121C2018 del 13/VII/2018). Mientras que la Cámara Especializada para una Vida Libre de Violencia y Discriminación, considera que, los delitos Expresiones de violencia contra las mujeres, no exige el ánimo misógino, "como ocurre, en el delito de Feminicidio (...) al ser el odio o menosprecio un elemento de carácter subjetivo (...) tiene que deducirse de su manifestación o exteriorización en el plano de la realidad (...)" (Resolución ref. 28-SD-2019 del 8/VII/2019).

<sup>75</sup> Alonso Álamo, Mercedes, "El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa", op. cit., pp. 117-118.

<sup>76</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander, "Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio", op. cit., p. 28.

<sup>77</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal: parte especial*, op. cit., p. 62.

<sup>78</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander "Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres", op. cit., p. 258.

la mujer<sup>79</sup>. Para solventar esta situación, se sugiere de *lege ferenda*, incluir expresamente en este tipo penal la exigencia de la consumación de la muerte de la fémina, como condición de punibilidad.

- *Autoría y participación*. Debe recordarse que el suicidio es atípico, puesto que supone que el bien jurídico que es la vida, queda circunscrito a su titular para disponer de ella, en el ejercicio de su autonomía personal, y decidir el momento en que concluye su vida<sup>80</sup>. Se excluyen los casos de suicidios de una mujer menor de edad o que se encuentre con grave alteración psíquica permanente o temporal; asimismo, cuando medie violencia, engaño u otro vicio similar<sup>81</sup>, en cuyo caso resulta autoría mediata de un homicidio.

Por tanto, no se castiga como autor a la propia mujer que se suicida, pero sí resulta reprochable la intervención de terceros en este tipo de conductas<sup>82</sup>, y por ello merece protección. Así, la autoría del suicidio feminicida se concreta en conductas de participación que se castigan como verdaderas autorías al “inducir” o “ayudar” a una mujer a realizar su suicidio, no siendo causa de justificación el consentimiento de esta.

- *Figuras concursales*. Como ya se ha apuntado, el suicidio feminicida por inducción o ayuda constituye un tipo cualificado de la Inducción o ayuda al suicidio, en tal sentido, al tenor literal del artículo 48 LEIV, la ejecución de la inducción o ayuda al suicidio debe recaer en una mujer y cumplirse alguna de las circunstancias que señalan los literales a), b) y c) de dicho artículo, caso contrario, quedará la aplicación

subsidiaria del delito de básico de inducción o ayuda al suicidio (concurso aparente de leyes, art. 7.2 CP)<sup>83</sup>.

Ahora bien, la aplicación del suicidio feminicida en casos concretos, puede generar problemas interpretativos que conlleven problemas concursales de delitos o de *ne bis in idem*, cuando ese *plus* de lesividad que supone la violencia de género previa que haya sufrido la mujer, sea tan grave que constituya otro delito. Ello puede situarse en la primera circunstancia que cualifica la conducta del Suicidio feminicida, que es la existencia de violencia previa a la inducción o ayuda al suicidio (art. 48.a LEIV).

Por ejemplo, un caso en que el autor agrede sexualmente a una mujer, a la que, semanas después induce a su suicidio, y se procese y se condene penalmente al autor por el delito de agresión sexual. Esa agresión, por ser un hecho ya juzgado, no debiera valorarse nuevamente como circunstancia de violencia de género previa, para calificar el segundo hecho como suicidio feminicida de la letra a) del artículo 48 LEIV.

Una interpretación contraria, puede atentar con el principio *ne bis in idem*, por lo que resulta razonable utilizar las reglas generales del concurso real de delitos sin aplicación de la LEIV; es decir, procesar al autor por el delito de violencia sexual y retomar la conducta común del artículo 131 del CP que regula la inducción o ayuda al suicidio, ya que no cabría adherir la circunstancia de la violencia de género sin vulnerar dicho principio, a pesar que ello supone no visibilizar los suicidios feminicidas.

En el mismo ejemplo, otro supuesto interpretativo que no se considera viable, es utilizar el concurso medial de delitos entre agresión sexual y el suicidio feminicida, puesto que la primera conducta no es un medio necesario para realizar la segunda. Afirmar lo anterior resultaría un equívoco, pues, cuando el autor realiza la violencia sexual previa, actúa con una finalidad distinta que es consumir el acto de naturaleza sexual en contra de la voluntad de la víctima, que difiere de la finalidad de inducir a la mujer a su suicidio.

De tal manera que, la violencia de género previa que realice el autor en perjuicio de la víctima, no supone la acción de “inducir” a la mujer a su suicidio, donde el dolo de realizar la violencia sexual no abarca ese resultado muerte, a pesar que esa interpretación

<sup>79</sup> Ejemplo de ello, en un caso de 2017, la Fiscalía General de la República ejerció la acción penal por Suicidio feminicida y por otro delito de violencia sexual previa, pero la víctima mujer no consumó su suicidio, lo intentó mediante la ingesta de veneno. No obstante, en la primera audiencia del proceso penal, el Juez de paz de la causa no instruyó el proceso por el Suicidio feminicida, pero sí, por el otro delito que se requirió (Cámara Segunda de Oriente, Usulután, Resolución APE-60-1-CPRPN-2017 del 16 de junio de 2017, recuperado en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>, el 13 de mayo de 2020.

<sup>80</sup> Terradillos Basoco, Juan María et. al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo III, Derecho penal parte especigómenal*, op. cit., pp. 29 y 30.

<sup>81</sup> Gómen Colomer, Juan -Luis y González Cussac, José-Luis (coordinadores), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Kalus Tiedemann*, Castelló de la plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de publicacions, Diputació de Castello, D.L. 1997, p. 189.

<sup>82</sup> Silva Sánchez, Jesús María (dir.) y Ramón Ragués, i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, op. cit., p. 47.

<sup>83</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, op. cit., p. 258.

se ha dado en más de algún caso judicializado<sup>84</sup>. Ello denota la dificultad que presenta trasladar al interpretativo judicial, el problema del suicidio feminicida.

En efecto, a pesar que Cortez A. considera que se debe investigar y juzgar al hombre por el delito de suicidio feminicida, siempre que se compruebe “un nexo causal entre los hechos de violencia ejercidos por el hombre y el resultado de la muerte de la mujer por suicidio”<sup>85</sup>, ello no supone que debe analizarse fuera de la conducta típica del suicidio feminicida, que exige al autor: ser inductor o colaborador necesario para su consumación, así como el elemento subjetivo dolo en el autor.

En ese hilo de ideas, se considera acertado plantear una propuesta de *lege ferenda*, que solvente estos problemas de interpretación concursales, a través de una figura agravatoria. De esa forma, en el supuesto que el hecho de violencia contra la mujer, suponga en sí mismo, un delito autónomo que antecede al suicidio feminicida, se castigue con mayor pena vía consumación, bajo un tipo penal agravado: *Suicidio feminicida por inducción o ayuda agravado*<sup>86</sup>, con lo cual, al recurrir a esta técnica legislativa, se evitaría interpretaciones dispersas e inseguridad jurídica.

## 5. El suicidio feminicida en el modelo español y otros países de Iberoamérica.

Como se apuntó anteriormente, El Salvador es quizás el único país en el mundo, que regula la inducción al suicidio de una mujer por razones de género bajo el *nomen iuris* “suicidio feminicida”; pero se advierte en el ámbito iberoamericano, que es factible plantear una legislación comparada con al menos dos países en la región que han reconocido esta modalidad de inducción al suicidio, bajo otro título o como circunstancia agravante del tipo penal básico y el modelo español que regula una agravante genérica.

- Así, como *ad exemplum* de ello, se puede mencionar el país vecino Venezuela, el cual a finales de 2014, estableció en el artículo 59 de su *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, el delito de “Inducción o ayuda al suicidio”, que señala en la conducta típica, la inducción a una mujer a que se suicide, que debe acreditar que el autor “fue motivado por odio o desprecio a la condición de mujer”<sup>87</sup>.

Como se advierte, este supuesto contempla la exigencia de un elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo, que es la misoginia, por lo que en cada caso concreto supondrá demostrar esos motivos internos del autor. Resulta cuestionable que la norma no señale las circunstancias concretas para darle contenido objetivo.

No obstante, el artículo 15.21 de la misma ley, señala la inducción o ayuda al suicidio como una forma de violencia en contra de las mujeres, que define así: “es la consecuencia extrema de la violencia psicológica, acoso, hostigamiento y amenaza que generan las condiciones para provocar la muerte de una mujer por motivaciones de género”, la cual vincula la violencia psicológica sufrida por la mujer con el resultado muerte por suicidio, ante un *continuum* de ese tipo de violencia.

<sup>84</sup> Ejemplo de ello, una sentencia condenatoria de Suicidio feminicida respecto de un suicidio de una adolescente, en el cual, el Juez de sentencia de la causa, valoró la violencia de género previa, que constituye delito de Violación, para condenar tanto por Violación como por Suicidio feminicida en concurso ideal, y afirmó: “... Obviamente, parte del tipo penal, es el nexo causal entre acción y resultado; es decir, que del hecho (por parte del hombre) de haberla abusado sexual (a la adolescente fémica), haya sido el detonante para que tomará la sección de quitarse la vida; por lo que (...) a criterio de este JUZGADOR (...) dicho hecho es típico por estar regulado en el art. 48 (LEIV)...” (Tribunal de Sentencia de San Vicente de El Salvador, Sentencia condenatoria con ref. C.4-I-2019, del 13 de marzo de 2019, p. 76).

<sup>85</sup> Cortez A., Alba Evelyn. *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Criterios de interpretación para su aplicación*, op. cit., p. 23.

<sup>86</sup> La redacción de la figura agravatoria puede ser similar a la siguiente: “en los casos que, previo a la inducción o ayuda al suicidio de la mujer, el autor hubiere cometido contra ella, alguno de los delitos siguientes: Lesiones, Privación de libertad, Sustracción de las utilidades de las actividades económicas familiares, Violación, Agresión sexual, Difusión de pornografía, Acoso sexual, Determinación a la prostitución, Inducción, Promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos por medios informáticos o electrónicos, Discriminación laboral, la pena será de siete a quince años de prisión”.

<sup>87</sup> El art. 59 de la Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia establece lo siguiente: “El que hubiere inducido a una mujer a que se suicide, será sancionado, si el suicidio se consuma, con pena de diez a quince años de prisión. En caso que el suicidio no se hubiere consumado, será castigado con la pena prevista para la violencia física según el grado de las lesiones establecidas en esta Ley. En ambos casos, es necesario acreditar que fue motivado por odio o desprecio a la condición de mujer” (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 40.548, del 25 de noviembre de 2014).

- Otro ejemplo a mencionar, es el Código Penal de Panamá, en este, mediante reforma de 2013, se incorpora un segundo párrafo al artículo 135, en el cual se agrava la pena de prisión del delito de inducción o ayuda al suicidio *cuando se induzca a una mujer al suicidio mediante maltrato*<sup>88</sup>. También incorpora como medida de seguridad, un tratamiento terapéutico multidisciplinario para el autor del hecho.

Se observa que esta agravante se asemeja a la circunstancia que cualifica al suicidio feminicida del artículo 48.a) de la LEIV. De hecho, a criterio de Arango, este tipo penal puede considerarse como Suicidio feminicida, donde el legislador panameño regula como agravante “los actos violentos en relaciones desiguales de poder, de control o de subordinación por parte del hombre, en la que el legislador justifica un tratamiento punitivo diferenciado, puesto que la mujer víctima de la violencia ha sido manipulada a quitarse la vida”<sup>89</sup>.

Sin embargo, es de considerarse que la circunstancia agravante exige la realización del hecho a través de maltrato. El Diccionario de la Real Academia Española refiere que “maltratar”, en su primera acepción, significa: “tratar con crueldad dureza y desconsideración a una persona... o no darle los cuidados que necesita”, por lo cual, este término puede incluir diversos tipos de violencia: física, psíquica, sexual, económica, etc.

Llama la atención que esta regulación jurídico penal panameña, considere además de la pena de prisión para el autor, la imposición de una medida de seguridad como es el tratamiento terapéutico multidisciplinario, puesto que las medidas de seguridad se imponen a los inimputables<sup>90</sup>.

- Por último, se apunta el modelo español, en el cual, a pesar que no se regula expresamente el suicidio feminicida como tipo cualificado o agravado a la *inducción o cooperación necesaria al suicidio* que

señala el artículo 143 del Código penal español –en adelante CPE–, sí resulta factible afirmar, que desde 2015, el derecho penal español regula como delito los suicidios de mujeres por razones de género.

Lo anterior se afirma así, dado que mediante reforma del CPE del 30 de marzo de 2015 y en cumplimiento con el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica de 2011 –Convenio de Estambul–, se incorporó el género como motivo de discriminación, en la agravante general que se señala en el núm. 4º del artículo 22 CPE.

Dicha agravante es de aplicación para los delitos contemplados en la parte especial del CPE –*con excepción a los delitos que ya contemplan de forma autónoma la agravante de género*–, donde se incluye el tipo penal del artículo 143 CPE, con la limitante que la pena que corresponde para ese delito no se aumenta, puesto que solo se sitúa para establecer el *quantum* de la pena, que fija entre los mínimos y máximos que ya señala el artículo 143 CPE.

Ahora bien, sin ánimo de examinar la conveniencia político-criminal, de criminalizarse el suicidio feminicida por inducción o ayuda como delito autónomo en el Código penal español, resulta importante aplaudir esta técnica legislativa que incorpora una circunstancia general de agravación por motivos de discriminación por razones de género, cuestión que la legislación penal salvadoreña no contempla, por lo cual, puede proponerse su incorporación a las circunstancias agravantes del artículo 30 CP.

Pero que no deja de traslucir la idea del porqué el legislador español ha preferido contemplar algunos tipos agravados de género, como por ejemplo, las Lesiones, en la cual, la víctima sea una mujer con un vínculo relacional -artículo 148.4º CPE -, y no contempla de manera autónoma, por ejemplo, el tipo de feminicidio<sup>91</sup>.

## 6. Conclusiones

En El Salvador, el delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda constituye una novedad legislativa a nivel de Latinoamérica, y quizás es el primer país en el mundo en regularlo. Su justificación descansa, en el *plus* de protección del bien jurídico, el cual, no

<sup>88</sup> El art. 135 del Código Penal de la República de Panamá refiere expresamente: “Quien induzca o ayude a otro a suicidarse incurrirá en prisión de uno a cinco años, si el suicidio se cumple. La pena será de doce a quince años de prisión y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada cuando se induzca a una mujer al suicidio mediante maltrato”. (Decretado por la Asamblea Nacional, mediante reforma el art. 43 de la Ley 82, del 24 de octubre de 2013).

<sup>89</sup> Arango Durling, Virginia, “La problemática de la inducción o ayuda al suicidio tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013”, op. cit., pp. 40-54.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Alonso Álamo, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, op. cit., p. 102.

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

se sitúa en el sexo de la víctima, sino en el mayor contenido del injusto, pues, no solo protege la vida, sino que también protege el derecho a vivir sin violencia, que incluye no ser discriminada, y que se afecta cuando concurre alguna de las circunstancias que cualifican el tipo penal del art. 48 LEIV. En tal sentido, su regulación no supone una vulneración al principio de igualdad.

Del análisis jurídico penal brevemente apuntado en esta reseña, se expuso que el tipo penal de suicidio feminicida por inducción o ayuda regula tres circunstancias específicas para que se considere su calificación cuando la víctima sea mujer y el autor sea un hombre: que medie violencia de género previa o que el autor se aproveche de modalidades especiales de abuso de superioridad.

Se considera de *lege ferenda* que solo se contemplen la primera y segunda circunstancia, es decir las descritas en los literales a) y b) del artículo 48 LEIV referida a que preceda violencia de género y el riesgo o vulnerabilidad de la víctima por dicha violencia; lo anterior, en vista que la modalidad de abuso de superioridad del literal c) de artículo 48 LEIV, supone un verdadero homicidio disfrazado de suicidio. Dicho lo anterior, es innecesario su configuración como suicidio feminicida, dado que corresponde calificarse como homicidio, además que la sanción penológica del homicidio refleja mejor el reproche penal que corresponde al desvalor de la acción.

Resulta oportuno colegir, que el ánimo misógino en el autor del suicidio feminicida –si lo hubiere–, no pertenece al ámbito de la tipicidad subjetiva de forma adicional al dolo, dado que no se contempla expresamente en la conducta típica del artículo 48 LEIV, en consecuencia no debe exigirse. Lo anterior, no impide al juez que valore dicho ánimo en el autor, al momento de la determinación de la pena, que debe medirse dentro del espacio de la culpabilidad, conforme al artículo 63.2 CP, lo que podría permitir imponer la pena máxima de prisión.

Por otra parte, la descripción típica del delito de suicidio feminicida no consigna expresamente, que la sanción penal se condiciona a que acontezca la muerte de la mujer. Por ello, a fin de evitar disparidad de interpretaciones, se sugiere que se incluya en el tipo el resultado muerte de la víctima, como condición de punibilidad. En tal sentido se propone de *lege ferenda* la inclusión de la manera siguiente: “*si ocurriere la muerte de la mujer, será sancionado...*”.

Finalmente, se advierte los problemas concursales o incluso de *ne bis in idem*, que podrían darse en los supuestos del lit. a) del artículo 48 LEIV, cuando la víctima haya sufrido violencia de género previo a la inducción de su suicidio, en los casos que esa violencia de género cometida por el autor, constituya a la vez un delito autónomo.

Por ello, se propone de *lege ferenda* añadir una circunstancia agravatoria al suicidio feminicida o un tipo agravado de este, que solvete la diversidad interpretativa, que puede construirse de la manera siguiente: “en los casos que, previo a la inducción o ayuda al suicidio de la mujer, el autor hubiere cometido contra ella, alguno de los delitos siguientes: lesiones, privación de libertad, sustracción de las utilidades de las actividades económicas familiares, violación, agresión sexual, difusión de pornografía, acoso sexual, determinación a la prostitución, inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos por medios informáticos o electrónicos, discriminación laboral, la pena será de siete a 15 años de prisión”.

## 7. Bibliografía

- Acale Sánchez, María, “Violencia de género y/o violencia doméstica: Modelos de intervención”, *Revista de la Facultad de Derecho*. núm. 33, Montevideo, 2012, pp. 11-38. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/2/2/> [Consulta: 28 de abril de 2020].
- Administración de Servicios de Abuso de Sustancias y Salud Mental de los Estados Unidos (SAMHSA), “Intimate partner violence”. Recuperado en: <https://www.integration.samhsa.gov/clinical-practice/intimate-partner-violence> [Consulta: 22 de abril de 2020].
- Alonso Álamo, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, en *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Bosch editor, Barcelona, 2019.
- Arango Durling, Virginia, “La problemática de la inducción o ayuda al suicidio tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013”, *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 5, Panamá, 2016, pp. 40-54.
- Asensi-Pérez, Larua Fátima, Asensi Borrell, Julia y Díez Jorro, Miguel, “Violencia contra la mujer y

- suicidio femenino”, en *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano*, Instituto Pacífico, Perú, 2019, pp. 203-227.
- Barroso Martínez, Alejandro Arnaldo, “Comprender el suicidio desde una perspectiva de género: una revisión crítica bibliográfica”, 2019. Disponible en <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v39n135/2340-2733-raen-39-135-0051.pdf> [Consulta: 23 de abril de 2020].
- Campos Cristóbal, Raquel “Tratamiento penal de la violencia de género”, en *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García, coordinadores), Iustel, Madrid, 2005, pp. 251-276.
- Carcedo, Ana (Coord), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006*, CEFEMINA, 1ra ed., San José, Costa Rica, 2010.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, “Violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”, 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> [Consulta: 16 de septiembre de 2020].
- Cortez A., Alba Evelyn. *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Criterios de interpretación para su aplicación*, Red-Fem, El Salvador, 2016. Disponible en [http://www.observatorioseguridadciudadanadelasmujeres.org/nuevo/LEIV\\_CRITERIOS\\_DE\\_INTERPRETACION\\_2016.pdf](http://www.observatorioseguridadciudadanadelasmujeres.org/nuevo/LEIV_CRITERIOS_DE_INTERPRETACION_2016.pdf) [Consulta: 6 de mayo de 2020].
- Cortez de Alvarenga, Alba Evelyn, “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios”, Red Feminista Frente a la Violencia contra las Mujeres –RED-FEM-, con apoyo de UNFPA y FUNDACIÓN FORD, El Salvador, 2013.
- Díaz Castillo, Ingrid, Rodríguez Vásquez, Julio y Valega Chipoco, Cristina, *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1ra ed., 2019.
- Díaz Castillo, Marco Tulio, *Las respuestas del Derecho penal salvadoreño frente a la violencia de género*, Tesis para obtener el título de posgrado de Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2012.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas, “¿Sin opciones? Muertes maternas por suicidios”, UNFPA, El Salvador, 1ra ed. 2019.
- García, Julio F., Pérez, Ana, Sanz, Nieves y Zúniga, Laura, *Manual de Derecho Penitenciario*. COLEX, Madrid, 2001.
- Gómen Colomer, Juan –Luis y González Cussac, José-Luis (coordinadores), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Kalus Tiedemann*, Castelló de la plana: Publicacions de la Universitat Jaume I: Servei de publicacions, Diputació de Castello, D.L. 1997.
- Guajardo, Gabriel y Cenitagoya, Verónica (editoras), *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género. Desafíos y aprendizajes en la cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, FLACSO-CHILE, Santiago de Chile, 2017.
- ISDEMU, “Informe sobre el estado y situación de la violencia contra las mujeres en El Salvador, 2019”, San Salvador, 2019. Disponible en: <http://www.isdemu.gob.sv/> [Consulta: 11 de mayo de 2020].
- ISDEMU, “Tercer informe nacional sobre la situación de violencia contra las mujeres en El Salvador 2011. Capacidades institucionales para la aplicación de la Ley Especial Integral para una vida libre de Violencia para las Mujeres”, El Salvador, 2011. Disponible en <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/instituto-salvadoreno-para-el-desarrollo-de-la-mujer/documents/6079/download> [Consulta: 14 de mayo de 2020].
- ISDEMU, “El Feminicidio en El Salvador. Obstáculos para el Acceso a la Justicia. San Salvador”, El Salvador, 2015. Disponible en: <http://www.isdemu.gob.sv/> [Consulta: 2 de mayo de 2020].
- Jericó Ojer, Leticia, “Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal”, en *Mujer y Derecho Penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosh Editor, Barcelona, 2019, pp. 285-338.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela, “El feminicidio, delito contra la humanidad”, *Femenicidio, justicia y derecho*, Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en la República mexicana y a la procuración de justicia vinculada, México, 2005, pp. 151-184. Disponible en: [123](http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones/Especiales /Feminici-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

## Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador

- dios/docts/FJyD-interiores-web.pdf [Consulta: 2 de mayo de 2020].
- Laporta Hernández, Elena, *El feminicidio/femicidio: reflexiones desde el feminismo jurídico* (Tesina para obtener el título de máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2012.
- Martínez Osorio, Martín Alexander, “Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio”. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2014/01/A3DEB.PDF> [Consulta: 25 de abril de 2020].
- Martínez Osorio, Martín Alexander “Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, *Revista Ventana Jurídica*, año VI, Volumen 1, núm. 10 (2013), Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, pp. 253-265.
- Martínez Osorio, Martín Alexander, *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Apuntes criminológicos y legales*, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2012.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal: Parte general*, 10ª ed. Reppertor, Barcelona, 2016.
- Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004.
- Muñoz, José M. y Echeburúa, Enrique, “Diferentes modalidades de violencia en la relación de pareja: implicaciones para la evaluación psicológica forense en el contexto legal español”, *Anuario de Psicología Jurídica* 26, Elsevier, España, 2016. Disponible en: [www.elsevier.es/apj](http://www.elsevier.es/apj) [Consulta: 10 de agosto de 2020].
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal: parte especial*, 21ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- Nieto Martín, Adán (coord.), *Estudios de Derechos Penal*, Trabajos preparatorios del grupo español de la Asociación Internacional de Derecho penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho penal, Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla la Mancha y Grupo español de la AIDP, Pekin, 2004.
- Organización Mundial de la Salud, “Suicidio”. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/suicide> [Consulta: 21 de abril de 2020].
- Organización Mundial de la Salud, “Prevención del suicidio, un imperativo global”, edición original en inglés: *Preventing suicide: a global imperative*, traducido por Organización Panamericana de la Salud, 2014. Recuperado en: [https://www.who.int/mental\\_health/suicide-prevention/world\\_report\\_2014/es/](https://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/world_report_2014/es/) [Consulta: 26 de abril de 2020].
- Organización de los Estados Americanos y ONU MUJERES, “Proyecto de “Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violente de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)”, aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloFemicidio-ES.pdf> [Consulta: 24 de abril de 2020].
- Organización Panamericana de la Salud, “Violencia contra las mujeres en América Latina y El Caribe. Análisis comparativo de datos poblacionales de 12 países”, Washington, D.C., 2014. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/violenciaespanol\\_2.4-web\\_0.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/violenciaespanol_2.4-web_0.pdf) [Consulta: 24 de abril de 2020].
- Russell, Diana E.H. “Femicide” –*The Power of a Name*, en *Femicide: A Global Issue that Demands Action*, the Academic Council on the United Nations System (ACUNS) Vienna Liaison Office, 2da ed., 2013, p. 19. Disponible en: [https://acuns.org/wp-content/uploads/2013/05/Femicide\\_A-Global-Issue-that-demands-Action\\_1.pdf](https://acuns.org/wp-content/uploads/2013/05/Femicide_A-Global-Issue-that-demands-Action_1.pdf) [Consulta: 10 de mayo de 2020].
- Russell, Diana E.H., “Definición de feminicidio y conceptos relacionados”, *Feminicidio, justicia y derecho*, Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en la República mexicana y a la procuración de justicia vinculada, México, 2005, pp. 135-150. Disponible en: [124](http://archivos.dipu-</a></p></div><div data-bbox=)

- tados.gob.mx/Comisiones/Especiales/Feminicidios/docts/FJyD-interiores-web.pdf [Consulta: 2 de mayo de 2020].
- Russel, Diana E. H. y Radford, Jill, *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, Título original *Femicide The Politics of Woman Filling*, New York, Traducción: Tlatolli Ollin S.C., Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra ed. 2006.
- Russell, Diana E. H., Harmes, Roberta A., *Feminicidio: una perspectiva global*, Título original: *Femicide in Global Perspective*, Serie Athene, 2001, traducción Guillermo Vega Zaragoza. Universidad Autónoma de México, 1ra ed. 2006.
- Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. “Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa”, *Ventana Jurídica*, año VII-Vol. 1, núm. 11 (2014), Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, pp. 49-100.
- Sampedro Arrubla, Carmilo, “Derecho penal y género”, *Revista Derecho Penal y Criminológica*, vol. 38, núm. 105 (2018), pp. 207-225. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5694/7091> [Consulta: 14 de mayo de 2020].
- Silva Sánchez, Jesús María (dir.) y Ramón Ragués, i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, 4ta ed. a la Ley Orgánica I/2015 de reforma del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2015.
- Terradillos Basoco, Juan María et. al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, Derecho penal parte especial, Vol. I, 2da ed., Iustel, Madrid, 2015-2016.
- Toledo Vásquez, Patsilí, *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos. Antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012.
- Vaquerano, Vilma, “Violencia contra las mujeres en El Salvador”, *La Fundación Friedrich Ebert*, San Salvador, 2016. Recuperado en: [fesamericacentral.org](http://fesamericacentral.org), [Consulta: 4 de mayo de 2020].



## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

Manuel Jorge Carreón Perea

Universidad del Claustro de Sor Juana. ORCID 0000-0002-5564-3703 [manuel.jorge.carreon.perea@gmail.com](mailto:manuel.jorge.carreon.perea@gmail.com)

**RESUMEN:** *El presente documento tiene como propósito realizar un análisis del pensamiento surgido en el denominado Siglo de las luces y la manera en la cual impactó en diversas esferas de la vida pública, siendo la materia penal una de las más importantes. En este sentido, se abordarán dos documentos emblemáticos del periodo: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Código Penal de 1791.*

**PALABRAS CLAVE:** *Iluminismo. Derecho penal. Derechos humanos. Legislación. Castigo.*

**ABSTRACT:** *The purpose of this document is to carry out an analysis of the ideas that emerged in the so-called Century of Lights and the way in which it impacted on various spheres of public life, criminal matters being one of the most important. In this sense, two emblematic documents of the period will be addressed: the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 and the Penal Code of 1791.*

**KEY WORDS:** *Illuminism. Criminal law. Human rights. Legislation. Punishment.*

**SUMARIO:** *1. Antecedentes 2. Ilustración. Sus manifestaciones 3. Ilustración jurídica 4. Las revoluciones del siglo XVIII: una manifestación de la Ilustración 5. Contexto de la revolución de julio de 1789 6. Declaración francesa de 1789 7. El impacto de la Declaración en el derecho penal: Código de 1791 8. Apuntes finales.*

Rec: 8 sep 2020 | Fav: 28 oct 2020

## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

## Antecedentes

La cultura jurídica occidental prevalece en la mayoría de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho (sea al este u oeste del meridiano de Greenwich) y es heredera de una rica y vasta tradición que con el paso de los años no parece perder su vigencia.

La idea de la persona, como un individuo autónomo y único, es latente desde el relato bíblico de la creación, pasando por el desarrollo y perfeccionamiento de esta noción por parte de los filósofos y sofistas griegos de los siglos V y IV a.C., alcanzando incluso las principales instituciones del derecho romano.

Los tres aspectos antes mencionados (religión, filosofía y derecho), han sido determinantes para la tradición jurídica en occidente como apunta Jaime del Arenal Fenochio cuando, al momento de traducirlos en obras concretas, establece que el *Corpus Iuris* de Justiniano "... equivale en importancia y trascendencia cultural a la de la *Biblia* y la de los textos de los filósofos griegos, especialmente Platón (h. 427 a.C. a C. -347 a.C.) y Aristóteles (384 a.C. -322 a.C.)"<sup>1</sup>, aportando cada una de ellas elementos necesarios para considerar los órdenes jurídicos y sociales.

Como punto de referencia, podemos considerar que el pensamiento judeo-cristiano ha sido fundamental para la configuración del Derecho actual (no solo por su incrustación histórica en el amplio y muchas veces soslayado periodo de la Edad Media) si consideramos que una gama importante de los valores que subyacen en nuestras sociedades tienen su origen precisamente en el campo religioso, aun cuando actualmente subsista una separación latente entre Estado e Iglesia en la mayoría de las democracias occidentales<sup>2</sup>.

Sobre el impacto religioso en el mundo jurídico, bastaría adentrarse en el desarrollo del derecho canónico durante el medioevo, la estructuración del orden social y legal a partir de los estamentos<sup>3</sup>, así como

la creación de Universidades en los siglos XI, XII y XIII en Italia (Bolonia), Inglaterra (Oxford), Francia (Paris)<sup>4</sup>, entre otras, que impulsaron la difusión y estructuración del conocimiento y que junto a las escuelas de glosadores, posglosadores y traductores contribuyeron a recuperar las instituciones del derecho romano en Europa.

En lo que hace a la filosofía griega, es posible identificar aspectos centrales que impactarán en el pensamiento jurídico occidental, tomando como referencia dos posturas: la de la escuela sofista y el pensamiento platónico, que si bien durante años se han manejado como antagónicos, cabe señalar que de ellas se desprende en gran medida la conformación de un ideal de sujeto y gobierno.

Sobre la escuela sofista, actualmente desacreditada en gran medida por el impacto de diversos diálogos platónicos como la *Apología*, una aportación fundamental para la cultura occidental radica en la frase atribuida a Protágoras "*el hombre es la medida de las cosas, de las que son en cuanto que son como de las que no son en tanto que no son*", que inaugura una tradición antropocéntrica de la relación del individuo con el mundo y pone en entredicho al iusnaturalismo, al colocar al sujeto como fuente y destino último de toda norma.

Marcando una distancia con los sofistas, Platón concibe una doble realidad que constituye a la persona, una de carácter material y transitoria a la que se añade otra de naturaleza incorpórea y eterna como puede constatarse en el *Fedro*, así como en la *Alegoría de la caverna* incluida en el libro VII de la República. En esta misma obra, expone una propuesta sobre la conformación política ideal, ubicando sobre este supuesto a la aristocracia y refiriendo cuatro tipos de formas de gobierno negativas: timocracia o timarquía, oligarquía, democracia y tiranía<sup>5</sup>.

Esta visión de una forma de gobierno ideal, noción en la que más adelante contribuirá Aristóteles en su obra *la Política*, iniciará a su vez una tradición sobre las formas de gobierno que seguirá San Agustín (*Ciudad de Dios*), Thomas Moro (*Utopía*), Thomas

<sup>1</sup> Del Arenal Fenochio, Jaime, *Historia mínima del Derecho en Occidente*, México, Colegio de México, 2016, p. 41

<sup>2</sup> Siendo más notoria en algunos casos, por ejemplo en México considerando lo previsto en el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en otros casos no es tan nítida, tomando como referencia Argentina que en el artículo segundo de su Constitución Nacional puntualiza que "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano", previendo en el numeral 14 del mismo texto la profesión libre de culto.

<sup>3</sup> Incluso, autoras como Regina Pérez Marcos han señalado que "...será el Estado estamental (como primera formulación de Estado) la forma institucional que acoge las primeras manifestaciones de los derechos humanos" en Pérez Marcos, Regina, "Los derechos huma-

nos hasta la edad moderna" en *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Gómez González, Yolanda (coord.), México, CNDH, 2004, p. 30.

<sup>4</sup> Para mayor referencias sobre este punto, se sugiere la lectura de Le Goff, Jacques, *Los intelectuales en la Edad Media*, Barcelona, Gedisa, 2008.

<sup>5</sup> Vease Platón, República, Madrid, Gredos, 1986, pp. 378 – 390.

Hobbes (*Leviathán*), John Locke (*Dos tratados sobre el gobierno civil*), Montesquieu (*El espíritu de las leyes*), entre otras, cuyo valor es tangible para la Teoría Política y el Derecho, siendo fundamentales para la comprensión de los Estados contemporáneos y el contractualismo que deriva de la mayoría de ellos.

Por otro lado, y en lo concerniente al derecho romano, cuyo tratamiento sobre las aportaciones a la cultura occidental es objeto de un estudio mucho más amplio, podemos identificar la importancia que guarda la *jurisprudencia* entendida como:

...prudencia o ciencia del derecho. “Prudencia” es la virtud que sabe distinguir lo que se debe hacer, y “Jurisprudencia”, lo que se debe hacer en derecho, que se dice “yus” (en latín, *ius*, y, en el genitivo “del derecho”, *iuris*); es, así, la “prudencia del derecho”. La virtud de la “Justicia”, que procede de esa misma palabra “yus”, es la de dar a cada uno lo suyo, pero solo la “Jurisprudencia” nos indica qué es ese “suyo” que debe darse a cada uno, y, concretamente, cuando hay una controversia entre dos personas de lo que les pertenece.<sup>6</sup>

En este sentido, la jurisprudencia romana y sus operadores, los juristas, como señala Jaime del Arenal son un punto fundamental y de referencia para el derecho en occidente, siendo gran parte de sus instituciones las que conforman los sistemas jurídicos actuales, sobre todo en los países con una tradición romano-germánica.

Ubicándonos sobre estos aspectos (religión judeocristiana, filosofía griega y derecho romano) encontramos las raíces y configuración de la cultura occidental y su aspecto jurídico; sin embargo, y derivado de la constelación temporal sobre la que nos desenvolvemos, así como el tránsito lento pero infatigable de la historia, habría que añadir una etapa histórica que brindó los cimientos para comprender la realidad actual: la Ilustración.

## 2. Ilustración. Sus manifestaciones.

El concepto de *Ilustración* reviste complejidad con respecto a su definición y alcances, así como las aristas y disciplinas que lo abordan; esta situación no es

privativa del mismo<sup>7</sup> (la mayoría de los conceptos de las ciencias sociales y de las humanidades padecen esta situación) por lo que en el caso que nos ocupa habrá que establecer una delimitación provisional sobre el proyecto<sup>8</sup> de la Ilustración más que sobre el concepto<sup>9</sup>, a efecto de poder desarrollar los diferentes matices que reviste.

La Ilustración se entiende como un movimiento intelectual (no forzosamente homogéneo), en el cual se coloca a la racionalidad como elemento fundamental de la condición humana, apreciándose también una crítica a las principales instituciones que conformaban Antiguo Régimen (*Ancien régime*) que:

A efectos político-jurídicos (...) es el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVIII, por lo que este periodo existió durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna. Se considera que el Antiguo Régimen surgió en el

<sup>7</sup> Incluso en una misma disciplina, como lo es el Derecho, una misma palabra nos puede conducir a caminos distintos, por ejemplo, el cohecho puede ser visto como un delito conforme lo previsto en el artículo 222 del Código Penal Federal o, desde la arista administrativa, como una falta grave atendiendo al contenido del artículo 52 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, lo cual implica el iniciar un procedimiento específico (administrativo o penal), con su respectiva sanción que son independientes y no homologables entre sí.

<sup>8</sup> Se toma la presente idea de la obra de Tzvetan Todorov *El Espíritu de la Ilustración*, en la cual en su primer capítulo se desarrolla la noción de *Proyecto* que lleva consigo el movimiento ilustrado, identificando tres ideas: autonomía, finalidad humana y universalidad.

<sup>9</sup> Sin embargo y a manera de antecedente, consideramos que el concepto de Ilustración reviste en sí mismo un matiz especial y que ha sido definido por diversos autores como Thiebaut para el cual se trata de una “Época y movimiento cultural, intelectual y político que arranca a finales del siglo XVII con diversidad de tonos y corrientes. En Gran Bretaña, la Ilustración escocesa encuentra su representante en Hume. En Francia, la Ilustración se aglutina en torno a la Enciclopedia (Diderot, Voltaire, Rousseau). En filosofía, la Ilustración se considera ligada al concepto de modernidad y los debates contemporáneos sobre los límites de la modernidad se refieren, en gran parte, a cómo puede sostenerse, o no, el proyecto ilustrado. El programa de la Ilustración se centra en una concepción fuertemente racional del conocimiento humano y de la organización racional de las sociedades y se caracteriza por el optimismo ante el alcance de dicha racionalidad. Es tono central de ese programa la crítica al dogmatismo y del oscurantismo. Kant, que es probablemente su ejemplo más cumplido en Alemania y en el conjunto de Europa, definió la Ilustración como la emancipación de una culpable minoría de edad que viene inducida por la incapacidad de pensar por sí mismo. La defensa de la ciencia, el programa de un comportamiento ético regido racionalmente, la confianza en el progreso de la razón y de las sociedades, la concepción de la naturaleza humana como esencialmente moral y buena, son temas ilustrados centrales” (Thiebaut, Carlos, *Conceptos fundamentales de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 63-64).

<sup>6</sup> D’ors, J. A., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, tercera edición, 1992, p. 11.

## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

siglo XIII tras el despertar de la realeza, el desarrollo de las ciudades y el redescubrimiento del Derecho romano, provocando todo ello la construcción de un verdadero Estado de Justicia controlado por el rey y sus oficiales frente a la Justicia ejercida por otros poderes – sobre todo el señorial y el de la Iglesia.<sup>10</sup>

Este sistema evoluciona a una propuesta de estructura social que no se encuentre basada en los postulados de un derecho de corte natural para instaurar un orden *humano* por encima del espiritual o religioso que, desde la Edad Media, se había consolidado en Occidente.

En tanto proyecto cuyas bases se encuentran en el racionalismo moderno, tiene como características principales el constituirse como una ideología *liberadora* de la condición del sujeto mantenida durante la mayor parte del Antiguo Régimen, a fin de liberar (en el más amplio sentido del término) a todas las personas y por lo que encontramos que ideologías progresistas, racionalistas y humanistas se enmarcan en la misma idea.<sup>11</sup>

Siendo así, el conocimiento racional será uno de los principales puntos sobre los que se incrusta y gira el pensamiento ilustrado, que se va a traducir en una manifestación de la Ilustración en un sentido epistemológico, en la cual identificamos una superación del *conocimiento revelado* propio de la escolástica, mismo que identificaba una figura rectora del conocimiento.

La concepción de Ilustración en sentido epistemológico, la podemos identificar en la obra de múltiples autores pero que Immanuel Kant sintetiza de manera sublime al postular que:

La Ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡*Sapere aude!* ¡Ten el valor de servirte de tu *propia razón!*! he aquí el lema de la ilustración.<sup>12</sup>

Ahondando un poco más en lo anterior, es preciso señalar que la referencia tácita a una tutela que se cernía sobre el individuo, radica principalmente en una de naturaleza religiosa<sup>13</sup> como habíamos apuntado previamente, la cual limitaba el cúmulo de conocimientos a lo dictado por la fe, reduciéndose por ende a un acto de fe o, en otros casos, a seguir lo estipulado por un dogma muchas veces incomprensible y carente de una explicación racional.

Siendo así, desde el fin del medioevo comienza a gestarse un viraje con respecto a la fuente del conocimiento humano, apelando no a la figura de una entidad eterna sino a un atributo de la persona cuya naturaleza es universal: la razón.

El conocimiento racional que tiene en Descartes su primer gran exponente, comenzará a cobrar relevancia en los siglos XVII y XVIII, encontrando un eco significativo en los postulados de los tratadistas de la época, con lo que se busca lograr una liberación del pensamiento religioso como explicación del mundo y de las cosas, pasando a consolidar otro de naturaleza metódica y del cual pueden participar todas las personas sin tener que recurrir a una figura de autoridad que explique o interprete las cosas.

Dicha situación, conducirá al replanteamiento de la existencia del individuo, que fácilmente se opondrá al carácter religioso y mítico del conocimiento, ya que tendrá su fuente en la racionalidad y en la experiencia; en palabras de Todorov:

Ya no hay lugar para la magia y la revelación. La convicción de que la luz desciende de las alturas queda sustituida por la de toda una multiplicidad de luces que se propagan de persona a persona. La primera autonomía que se conquista es la del conocimiento, que parte de la base de que ninguna autoridad, por prestigiosa que sea y bien establecida que esté, queda exenta de críticas. El conocimiento tiene dos únicas fuentes, la razón y la experiencia, ambas accesibles a todo el mundo. La razón adquiere importancia como herramienta de conocimiento, no como móvil de la conducta humana; se opone a la fe, no a las pasiones. Todo lo contrario: las pasiones también se emancipaban de las obligaciones impuestas desde fuera.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Cañizares-Navarro, Juan, “Las penas infamantes en las postrimerías del Antiguo Régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal” en *Foro, Nueva Época*, vol. 17, núm 1 (2014), p. 103

<sup>11</sup> Hobsbawm, Eric, *La era de la Revolución*, México, Crítica, 2015, p. 29.

<sup>12</sup> Kant, Immanuel, “¿Qué es la Ilustración?” en *Filosofía de la*

historia, México, FCE, tercera edición, 2015, p. 25

<sup>13</sup> Todorov, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2008, p.11

<sup>14</sup> Todorov, Tzvetan, Op. Cit., p. 12.

Es factible identificar dos elementos que resultan de capital relevancia para el objetivo del presente escrito. El primero de ellos radica en la oposición entre fe y razón, que más adelante observaremos no se reduce solo a un plano religioso-filosófico sino jurídico. En un segundo momento encontramos la noción de *autonomía*, que por su construcción etimológica nos encontraríamos ante la posibilidad de que cada individuo se imponga sus propias normas, hecho que no carece de relevancia como se expone a continuación.

Si hemos hablado de una Ilustración en sentido epistemológico, en la cual el sujeto puede conocer por sí mismo sin tener que apelar a una autoridad, de inmediato nos moveríamos a la esfera de los actos, ya que el conocimiento logrado por medios propios viene a configurar una liberación de la conducta personal, misma que en los siglos anteriores al XVIII se encontró limitada de manera sensible por la influencia que tenía la religión en la vida (tanto pública como privada) del sujeto, dictando normas y cánones de conducta que debían ser seguidos de manera indiscutida, por así considerarlo la doctrina.

Cuando el sujeto se entiende como autónomo es consciente de su condición como individuo libre, es decir, "... tanto es capaz de conocer por sí mismo la verdad a partir de su raciocinio, como de poder elegir lo que más le conviene a sus intereses, lo que implica un ejercicio de la manifestación exterior de su voluntad (libertad) acorde a lo que considere útil o satisfactorio"<sup>15</sup>.

Aun cuando la persona puede conocer a partir de sus propios medios y tomar decisiones sobre su vida, queda un asunto pendiente: su calidad como integrante de una sociedad, entendida como "...una entidad que no debía su existencia a autoridad política o religiosa alguna o incluso a cualquier principio externo a sí misma"<sup>16</sup>.

En tanto miembro de una sociedad, debe establecer relaciones con otros sujetos que son idénticos a él en lo que respecta a su consideración epistemológica y ética (racionales y éticos), es decir, generar *pactos* o *acuerdos* para que se preserve en mayor medida la libertad de cada integrante. Vemos, entonces, que "la autonomía de la razón (...) es lo que ahora propicia modelos de organización política secularizados, cuya

justificación reside en su propia utilidad para el mantenimiento de una sociedad de individuos libres"<sup>17</sup> lo cual implica la transformación de instituciones sociales.

Esta visión implica la negación de estructuras e instituciones jurídicas naturales y eternas como las presentes en el mencionado Antiguo Régimen, para dar paso a una descentralización del poder y reconocimiento de derechos a los integrantes de la mencionada sociedad. Se trata, por lo tanto, de una ilustración en sentido político que "...remite a las propuestas de transformación del régimen monárquico absolutista (...) en el cual la figura del soberano (rey) era la depositaria de los tres poderes, lo cual tenía como resultado un gobierno déspota y poco interesado en las necesidades de los gobernados"<sup>18</sup>.

Al abarcar los espectros epistemológico, ético y político, la ilustración genera una nueva idea de sujeto que ya no estará sujeta a un dogma o a una religión determinada, sino como individuo que forma parte de una comunidad: es integrante de un pacto social. De esta manera:

Si se consideró que lo racional era lo propio de la naturaleza humana, para conformar un orden jurídico y político con esta característica se hubo de remitir necesariamente a la razón humana. Tratándose de la vida en sociedad, aquella tuvo que esforzarse por encontrar un criterio racional que permitiera superar la presencia de tantas voluntades —en muchas ocasiones, opuestas y contradictorias— de los *individuos* que conformaban la sociedad. De aquí nació la idea del pacto social, resultado de una convención que supone el sacrificio individual de una libertad absoluta originaria. Una vez constituida así la sociedad, su marcha será responsabilidad de los individuos que la integren, acudiéndose desde luego a la razón. Ésta se expresará por medio de lo que establezca la voluntad colectiva de todos los individuos: voluntad que por fuerza habrá de manifestarse bajo los principios de mayoría y de representación si pretende ser efectiva<sup>19</sup>

El pacto social conlleva la unión de voluntades diversas que, para coexistir entre ellas, deben

Una de las vías a través de las cuales será posible la conformación del pacto social consiste en la pre-

<sup>15</sup> Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de derechos humanos*, México, INEPPA-UBIJUS, 2020, p. 88.

<sup>16</sup> Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 42.

<sup>17</sup> Prieto Sanchís, Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2019, p. 5.

<sup>18</sup> Carreón Perea, Op. Cit., p. 89.

<sup>19</sup> Del Arenal Fenochio, Jaime, Op. Cit., p. 151.

## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

sencia de una nueva clase de derecho que deja de lado el derecho de la época feudal, basado en un iusnaturalismo de corte divino y que encontraba en la sociedad estamental una vía propicia para su desarrollo. Tanto el derecho consuetudinario como el canónico no eran compatibles con el racionalismo ilustrado y la nueva idea de sujeto autónomo derivada de aquel.

### 3. Ilustración jurídica

El sistema jurídico heredado de la Edad Media, da paso a un derecho que surge de los postulados del Siglo de las Luces que tiene como base el racionalismo jurídico y cuyos principales ejes pueden resumirse en "...una sola ley, igual para todos, clara, precisa y taxativa, con un referente empírico y con un contenido normativo susceptibles de una aplicación tan sencilla y mecánica que incluso podría dejarse en manos de jurados populares"<sup>20</sup>.

Encontramos, por lo tanto, diferencias sustanciales con respecto al régimen jurídico anterior que se caracterizaba por la multiplicidad de normas que existían en un mismo tiempo y espacio (considerando, además, la vigencia del derecho canónico): la ley ilustrada es abstracta, es decir, comprensible para toda persona; lo anterior lleva aparejado su carácter general y que se fundamenta en una idea de igualdad, no en un sistema estamental. Sin embargo, el punto más importante radica en que proviene de un legislador humano y no de una instancia divina.

El derecho penal, así como el civil, serán aquellos que reciban mayor impacto al secularizarse y adquirir una nueva configuración basada en la humanización de las normas. Ello implicó que figuras como el matrimonio y el divorcio ya no estuvieran sujetas a la autoridad eclesiástica sino a la civil. Lo mismo sucede con la rama penal, considerando que bajo el Antiguo Régimen:

... la ley penitencial y el derecho consuetudinario pertenecían a la misma cultura. Todos los grandes delitos "seculares" –homicidio, robo y similares– también eran pecados que había que expiar por medio de la penitencia; todos los principales delitos "eclesiásticos" –pecados sexuales y maritales, hechicería y magia, violación de votos monacales, etc.– también eran delitos prohibidos

por el derecho consuetudinario y sometidos a sanciones seculares. De hecho, las "autoridades" que administraban el derecho penal eran parte, del propio clero.<sup>21</sup>

En la ilustración se da, por lo tanto, una ruptura del mundo jurídico secular con respecto al religioso, el cual pasa a un segundo plano. No obstante, la Iglesia y sus instituciones mantendrán una fuerza latente en los años posteriores que competirá con nuevas figuras jurídicas aunque bajo otro enfoque y apelando al conservadurismo, lo cual tendrá como resultado el surgimiento del moralismo legal.

¡Asimismo, en esta época tiene inicio la "documentación" de las normas, esto es, la creación de leyes que contengan disposiciones generales, aprobadas por representantes populares y que son consagradas en un texto escrito en lengua vernácula y no en latín. Surgen en este contexto las primeras constituciones y los códigos para regular materias específicas, lo cual será una de las mayores aportaciones de la Ilustración jurídica, toda vez que sintetiza y agrupa las aportaciones que tuvo el iluminismo para la cultura occidental. La codificación supone:

... un nuevo Derecho, el emanado de los principios y leyes que conformaban el Derecho natural, así como del estado de naturaleza original del hombre, entendido socialmente como individuo y políticamente como ciudadano. Por otro lado también implicó la aniquilación de derechos e instituciones hasta entonces vigentes por considerarse irracionales o contrarios a la naturaleza del hombre<sup>22</sup>

Con los Códigos se consigue la generalidad y abstracción concebida por el derecho ilustrado. Asimismo, sientan las bases para distinguir el derecho por materias, lo cual constituye una de las bases del derecho contemporáneo y que permite diferencias con claridad la esfera del derecho público con respecto al privado.

En síntesis: en la Ilustración comienza a definirse la división entre al ámbito público y privado de la vida del individuo, que durante muchos años estuvo gobernado por aspectos religiosos y jurídicos basados en dogmas. Se presenta, por lo tanto, una ruptura en

<sup>20</sup> Prieto Sanchís, Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2019, p.36.

<sup>21</sup> Berman, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, FCE, 2001, p. 83.

<sup>22</sup> Del Arenal Fenocho, Jaime, Op. Cit., p. 170.

los diferentes ámbitos de la vida de la persona, situación que desembocará en movimientos sociales que se opondrán a las estructuras dominantes, derivando en la consagración de *Declaraciones de Derechos* y Códigos.

#### 4. Las revoluciones del siglo XVIII: una manifestación de la Ilustración

La influencia del pensamiento del Siglo de las Luces resulta evidente en el derecho penal y de los derechos humanos, los cuales son herederos de lo acontecido en el mundo occidental en la segunda mitad del siglo XVIII. Luis Prieto Sanchís refiere que:

...una buena parte de las ideas y valores que sigue procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron precisamente en el siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo e incluso la solidaridad, cuyo precedente bien puede rastrearse en la venerable filantropía, y desde luego también el garantismo penal, que representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada.<sup>23</sup>

La prueba material de lo antes escrito podemos ubicarla en el movimiento independentista norteamericano, así como en la Revolución francesa, de los cuales se desprenden *Declaraciones de Derechos* que serán la base sobre las cuales se articularán gran parte de las constituciones nacionales del siglo XIX y XX. Ambos se oponen al régimen establecido y apuestan por comprender una sociedad en la que la soberanía resida en el pueblo. Para ello, aseguraran un conjunto de libertades y límites al poder estatal en documentos específicos.

En el caso norteamericano encontramos la *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia* que establecía directrices de conformación del gobierno, así como derechos naturales de los hombres. En el mismo sentido se encuentra la redacción de la *Declaración de Independencia* del 4 de julio de 1776 en la los padres fundadores apuntan que “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres

son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”. Más adelante, en 1787, será proclamada la Constitución de los Estados Unidos enfocada en delinear la forma de gobierno del país, previéndose derechos en las enmiendas que comenzarán a materializarse tan solo dos años después (1789).

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de Francia, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1789, y documento emblemático del movimiento revolucionario, consagró un número determinado de derechos y una forma de gobierno que se oponía abiertamente al Antiguo Régimen, previendo derechos públicos y privados para los hombres, excluyendo a un grupo importante de sujetos que no se consideraban como titulares de derechos, como mujeres, esclavos, miembros de minorías religiosas, entre otros<sup>24</sup>.

Resultaría un error considerar que los movimientos sociales en las colonias inglesas de América del Norte y en Francia poseen las mismas características y objetivos, ya que cada uno surge y se desarrolla en un contexto propio que es producto de tradiciones jurídicas y sociales distintas, situación que los hace desembocar en posiciones distintas sobre un mismo hecho, por ejemplo, la revolución francesa posee tintes de universalismo en los objetivos que persigue, frente al particularismo que se manifiesta en el movimiento norteamericano. En palabras de Lynn Hunt “...los norteamericanos crearon luego su propia tradición particularista con la Constitución de 1787 y la Carta de Derechos de 1791. En contraposición, los franceses abrazaron casi inmediatamente la versión universalista, en parte porque socavaba las pretensiones particularistas e históricas de la monarquía”<sup>25</sup>.

Ahora bien, la relación entre la Ilustración y los movimientos sociales de la segunda mitad del XVIII, ha sido trabajada por diversos autores entre los que destacan Eric Hobsbawm y Roger Chartier, llegando el primero a manifestar que resultaría “...más exacto considerar la Ilustración como una ideología revolucionaria”<sup>26</sup>. Se pone de relieve que los efectos del pensamiento ilustrado no solo se reflejan en apor-

<sup>23</sup> Prieto Sanchís, Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2019, p.1

<sup>24</sup> En donde se encontraban excluidos amplios grupos de personas como mujeres, esclavos, niños, integrantes de minorías religiosas, entre otros.

<sup>25</sup> Hunt, Lynn, Op. Cit., p. 119.

<sup>26</sup> Hobsbawm, Eric, Op. Cit., p.29.

## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

taciones teóricas o de carácter intelectual, sino que son traducidos en acciones para brindarles materialidad; por lo tanto, implica una ruptura con el *Ancien régime* de manera plena, incluyendo sus instituciones sociales, culturales, políticas y jurídicas.

En este sentido, se da inicio al denominado *Estado de Derecho Legal* (antecedente del Estado de Derecho constitucional) y que:

... fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse a resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Núremberg.<sup>27</sup>

En el Estado de Derecho legal, los derechos humanos son concebidos como "...una concesión del Estado y, sobre todo, como una autorestricción del mismo en orden de asegurar la libertad *dejando pasar, dejando hacer* (...) su objeto es garantizar que el Estado no se entrometa con la libertad individual abusando así de su poder<sup>28</sup>", algo que nos suena muy cercano a nuestra concepción de derechos humanos.

Ahora bien, la Ilustración tiene en el movimiento revolucionario francés XVIII su manifestación social más representativa, el cual ha pasado a constituirse como un punto de referencia para la configuración jurídica y social de los Estados modernos, al ser un símbolo indistinto de la superación de la estructura cultural, social y jurídica del Antiguo Régimen y por haber producido uno de los textos más influyentes en la historia de la humanidad que "durante casi dos siglos, y a pesar de la polémica provocada por la Revolución francesa (...) simbolizó la promesa de unos derechos humanos universales"<sup>29</sup>

Por ello los documentos que emanaron de la revolución francesa han tenido un gran impacto en nuestra tradición jurídica, influyendo en la conformación de nuestras ideas de derechos humanos y derecho pena

como se analizará en párrafos siguientes, no sin antes mencionar el contexto histórico de la revolución francesa.

## 5. Contexto de la revolución de julio de 1789

Hacia finales del siglo XVIII, Francia atravesaba una profunda crisis social y económica producto de la decadencia de su clase gobernante, reflejada en las instituciones gubernamentales debido a los excesos propios del despotismo y la falta de interés de los reclamos populares; dicha situación, fue un allanado el camino para que las ideas de autonomía propias de la Ilustración comenzarán a cobrar fuerza entre los burgueses educados, los cuales rápidamente se dieron a la tarea de difundirlas entre las clases populares iletradas, que si bien no comprendían totalmente el sentido de las ideas que les eran puestas a su conocimiento, la simple promesa de una mejora de la condición era más que suficiente.

Aunado a lo anterior, la flaqueza y debilidad del Rey Luis XVI<sup>30</sup>, diametralmente distinta a la capacidad y manejo de gobierno alcanzada por su ancestro Luis XIV, propiciaron que las decisiones tomadas para hacer frente a los problemas económicos que aquejaban al reino de Francia no fueran las más adecuadas y, por ende, ampliamente criticadas por la cada vez más fortalecida burguesía.

En un intento de conciliación y a efecto de recobrar popularidad perdida, Luis XVI convoca en durante el primer semestre de 1789 a los *Estados Generales* con el propósito de lograr una salida a la situación del país a partir del consenso entre la nobleza, el clero y el pueblo, teniendo un doble objetivo: 1) mostrar una disposición a la deliberación y por ende minimizar el descontento popular; 2) despresurizar la asfixiante condición que se vivía en el propio Palacio de Versalles. Los *Estados Generales* se inaugurarían el 5 de mayo.

Sin embargo, y de manera paradójica, la convocatoria a los *Estados Generales* tuvo consecuencias funestas (más adelante fatales) para la figura real, en función de que en ella el pueblo francés, instaurado en el Tercer Estado, se siente con la obligación de no seguir las líneas trazadas por la nobleza y el clero, sino de construir un camino propio que tiene como

<sup>27</sup> Vigo, Rodolfo, "Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional" en *Interpretación y ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, (coord.) Antonio Flores Saldaña, México, Tirant lo blanch-Universidad Panamericana, 2013, pp. 583-584.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 594

<sup>29</sup> Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009, p. 15.

<sup>30</sup> Resulta relevante el retrato que hace S. Zweig de la personalidad del soberano francés en su *María Antonieta*,

base la igualdad intrínseca de todos los hombres y la elección de su propia forma de gobierno, un claro ejemplo de las influencias de las ideas ilustradas. Todas estas ideas quedarían plasmadas en los *Cahiers de doléances* redactados en ese momento y que se han convertido en un testimonio de la situación durante el período. Al respecto vale la pena considerar que:

Varias de esas listas, confeccionadas en febrero, marzo y abril de 1789, hacían referencia a <los derechos inalienables del hombre>, <los derechos imprescriptibles de los hombres libres>, <los derechos y la dignidad del hombre y del ciudadano> o <los derechos de los hombres ilustrados y libres>; en cualquier caso, predominaban <los derechos del hombre>.<sup>31</sup>

La consecuencia: el levantamiento del pueblo francés que tiene como evento simbólico la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789, que puso al rey contra las cuerdas, haciendo uso de una analogía propia del mundo pugilístico. El carácter emblemático de la toma de la Bastilla es posible que no radique en el evento mismo, aun cuando su naturaleza simbólica es innegable, sino en su en el período comprendido entre mayo y agosto de 1789 en el que se sientan las bases materiales e ideológicas del movimiento revolucionario francés.

Un mes y medio después, la revolución tiene su primer gran éxito cuando logrará traducirse en un documento en el que se expondrían los principios e ideales no solo del movimiento revolucionario, sino del mismo pensamiento ilustrado, cuando se adopta la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*<sup>32</sup>, producto de la deliberación por parte de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

## 6. Declaración francesa de 1789

Se trata de un documento breve que consta de 17 artículos en los cuales se contemplan las bases y organización del Estado, su forma de gobierno, así como un catálogo de derechos atribuibles a los hombres que se agrupan en: libertades, propiedad, seguridad y oposición a la tiranía u opresión.

En lo que respecta a las bases y organización del Estado, la Declaración plasma uno de los principales objetivos que se persiguen con la idea de pacto social presente en la Ilustración: trasladar el poder que ostentaba el soberano a la Nación, entendida esta como el pueblo (artículo 3).

Menos conocidos y trabajados son los artículos 14 y 15 del documento declarativo de 1789 en los que se prevén medidas de fiscalización a las actuaciones propias de los agentes públicos, lo cual también es aplicable en el plano tributario, contemplando a su vez el origen de lo que hoy en día denominaríamos rendición de cuentas. Para mayor claridad transcribo a continuación la redacción del numeral 15 “La Sociedad tiene el derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público”.

Sobre la forma de gobierno, la Declaración consagra en su artículo 16 una de las mayores aportaciones del movimiento revolucionario al mundo jurídico occidental: la separación de poderes unida a la protección de derechos. La separación de poderes, herencia de Montesquieu y su *Espíritu de las Leyes*<sup>33</sup>, asegura límites al poder del Estado al evitar el monopolio que ostentaba el soberano y separando las funciones legislativas de las ejecutivas y judiciales. Aquí se encuentra la base de nuestra concepción moderna de Estado Constitucional de Derecho.

Tocar hablar sobre los derechos. Resulta significativo que la Declaración posee, como había apuntado en apartados previos, una vocación universalista en la que se otorga la titularidad de los derechos consagrados a todos los hombres. En palabras de Hunt “Ninguno de los artículos de la Declaración especificaba los derechos de grupos particulares. <Los hombres>, <el hombre>, <cada hombre>, <todos los ciudadanos>, <todo ciudadano>, <la sociedad>, <toda sociedad> contrastaban con <nadie>, <ningún individuo>, <ningún hombre>. Era literalmente todo

<sup>33</sup> En palabras de Montesquieu “Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutarlo que depende del derecho civil.

Por el primero, el príncipe ó magistrado hace leyes, para algún tiempo ó para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz ó la guerra, envía ó recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes ó juzga los pleitos de los particulares. Éste último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder Ejecutivo del Estado.” Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1906, trad. Siro García del Mazo, Libro XI, capítulo VI, p. 227

<sup>31</sup> Hunt, Lynn, Op. Cit., p. 130.

<sup>32</sup> Que ve la luz el día 26 de agosto aunque promulgada hasta el 3 de noviembre

Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

o nada. En la Declaración no aparecían clases, religiones ni sexos”<sup>34</sup>.

Los derechos expuestos en este documento podrían agruparse de manera general en los denominados *civiles* y *políticos* que engloban a vida privada y pública de las personas (en estos se incluye la seguridad); derecho a la propiedad y derecho de resistencia a la opresión. La redacción del artículo 2 pone de manifiesto estos derechos imprescriptibles.

Mención especial tiene la propiedad como un derecho “inviolable y sagrado” si observamos la redacción del artículo 17, lo cual ha sido fuente de amplias críticas por autores como Gregorio Peces-Barba que apunta que “no es la propiedad un derecho natral sino civil, y serán los fisiócratas los que aporten la justificación vinculándole como el derecho principal y casi único del estado de Naturaleza...”<sup>35</sup>

En materia penal, siguiendo a Luis Prieto Sanchís<sup>36</sup>, el documento declarativo de 1789 contempla cuatro elementos que se derivan de la Ilustración:

- a. Secularización del derecho en general y en especial del derecho penal. Con ello se elimina los binomios delito –pecado y pena– penitencia que subsistieron durante gran parte de la Edad Media y el inicio de la Modernidad, suprimiéndose a su vez los castigos a quienes cometieran faltas de carácter religioso, por ejemplo, la herejía o blasfemia. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la redacción del artículo 6 que prevé la participación del las personas en la elaboración de las leyes, suprimiendo el derecho divino que era característico del Antiguo Régimen. Asimismo, el artículo 10.
- b. El fin de la pena, la cual “en la concepción sacralizada o teológica que servía de fundamento al Derecho penal del Antiguo Régimen (...) parece representar un trasunto de la penitencia, del castigo divino...”<sup>37</sup> y que en el contexto de la ilustración se aleja de una concepción retributiva para adquirir una de utilidad, siendo además menos atroz por considerar que debe ser proporcional a la falta cometida. En palabras de

Prieto Sanchís “...la fuerte impronta utilitarista representa un contrapunto a la concepción retributiva precedente que entendía la pena principalmente como una expiación derivada de la ruptura de un orden querido por Dios...”<sup>38</sup>.

En la Declaración la concepción ilustrada de la pena es visible en el artículo 8 al referir que “La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias...”.

- c. Prevalencia del principio legalidad que supone el imperio de la ley y que las acciones estatales no deben rebasar lo explícitamente escrito, evitando por lo tanto la aplicación analógica o decisionista<sup>39</sup> de la ley, lo cual es de particular relevancia en el caso de los operadores judiciales.

El artículo 5 ejemplifica de manera clara esta posición: “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que esta no ordene”.

- d. Modificación del proceso penal que prevé derechos procesales para todos los hombres y no solo para un grupo específico (que era propio del régimen estamental), lo cual constituye uno de los avances más importantes en la tradición jurídica de occidente, dando surgimiento a un derecho procesal inquisitorio.

Sobre este punto destaca lo previsto en el artículo 7 en el que se asentó que “ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que esta ha prescrito”

Aunque no es referido por Sanchís, considero que el principio de igualdad ante la ley es una de las aportaciones más relevantes del texto francés, al sentar las bases para que las normas sean aplicables a todas las personas por igual sin que exista una distinción basada en títulos nobiliarios o condición social. El derecho penal contemporáneo resultaría impensable sin este principio.

<sup>34</sup> Hunt, Lynn, Op. Cit., p. 135.

<sup>35</sup> Peces Barba, Gregorio, *Los derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*, en Anuario de Filosofía del Derecho VI (1989) p.80

<sup>36</sup> Prieto Sanchís, Op. Cit.

<sup>37</sup> Prieto Sanchís, Op. Cit., p.23

<sup>38</sup> Prieto Sanchís, Op. Cit., p. 31.  
<sup>39</sup> Entendiendo el decisionismo legal como la doctrina en la cual “... en circunstancias críticas, la realización del derecho depende de una decisión política vacía de contenido normativo” en Negretto, Gabriel, *¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt*. Consultado en línea el 21 de agosto de 2020 y disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcps/article/download/49743/44736>

Como hemos visto, en la Declaración encontramos elementos identificativos del derecho penal durante la Ilustración que irá transformándose hasta adquirir su estructura actual. Ello responde en gran medida al influjo de la filosofía penal de la época, la cual:

... no mantuvo posturas unánimes, pero sí relativamente uniformes, alentó, en primer lugar, la secularización del Derecho penal y, con ello, la exclusión del catálogo de delitos de una buena parte de gravísimas infracciones hasta entonces vigentes, si bien no dejó de mantener disputas a propósito de la reprochabilidad de algunas conductas. Asimismo, defendió un nuevo significado para la pena, donde los fines de utilidad y necesidad social desplazaron su viejo carácter expiatorio (...) Diseñó, en fin, un nuevo proceso penal cuyos rasgos más visibles fueron, tal vez, la eliminación de la tortura y el sistema de prueba tasada y su sustitución por la libre convicción de un juez imparcial.<sup>40</sup>

La contemplación de estas ideas dará paso a un nuevo derecho penal que tendrá una de sus primeras manifestaciones tangibles en el Código Penal de 1791.

## 7. El impacto de la Declaración en el derecho penal: Código de 1791

Para Cañizares-Navarro durante el *Antiguo Régimen* no existió una estructura definida y completa de un sistema punitivo; más bien tomaba como referencia las siguientes fuentes: legislación real, derecho romano, derecho canónico, doctrina jurídica y la jurisprudencia, además de la costumbre<sup>41</sup> como prevalecía en el derecho medieval (*ius commune*).

Esta situación, como hemos visto, se modifica en el contexto de la revolución francesa en donde se buscó contar con una ley que cumpla con los criterios de generalidad, abstracción y racionalidad propios del pensamiento ilustrado, eliminando con ellos todas aquellas fuentes jurídicas que no sean producto del legislador humano el cual, es importante decirlo, funge como representante del pueblo soberano. Entonces ¿Cuál es la vía para lograr una legislación que satisfaga dichos requisitos? La respuesta: la codificación de las normas.

En materia penal, debemos recordar que "... la exigencia de un Código criminal, inspirado y elaborado según los principios de la razón, será una constante en todos los escritores ilustrados, pero sobre todo estará muy presente en los documentos revolucionarios..."<sup>42</sup> ya que el monopolio del uso de la fuerza y la aplicación del castigo por parte de la monarquía, debía ser transformado en para adquirir rasgos sociales y basados en una visión más humanista del derecho. Asimismo serviría para establecer castigos basados en la conducta y no basados en la condición de clase como sucedía en el Antiguo Régimen. Lynn Hunt<sup>43</sup>, por ejemplo, rescata cinco modos distintos de imponer la pena de muerte en Francia antes de fraguarse el movimiento revolucionario y la aparición de la *Declaración*:

1. Decapitación: reservada para la nobleza
2. Horca: aplicada a los delincuentes comunes
3. Descuartizamiento: para quienes cometieran delitos contra el soberano
4. Hoguera: enfocada a castigar la herejía y sodomía, entre otras conductas
5. Descoyuntamiento: ejecutada a los culpables de asesinato o salteamiento

El panorama descrito, propició que, en el otoño de 1791, se conformara un Código Penal a través del cual no solo se modificaba de manera sustancial la forma que mantuvo el derecho criminal en la época previa a la revolución, sino que proponía una reorganización de la justicia y de los procedimientos criminales.

Lo anterior es notorio en las penas previstas en esta codificación, las cuales se dividían en: pena de muerte; pena de hierros; pena de presidio; reclusión en casa de fuerza; deportación; y degradación cívica (picota). Asimismo, en el numeral 35 del Tomo I se establecía que "Quedan abrogadas todas las penas actualmente en uso, que no sean aquellas establecidas más arriba". De esta manera se cubría con lo apuntado en el artículo 8 de la *Declaración* "La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente".

<sup>40</sup> Prieto Sanchís, Op. Cit., p. 93.

<sup>41</sup> Cañizares-Navarro, Op. Cit., p. 106.

<sup>42</sup> Prieto Sanchís, Op.Cit., p. 37.

<sup>43</sup> Hunt, Lynn, Op. Cit., p. 80

## Ilustración jurídica. Apuntes sobre el Código Penal de 1791

La ejecución capital durante el Antiguo Régimen, como hemos visto, era la regla y no la excepción al momento de establecer penas en contra de un número amplísimo de delitos y que, dependiendo del país, el catálogo de actos que conducían a la persona al cadalso se ampliaba o reducía a juicio de la autoridad, destacándose el denominado *Código sangriento* inglés que preveía "...el máximo suplicio para conductas como el robo de nabos, la asociación con gitanos o dañar peces en los estanques"<sup>44</sup>.

En contra parte, el Código Penal de 1791 prevé una sola forma de ejecución: la decapitación (artículo 3 del Título I), salvaguardando lo previsto en el artículo 6 de la Declaración que señalaba la igualdad ante la Ley, ya fuera para sancionar como para proteger. Asimismo, es eliminado el suplicio previo al cual se sometía al delincuente y que servía como preámbulo de la pena capital, tal como consta en la redacción del artículo 2 "La pena de muerte consistirá en la simple privación de la vida, sin que jamás pueda ser ejecutada tortura alguna contra los condenados".

La eliminación de la tortura judicial probablemente representa uno de los elementos más destacados del Código de 1791, ya que con ello se concluye con prácticas propias de un derecho procesal sanguinario y en el cual prevalecía la potestad del Estado (rey) por encima de los derechos de las personas. Al anular la tortura, se consagra la seguridad personal de todo sujeto vinculado a proceso, siendo más humanista.

## 8. Apuntes finales

A lo largo del presente texto he realizado un recorrido sobre los principales puntos sobre los que se sustenta la Ilustración como movimiento intelectual que impacta en lo jurídico. En materia penal, como hemos visto, su influencia fue determinante para sentar las bases del derecho penal moderno, teniendo en Beccaria una de sus principales figuras. En este sentido,

"...es en nombre de la contestación de la discrecionalidad de los jueces, en nombre de los derechos del acusado contrapuestos al Estado, que Beccaria expuso en 1764 el sistema que fundaría las legislaciones de la Europa moderna. En Francia, la Declaración de Derechos

del Hombre y del Ciudadano de 1789, y luego el primer código penal de 1791, determinaron su advenimiento"<sup>45</sup>

El Código Penal de 1791, aunque tuvo una vida corta, representó la primera codificación en la materia que rescataba en su contenido algunos de los ideales ilustrados y que, más importante aún, se encontraba en sintonía con lo dispuesto en la *Declaración* de 1789, documento emblemático del periodo.

Así, el pensamiento ilustrado en materia jurídica:

...se proyectará en el ámbito del Derecho público a través de las constituciones y de las declaraciones de derechos, y a su vez la codificación civil será su traducción en la esfera del Derecho privado. Pero encontrará también su plasmación en el Derecho penal y procesal, cuya elaboración dogmática es obra del siglo XIX pero cuyos principios inspiradores se fraguan en la amplísima literatura que produce el pensamiento filosófico y jurídico de la segunda mitad del siglo XVIII <sup>46</sup>

## Bibliografía

- Berman, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, FCE, 2001
- Cañizares-Navarro, Juan, "Las penas infamantes en las postrimerías del Antiguo Régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal" en *Foro, Nueva Época*, vol. 17, núm 1, 2014.
- Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de derechos humanos*, México, INEPPA-UBIJUS, 2020.
- Del Arenal Fenochio, Jaime, *Historia mínima del Derecho en Occidente*, México, Colegio de México, 2016.
- D'ors, J. A., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, tercera edición, 1992.
- García-Pelayo, Manuel, *La idea medieval del derecho*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2004
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003,
- Hobsbawn, Eric, *La era de la Revolución*, México, Crítica, 2015.

<sup>45</sup> P. 369

<sup>46</sup> Prieto Sanchis, Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2019, p.7

- Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, “El concepto de Ilustración” en *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, novena edición, 2009.
- Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.
- Kant, Immanuel, “¿Qué es la Ilustración?” en *Filosofía de la historia*, México, FCE, tercera edición, 2015.
- Le Goff, Jacques, *Los intelectuales en la Edad Media*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1906, trad. Siro García del Mazo.
- Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Platón, *República*, Madrid, Gredos, 1986.
- Pérez Marcos, Regina, “Los derechos humanos hasta la edad moderna” en *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Gómez González, Yolanda (coord.), México, CNDH, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- Todorov, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2008.
- Vigo, Rodolfo, “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional” en *Interpretación y ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, (coord.) Antonio Flores Saldaña, México, Tirant lo blanch-Universidad Panamericana, 2013



## El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

**RESUMEN:** El artículo intenta elaborar una definición clara y suficiente precisa de la competencia como objeto de protección y de regulación a través del Derecho Penal económico. Para ello, se utilizan las herramientas propias del análisis económico, para dotar de un contenido material lo más concreto posible a dicho concepto, y se aplican dichas herramientas a un caso concreto: el de las restricciones verticales a la competencia. Se propone que, como regla general, aquello que el Derecho ha de proteger en estos casos es la maximización del bienestar social. Se estudian asimismo, no obstante, algunos casos especiales en los que dicha definición no resulta suficiente, proponiéndose para ellos criterios complementarios de definición, que atiendan a necesidades de justicia distributiva y de protección del sistema político frente a los monopolios.

**PALABRAS CLAVE:** Mercado. Competencia. Gobernanza económica. Derecho Penal económico. Delitos contra el mercado.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to elaborate a clear and precise definition of competition as an object of protection and regulation through economic crimes. For this purpose, the tools of economic analysis are used, in order to provide a substantial content, as concrete as possible, to this concept, and these tools are applied to a specific case: the vertical restrictions on competition.. It is proposed that, as a general rule, what the law has to protect in these cases is the maximization of social welfare. However, some special cases are also studied in which this definition is not sufficient, proposing complementary criteria of definition, which meet the needs of distributive justice and protection of the political system against monopolies.

**KEY WORDS:** Market. Competition. Economic governance. Economic crimes. Competition and criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción: la “competencia” como bien jurídico supraindividual socioeconómico. 2. Gobernanza de los mercados y política jurídica. 3. Las interacciones competitivas entre empresas: características. 4. Control de los outputs de los mercados. 5. “Competencia” como concepto normativo. 6. Gobernanza de los mercados y maximización del bienestar social. 6.1. Concepto económico de bienestar social. 6.2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social. 6.2.1. Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia. 6.2.2. Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social. 6.2.3. Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social. 6.2.4. Efecto de exclusión. 6.2.5. Efecto de colusión. 7. Otros objetivos de la gobernanza de los mercados. 7.1. Perjuicio a los competidores. 7.1.1. Reducción del excedente de los competidores. 7.1.2. Daño patrimonial al competidor. 7.1.3. Política industrial: protección de la diversidad empresarial. 7.2. Excedente del consumidor. 7.3. ¿“Competencia desleal”?

## 1. Introducción: la “competencia” como bien jurídico supraindividual socioeconómico

Como es sabido, la cuestión de la determinación del contenido de los bienes jurídicos supraindividuales es una de las más discutidas y confusas de cuantas forman parte de la teoría de la antijuridicidad: en relación con la misma, en efecto, cabe encontrar opiniones de toda índole, desde la negación del concepto mismo de bien jurídico supraindividual como categoría conceptualmente autónoma hasta (mucho más frecuentemente) quienes reconocen que dichos bienes han de tener un contenido material propio, pero que luego hacen unas propuestas de definición de dicho contenido que, por su formulación extremadamente vaga o funcional, apenas resuelven realmente la cuestión. A este respecto, en un trabajo anterior he propuesto no solo preservar la sustantividad propia de los bienes jurídicos supraindividuales como objeto de protección de las normas prohibitivas y sancionadoras (siguiendo en ello la doctrina que es ampliamente mayoritaria); sino, sobre todo, definir su contenido de lesividad propio en términos claros, materializados en estados de cosas (valiosos), cuya incolumidad intentarían preservar las prohibiciones y sanciones<sup>1</sup>.

Uno de los ámbitos en los que el problema de confusión y de vaguedad que estoy señalando aparece en toda su magnitud es, precisamente, el del Derecho Penal económico: en este sector, no es fácil hallar definiciones precisas del contenido material de los bienes jurídicos supraindividuales que se reputan parte del “orden socioeconómico”. Y, por ello, tampoco es fácil encontrar tesis claras acerca de la relación entre dicho “orden socioeconómico” y el bien jurídico (individual) patrimonio, a pesar de que evidentemente entre este y aquellos existen cotidianamente, en la realidad de la vida económica, constantes interrelaciones e interacciones (que dan lugar a las consiguientes superposiciones y concurrencias entre delitos patrimoniales y socioeconómicos)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 226-229, 232-235. La única diferencia, pues, con los bienes jurídicos individuales estribaría en la titularidad: los supraindividuales resultarían ser bienes públicos, en el sentido económico del término, por cuanto que su disfrute no es rival y no resulta posible excluir a nadie de dicho disfrute; debido a ello, ningún individuo ni grupo podrá por sí solo consentir en su lesión o puesta en peligro, sino únicamente la comunidad en su conjunto (a través de normas jurídicas, o de decisiones administrativas adaptadas en el marco de aquellas).

<sup>2</sup> Sobre todas estas cuestiones generales, que aquí no serán ex-

En lo que sigue, se intentará reducir o eliminar la dificultad que se acaba de señalar en un ámbito muy concreto: el de la protección de “los mercados” y de “la competencia”, como objetos de protección de infracciones administrativas y de delitos socioeconómicos<sup>3</sup>. Se intentará, pues, hacer una propuesta de definición clara y especificada en términos lo más materialistas posibles del contenido que ha de darse a dichos objetos de protección. Una propuesta que, además, se justifique suficientemente desde el punto de vista de una política criminal racional: justificada tanto desde un punto de vista moral como desde el meramente instrumental.

No obstante, con el fin de no argumentar en unos términos que parezcan excesivamente abstractos, he optado por analizar un problema (político-criminal) concreto como piedra de toque, para comprobar si la propuesta de definición de bienes jurídicos que se realiza resulta plausible, al aplicarla a dicho problema. Por ello, concentraré el análisis en el problema del tratamiento jurídico de las restricciones verticales a la competencia, como manifestación del problema más general de la regulación de los mercados y de la competencia dentro de los mismos<sup>4</sup>.

El objetivo último es proponer una definición tan concreta y materialista del bien jurídico protegido como sea posible. Todo ello, con el fin de facilitar tanto las operaciones de interpretación de las cláusulas generales contenidas ya hoy en el Derecho positivo (tanto español como comunitario europeo)<sup>5</sup>, proporcionando criterios valorativos y teleológicos fundados para justificar ciertas interpretaciones y excluir otras; como, de otra parte, sugerir líneas de evolución y de reforma de la legislación, que respeten las bases que se propondrán de una política jurídica razonable en la materia.

ploradas, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2016, pp.77 ss., con ulteriores referencias.

<sup>3</sup> Pero, como veremos, no solo de delitos socioeconómicos, sino también, en algún caso, patrimoniales: vid. infra 7.1

<sup>4</sup> Por supuesto, la esperanza es que el método de análisis que se propone para este grupo de casos pueda luego ser generalizado: cuando menos, a todos los problemas de regulación que tienen que ver con la competencia y con la configuración de los mercados como objetos de protección; y, en el mejor de los casos, a otros sectores del Derecho Penal económico.

<sup>5</sup> Cláusulas como, por ejemplo, la de las “prácticas concertadas” entre empresas (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), o la del “abuso de posición dominante” (art. 102), y su desarrollo en la normativa de rango inferior (vid., para el caso de las restricciones verticales a la competencia, Araujo, 2017).

## 2. Gobernanza de los mercados y política jurídica

Pues el problema último es, en efecto, justamente el de la gobernanza de los mercados, de cada mercado. Es importante no perder la perspectiva: dada la naturaleza del Derecho regulador (y de su apéndice, el Derecho –prohibitivo y– sancionador), aquello que constituye el objeto de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas que lo componen es en todos los casos una conducta o conjunto de conductas, individuales o grupales, respecto de las que se imponen estándares de comportamiento y/o se prescriben deberes y prohibiciones de acción<sup>6</sup>. No obstante, el objetivo último del Derecho regulador (y del sancionador que le acompaña) es siempre –si está diseñado de un modo racional– de índole sistémica: (contribuir a) gobernar un sector de la vida social, de la interacción social. Así, el Derecho regulador y el Derecho sancionador son instrumentos que, junto con otros, permiten intentar gobernar las interacciones sociales que tienen lugar en los mercados. Y, por ello, para determinar cuáles son los objetivos justificados de las regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas que componen dichos sectores del ordenamiento, es preciso hacer referencia a los objetivos globales de la gobernanza: en este caso, de los mercados. Pues carecería de sentido (= daría lugar a normas caren-

<sup>6</sup> Aunque, por supuesto, toda delimitación conceptual tiene siempre un punto de artificiosa y de convencional, creo que es posible y conveniente distinguir entre dos clases de acciones de gobernanza sobre las interacciones sociales mediante el uso del Derecho público (sobre el uso de los remedios propios del Derecho privado, vid. infra 7.1). De una parte, la *regulación de interacciones sociales* (aquí, económicas) a través de normas jurídicas tiende a fijar estándares de conducta para quienes decidan interactuar en un cierto ámbito de actividad y de vida social: en este caso, el control sobre los efectos causales de la interacción social pretende tener lugar a través del intento de, mediante prescripciones, establecer niveles mínimos de optimización en la actuación de los agentes que participan en la interacción (OGUS, 2004, pp. 150-213; SCOTT, 2010; WINDHOLZ, 2018, pp. 153-160). De otra parte, en cambio, la prohibición de ciertas interacciones sociales (y la sanción a quienes infrinjan dicha prohibición) intenta evitar que ciertas modalidades, particularmente subóptimas (dañosas), de interacción social tengan lugar siquiera. Por supuesto, una y otra forma de intervención del Derecho en la vida social están hoy íntimamente relacionadas, pues, en sociedades desarrolladas, en las que buena parte de la vida social está en mayor o menor medida regulada (YEUNG, 2010), las prohibiciones y sanciones actúan básicamente como herramientas para hacer respetar (*to enforce*) las regulaciones: intentando motivar a los agentes a que respeten los estándares regulatorios; y a que determinadas conductas, claramente alejadas de dichos estándares de calidad, no tengan lugar en las interacciones (WINDHOLZ, 2018, pp. 170-172). Pese a todo, es cierto que la técnica de intervención es diferente en un caso y en el otro.

tes de justificación político-jurídica) un conjunto de normas jurídicas guiadas por objetivos que resultasen diferentes de aquellos que deben orientar el conjunto de la estrategia de gobernanza de la interacción social de que se trate (aquí, de la gobernanza de las interacciones en los mercados).

El significado del término “*gobernar*” está estrechamente conectado con el de términos tales como “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*”. Y, sin embargo, estos tres términos pueden –dependiendo del uso que se les dé– poseer connotaciones ligeramente diferentes de la que el término “*gobernar*” conlleva siempre (cuando es usado con propiedad): en efecto, “*gobernar*” es siempre “*controlar*”<sup>7</sup>.

“*Controlar*” y “*control*” son términos que, en su uso propio, pertenecen al lenguaje de la ciencia matemática<sup>8</sup>: a aquella parte de la matemática aplicada que tiene por objeto la manipulación, mediante la introducción de las señales que resulten necesarias, de la magnitud de una determinada variable propia de un proceso que tiene lugar dentro de un cierto sistema dinámico, con el fin de mantenerla dentro de ciertos límites<sup>9</sup>. Los marcadores semánticos principales que permiten acotar el significado del término “*controlar*” son, pues: (*sistema*), (*proceso*), (*variable controlada*), (*magnitud*), (*medición de la variable*), (*señal*), (*manipulación de la variable*) y (*límite*).

Cabría, pues, decir que gobernar es una subespecie de la actividad de controlar: más exactamente, que gobernar (aunque ciertamente hablar de “*gobernar una máquina*” –un buque, por ejemplo– no sea un uso incorrecto del idioma) resulta más usual emplear el término para hacer referencia a) controlar una cierta clase de sistema dinámico, a saber, un sistema de naturaleza social; es decir, un sistema cuyos procesos dinámicos consisten en acciones humanas, observadas por los propios agentes y por terceros<sup>10</sup>. Así,

<sup>7</sup> En cambio, “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*” ciertamente pueden significar también eso mismo... pero pueden, en otros contextos, significar algo bastante menos terminante: cuando son empleados en situaciones o con intenciones que los aproximan más al campo semántico de términos como “*tener autoridad*” o “*tener influencia*”, en vez de “*ejercer el control*”.

<sup>8</sup> ZABCZYK, 1995.

<sup>9</sup> OGATA, 2010, p. 3.

<sup>10</sup> Como se comprenderá, la caracterización del sistema social sobre la base de la combinación de acciones humanas y de la observación –e interpretación– de las mismas por parte del propio agente y del resto de los sujetos copresentes no es más que un intento (un tanto simplista, ciertamente) de hacer referencia a los conceptos de sistema social que Talcott Parsons (PARSONS, 1999) y Niklas Luh-

gobernar una sociedad o una parte de ella significa mantener dentro de ciertos límites (bajo control), gracias a las actuaciones apropiadas, alguna o algunas de las propiedades que caracterizan a las consecuencias causales que se derivan de aquellas acciones humanas que tienen lugar en la misma (o de la reacción de terceros ante dichas acciones)<sup>11</sup>.

Cabe observar que casi necesariamente (en última instancia, por una necesidad biológica del psiquismo de la especie humana) cualquier sistema artificial—trátese de una máquina o de un sistema social— ha de ser sometido a control, puesto que nuestra especie apenas puede soportar la incertidumbre que le acomete si las consecuencias causales derivadas de la dinámica del sistema (especialmente, si el sistema es obra suya o de sus congéneres) se producen de manera puramente aleatoria. Esta preocupación por el control (por el gobierno) de la sociedad, que aparece ya en cuanto surgen las primeras sociedades mínimamente complejas<sup>12</sup>, no ha hecho más que agudizarse en el trascurso del proceso de racionalización y de desencantamiento del mundo característico de la modernidad. Hasta el punto de que hoy nos encontramos permanentemente inmersos en una auténtica cultura de la gobernanza, en la que, en el plano teórico, se han desarrollado de manera notable las investigaciones acerca de las alternativas disponibles y de las consecuencias previsibles de la actuación humana dirigida a controlar sistemas sociales y, en el plano práctico, se discute y decide constantemente sobre cómo debe ser dicha actividad de gobierno<sup>13</sup>.

Es en este contexto histórico-social en el que hay que enmarcar el problema que se aborda en este estudio: el de la *gobernanza de las interacciones competitivas (por el poder de mercado y, en último extremo, por el beneficio económico que de ello se deriva) entre agentes económicos (muy mayoritariamente, empresas) en los mercados de las economías capitalistas contemporáneas, y el del papel que en dicha gobernanza cumplen el Derecho regulador y el De-*

*recho sancionador*. Problema que, como ya se indicó, se examinará no solo en sus términos generales, sino principalmente seleccionando una de sus específicas manifestaciones como piedra de toque: el caso—conjunto de casos, en realidad— de las *restricciones verticales a la competencia*.

En concreto, lo que en el trabajo se intenta es definir con precisión cuáles son esas magnitudes de la interacción social que, en el ámbito de las interacciones de mercado, deben ser mantenidas bajo control mediante acciones de gobierno (y, entre otras, mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas), si es que el resultado (*output*) de los mercados ha de satisfacer las necesidades sociales y no, en cambio, oponer obstáculos a dicha satisfacción. Ello, con el fin último de establecer de forma clara y suficientemente justificada las bases de una política jurídica (regulatoria y sancionadora) racional en dicho ámbito.

### 3. Las interacciones competitivas entre empresas: características

Esta forma de acotar el objeto de la investigación resulta relevante, por varias razones:

1ª) Se van a estudiar mercados. Un mercado (en el sentido sociológico, no geográfico) es una estructura de interacción social cuya función es el intercambio de derechos sobre objetos dotados de valor económico<sup>14</sup>, a través de la competencia entre los oferentes del derecho por que su oferta sea aceptada por los demandantes del mismo<sup>15</sup> (proceso en el cual un precio para el intercambio acaba por ser fijado). Lo que acontece en un mercado son, pues, interacciones sociales: individuos, grupos y/u organizaciones ofrecen derechos, compitiendo entre sí, por ser aceptados por otros individuos, grupos y/u organizaciones que pretenden adquirir tales derechos. Y, como en toda interacción social, importan tanto las posibilidades materiales de acción como las intenciones y acciones de los agentes intervinientes como, en fin, las expectativas de todos ellos (y, a veces, también de los terceros observadores) acerca de qué puede ocurrir, qué va a ocurrir y qué debería ocurrir.<sup>16</sup>

2ª) Las interacciones de mercado sobre las que principalmente voy a concentrar mi atención esta-

mann (LUHMANN, 1998) han desarrollado. Espero que se me excusará el simplismo por el hecho de que aquí no nos interesa tanto la caracterización descriptiva de la sociedad como un todo cuanto ciertos rasgos específicos del subsector estudiado (mercados con competencia monopolista entre empresas), a los que luego se hará referencia más detallada, así como las alternativas de actuación política sobre dicha realidad social disponibles.

<sup>11</sup> KOOIMAN, 1993, p. 2.

<sup>12</sup> MANN, 1991, pp. 59 ss.

<sup>13</sup> DELEON, 2006.

<sup>14</sup> ASPERS, 2011, p. 4.

<sup>15</sup> Sobre la dinámica micro-social de la competencia en los mercados, vid. BURT, 1995, pp. 8 ss..

<sup>16</sup> ARCHER, 1995, pp. 163 ss.

rán protagonizadas por una categoría específica de agentes económicos: las empresas. Se trata de organizaciones (aunque con un grado de complejidad que puede ser muy diferente de unas a otras) cuya función consiste en maximizar la rentabilidad económica<sup>17</sup> de aquellas actividades de producción y comercialización de (derechos sobre) bienes y/o servicios que incorpora a su misión organizativa<sup>18</sup>. Esta restricción del estudio a las interacciones entre empresas resulta particularmente importante, pues en este ámbito los agentes (organizaciones) actúan de manera predominantemente premeditada y racional, a la búsqueda de la maximización de su utilidad (de la rentabilidad económica de su actividad organizativa). Algo que, desde luego, no ocurre (o, para ser más precisos, ocurre en una medida muchísimo menor) en otros ámbitos de interacción social, en los que bien las conductas automatizadas (ejemplo: conducción de un automóvil) o bien las conductas emocionalmente muy cargadas (ejemplos: relaciones sexuales o actuaciones violentas) son muy habituales<sup>19</sup>. De hecho, incluso en el ámbito de las interacciones con contenido económico, el comportamiento de otros agentes distintos de las empresas (de los consumidores finales, por ejemplo) suele distar de ser siempre y en todo los casos tendente a maximizar la utilidad propia<sup>20</sup>.

Desde nuestro punto de vista, esta naturaleza máximamente racional—hasta el límite de lo humanamente

posible<sup>21</sup>— de las actuaciones de las empresas en sus interacciones con otras empresas resulta interesante, porque hace posible esperar que las conductas de los agentes se atengan en general a los principios del comportamiento instrumentalmente racional, de manera que el análisis de las situaciones de interacción, de las estrategias de acción que en ellas son posibles (y resultan dominantes o dominadas) para cada uno de los intervinientes y, en definitiva, de la estructura de incentivos en cuyo marco adoptan sus decisiones competitivas permitirá explicar en buena medida los comportamientos. Y, por ende, también ofrecerá luz sobre las alternativas de actuaciones de gobernanza que resultan posibles, eficaces y eficientes en dichas situaciones.

3<sup>a</sup>) En tanto que estructura social, los mercados pueden ser caracterizados en principio como juegos no cooperativos: esto es, como unas estructuras en las que las interacciones entre los agentes económicos (empresas) no se rigen por acuerdos vinculantes entre los mismos, sino por actuaciones individuales de cada uno de los agentes, en virtud de las que cada uno de ellos pretende maximizar su propia utilidad<sup>22</sup>, aunque no necesariamente siempre en detrimento de los demás agentes concurrentes<sup>23</sup>. Ahora bien, es impor-

<sup>17</sup> En efecto, el principio de maximización de la rentabilidad parece ser, en una economía capitalista, constitutivo de toda empresa digna de tal nombre: TIROLE, 1988, pp. 34-35.

<sup>18</sup> TOBERT/ HALL, 2009, pp. 187-190. Las razones por las que una empresa decide incorporar a su misión organizativa ciertas actividades económicas y no otras es objeto de estudio en la teoría de la empresa: vid., por todos, TIROLE, 1988, pp. 17 ss., con ulteriores referencias.

<sup>19</sup> Hay que distinguir dos cuestiones. De una parte, la tipología de las estructuras sociales de interacción, que enmarcan los límites de las alternativas de acción que resultan físicamente posibles, o (culturalmente) aceptables, en un determinada situación. En este sentido, las estructuras de interacción de mercado, en las que los agentes se comunican a través del intercambio de mercancías y de dinero (vid. LUHMANN, 1988, pp. 43 ss.), no es más que una de las varias clases de estructuras sociales que existen: vid. FISKE, 1991, pp. 41 ss. Cuestión diferente es, de otra parte, la de las clases de acciones (de interacción), desde el punto de vista de sus rasgos psicológicos, que en cada una de esas estructuras sociales tienen lugar: vid. KELLEY/ HOLMES/ KERR/ REIS/ RUSBULT/ VAN LANGE, 2003, pp. 111 ss. Obviamente, aunque en cada clase de estructura social de interacción tienden a predominar ciertas clases (desde el punto de vista psicológico) de acciones, la correlación nunca es más que aproximada, probabilística.

<sup>20</sup> KOOPER/ KAGEL, 2015, pp. 222-235.

<sup>21</sup> Pues, pese a todo, es cierto que la distinción entre unas y otras clases de interacciones es tan solo de grado (aunque bastante intensa), pues también en el ámbito de las interacciones empresariales existen las conductas automatizadas (ejemplo: decisiones de inversión adoptadas conforme a protocolos preestablecidos) o emocionalmente cargadas (ejemplo: decisiones adoptadas sobre la base de rivalidades personales entre empleados o entre competidores). Y, en general, los estudios de economía experimental han puesto de manifiesto cómo la racionalidad con la que actúan los agentes económicos es siempre limitada: CAMERER, 1995, pp. 590 ss.

<sup>22</sup> MESTERTON-GIBBONS, 2001, pp. 6, 25 ss.; MAZALOV, 2014, pp. 64-65, 68-69. No obstante, como señalaré a continuación, esta caracterización solamente sería perfectamente adecuada para un mercado en el que los oferentes fuesen precio-aceptantes; esto es, para un mercado de competencia perfecta (KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 362-363). En cambio, en los mercados realmente existentes en las economías capitalistas contemporáneas (que en general distan de ser mercados de competencia perfecta), las interacciones que se producen, aunque en general es cierto que obedecen a la estructura de juegos no cooperativos, pueden en ocasiones, sin embargo, verse acompañadas de coaliciones o acuerdos cooperativos. (Por lo demás, como MESTERTON-GIBBONS, 2001, p. xxi, señala, la propia distinción en abstracto entre juegos cooperativos y juegos no cooperativos es más una distinción de grados que de especie.)

<sup>23</sup> Pues, efectivamente, no es necesario que la competencia sea un juego de suma cero, en el que las ganancias de unos agentes hayan de corresponderse con pérdidas de los restantes (MAZALOV, 2014, p. 28): así, por ejemplo, puede suceder que las copiosas ventas de su producto por parte de una de las empresas tenga un efecto publicitario que conduzca a más consumidores a intentar comprar

**El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia**

tante tener en cuenta que, como antes se señaló, los agentes a los que nos estamos refiriendo son organizaciones, no individuos. Debido a ello, dos problemas pueden surgir. El primero, es que no resulta necesario (ante al contrario, de hecho es más bien improbable) que todos los individuos implicados en el liderazgo de la organización<sup>24</sup> persigan (la maximización de) las mismas utilidades. En este sentido, parece existir evidencia suficiente (tanto evidencia empírica como procedente del análisis formal) como para poder afirmar que diferentes clases de (co)propietarios de la empresa (en atención a su grado de aversión al riesgo y de otros intereses económicos que puedan tener en ese mercado)<sup>25</sup> y, desde luego, los directores de empresa que no son propietarios de la misma –algo muy frecuente– probablemente tiendan a maximizar, mediante la actuación empresarial, utilidades diferentes<sup>26</sup>. El segundo es que, como ocurre habitualmente en toda organización, la cultura organizativa<sup>27</sup> puede dar lugar (y, según parece, así sucede de forma habitual) a que la conducta empresarial se guíe por reglas de conducta no fundadas –cuando menos, no directamente– en consideraciones de maximización de la racionalidad instrumental, sino más bien en prácticas tradicionales (cómo la empresa ha venido actuando siempre en ese ámbito, si ha habido buenos resultados) y de innovación mediante prueba y error (construir nuevas reglas a partir de las preexistentes, modificándolas en la medida mínima imprescindible)<sup>28</sup>.

A pesar de ello, también es cierto que existen mecanismos internos de (auto)control<sup>29</sup> y constricciones externas (en esencia, la necesidad de no ser expulsados del mercado)<sup>30</sup> que parecen forzar en la mayo-

productos de la misma clase (más o menos perfectamente sustitutos del primero), beneficiándose así a todos los oferentes presentes en el mercado. De cualquier modo, para que podamos seguir hablando de competencia, debe tratarse de un efecto no intencional de actuaciones individuales de agentes, no de la consecuencia de un acuerdo entre ellos.

<sup>24</sup> TOLBERT/ HALL, 2009, pp. 89 ss.

<sup>25</sup> TIROLE, 1988, p. 35, n. 61.

<sup>26</sup> SCHERER, 1980, pp. 32-37. Surge, así, un problema específico de incentivos, de riesgo moral y de selección adversa (el problema principal-agente), que aquí no será examinado: cfr., no obstante, en general, LAFFONT/ MARTIMORT, 2002; y, para un análisis más matizado del problema de incentivos que surge en situaciones de agencia en el seno de las empresas, dependiendo de las diferentes clases de estructura organizativa que estas puedan adoptar, FAMA/ JENSEN, 1983.

<sup>27</sup> TOLBERT/ HALL, 2009, p. 73.

<sup>28</sup> WINTER, 1971, pp. 240-244.

<sup>29</sup> TIROLE, 1988, pp. 35-41.

<sup>30</sup> WINTER, 1971, pp. 244 ss.; SCHERER, 1980, pp. 37-41.

ría de los casos<sup>31</sup> a las empresas, si no a optimizar la rentabilidad de su actividad en sentido estricto (en sentido matemáticamente estricto)<sup>32</sup>, sí cuando menos a aproximarse en buena medida a dicha optimización a medio plazo. Aumentando, pues, en el medio plazo, al máximo los beneficios y reduciendo también lo máximo los costes de la actividad<sup>33</sup>.

4<sup>a</sup>) Son varias las formas en las que una empresa puede aumentar su rentabilidad. En condiciones de competencia perfecta, la única alternativa disponible parece ser la de asignar de manera óptima los factores de producción, incrementando hasta el límite de lo posible la productividad de los mismos, y determinando la cuantía óptima de la producción<sup>34</sup>.

Ocurre, empero, que obviamente hoy son muy numerosos (y justamente sobre ellos concentraré mi atención, pues son los casos que resultan más relevantes desde el punto de vista del Derecho de la competencia) los mercados cuyas características se alejan considerablemente de las condiciones de competencia perfecta y más bien se aproximan a una situación de competencia monopolística: a una situación en la que aunque varias empresas compiten entre sí y en principio existe libertad de entrada en el mercado para nuevos oferentes, sin embargo, cada una de las empresas tiene cierta capacidad (que, sin duda, puede variar en grado) para fijar el precio del producto que ofrece en el mercado, debido a que cada uno de esos productos es, respecto de los restantes, únicamente un bien sustitutivo imperfecto, por lo que de hecho cada oferente actúa como monopolista sobre dicho producto, fijando su precio... aunque –a diferencia de los mercados completamente monopolizados– corriendo el riesgo de que el demandante prefiera a cualquiera de sus competidores y sus productos (imperfectamente) sustitutos del suyo o de que nuevas empresas entren en el mercado, quitándole clientes y beneficios.<sup>35</sup> En estas condiciones, la competencia por maximizar la rentabilidad puede transformarse en (volverse

<sup>31</sup> HART, 1983, especifica cuáles son esos casos: aquellos en los que los costes de producción de las diferentes empresas que compiten en un mismo mercado no son completamente independientes entre sí, sino que poseen al menos una parte común. Una condición que, aunque no siempre, sí que parece plausible que concurra en buena parte de las situaciones que estudiamos.

<sup>32</sup> SUNDARAM, 1996, pp. 74 ss.

<sup>33</sup> TIROLE, 1988, pp. 34-35. Sobre los métodos para determinar la rentabilidad máxima posible, vid. PERLOFF, 2018, pp. 278-280.

<sup>34</sup> PERLOFF, 2018, pp. 280 ss.

<sup>35</sup> KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 507-510.

aproximadamente equivalente a) una competencia por maximizar el poder de mercado.

En efecto, cuando menos en el corto plazo, en un mercado de competencia monopolística, si existe un número suficientemente pequeño de oferentes y los bienes que cada uno de estos ofrece no son perfectamente sustitutivos los unos de los otros, cada una de las empresas oferentes puede en principio disponer del poder de fijar para su producto precios por encima del coste marginal (puesto que la demanda resultará poco elástica, de manera que el incremento de precios no reducirá necesariamente la cuantía demandada del producto), aumentando así extraordinariamente su rentabilidad<sup>36</sup>. Aunque, por supuesto, a medio plazo dicho poder de mercado puede verse amenazado por la reacción de las demás empresas oferentes y por la eventual entrada de nuevas empresas<sup>37</sup>. De cualquier forma, lo que aquí nos interesa es el hecho de que muchas veces, en condiciones de competencia monopolística, la competencia entre empresas no tiene por qué reflejarse —o no solo— en competencia por la productividad y la eficiencia, sino en competencia por aumentar el propio poder de mercado. Y que esta competencia por el poder de mercado puede conducir a diversas formas de comportamiento estratégico<sup>38</sup> (frente a los competidores, frente a otras empresas que participan en la cadena

de producción y comercialización y/o frente a los consumidores finales) que resultan relevantes desde la perspectiva de la gobernanza de los mercados<sup>39</sup>.

5ª) La idea de que los mercados —y las interacciones que en ellos tienen lugar— puedan y deban ser gobernados, de que ciertas consecuencias causales de dichas interacciones deban ser sometidas a control y manipuladas desde fuera, es eminentemente contemporánea. En efecto, un somero repaso a la historia del pensamiento económico permite concluir dos cosas. Primero, que a la largo de la mayor parte de la historia de la cultura escrita, la actividad económica fue concebida como una actividad “natural” de las sociedades humanas, que apenas demandaba estudio, y mucho menos intervención, por parte del poder, que en general era y debía ser completamente ajeno a los procesos económicos, salvo para acotar alguna consecuencia particularmente acuciante de los mismos —pobreza, usura, etc.<sup>40</sup> Y, en segundo lugar, que incluso a partir del momento en el que estudio de la actividad económica comienza a cobrar un cariz científico (a partir del siglo XVIII y, sobre todo, del siglo XIX) y se empiezan a conocer sus dinámicas casuales internas, pese a ello, la idea de una intervención sistemática de los poderes sociales para controlar los efectos de dicha actividad siguió resultando (más allá, otra vez, de ciertas circunstancias extremas: hambrunas, etc.) entre exótica y antinatural<sup>41</sup>. O, para expresarlo con mayor precisión: ya en tiempos modernos se admitía que en ocasiones el poder tendría, inevitablemente, que intervenir en el ámbito de la actividad

<sup>36</sup> PERLOFF, 2018, pp. 397-399.

<sup>37</sup> KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 510-516.

<sup>38</sup> Un comportamiento estratégico es aquel que parte del hecho de que (dada la estructura de la interacción) los resultados de la propia acción dependen en buena medida de las acciones que lleven a cabo otros individuos y lo toma en consideración a la hora de adoptar decisiones acerca de cómo actuar: MESTERTON-GIBBONS, 2001, pp. xvii. (Vid. una definición más formal en JEHL/ RENY, 2011, pp. 307-308.) Por supuesto, de hecho la interdependencia entre las acciones de agentes que interactúan es más la regla que la excepción en cualquier ámbito de la sociedad. Sin embargo, ocurre que en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el ámbito económico, cuando se dan condiciones de competencia perfecta, en las que demandantes y oferentes son precio-aceptantes) la falta de información o la ausencia de posibilidades reales de influir efectivamente sobre el comportamiento de los demás lleva a los agentes a decidir sus acciones teniendo en cuenta el medio social en el que actúan (la curva de demanda del mercado), pero no las posibles acciones de cada individuo (de cada demandante o de cada competidor, individualmente considerados). En cambio, en otras situaciones resulta racional que cada agente económico —o, cuando menos, algunas categorías de agentes— tome decisiones teniendo en cuenta las probables actuaciones de los restantes. Precisamente, esto es lo que ocurre en condiciones de competencia monopolística, porque en tal situación las empresas ya no son precio-aceptantes, porque muchas veces poseen cierta posición de monopolio, y poder de mercado, porque es frecuente que el número de agentes económicos que interactúan sea más reducido, etc.

<sup>39</sup> Como se verá más adelante, no necesariamente cualquier forma de poder de mercado en manos de una empresa tiene por qué resultar preocupante desde el punto de vista del Derecho de la competencia: así, una cuestión es el hecho de que en condiciones de competencia monopolística las empresas luchan por incrementar su poder de mercado y otra muy diferente es la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la gobernanza del mercado (TIROLE, 1988, p. 284; NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 106-107).

<sup>40</sup> EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 9 ss. (especialmente el tratamiento, en las pp. 29-31, 33-35, de la discusión medieval sobre el “*iustum pretium*” y sobre el tratamiento de la usura).

<sup>41</sup> Una (relativa) excepción a esta generalización la constituye el pensamiento económico mercantilista. No obstante, lo cierto es que en el mismo existió un notorio hiato entre las ambiciosas pretensiones de que el reino tuviese una política económica (centrada en las necesidades de financiación de la fortaleza política del estado) y la realidad de una economía real que operaba prácticamente sin gobierno (sometida únicamente a las presiones procedentes de la búsqueda por parte de muchos agentes económicos de rentas mediante la obtención de regulaciones estatales que les resultasen favorables: EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 47 ss.

económica<sup>42</sup>; pero lo que de ningún modo se aceptaba es que pudiera o debiera existir una supervisión constante sobre el producto de dicha actividad, para mantenerlo en todo momento bajo control (gobernado).

No obstante, el desarrollo (a lo largo del siglo XIX, pero sobre todo en el siglo XX) de la idea de “gubernamentalidad” (“*gouvernementalité*”), como praxis de la dirección racional, desde el poder, de las conductas humanas realizadas en el seno de la sociedad<sup>43</sup>, produce también en el ámbito del pensamiento económico el desenvolvimiento de la idea de que las actividades económicas pueden y deben ser gobernadas. Idea que comienza a desarrollarse a partir del nacimiento de la economía del bienestar y –precisamente– del análisis de las “imperfecciones de la competencia” y que llega a su culminación en las diferentes variedades de keynesianismo que predominan en el pensamiento económico desde los años 30 del pasado siglo.<sup>44</sup>

En concreto, por lo que hace a las interacciones competitivas, lo cierto es que la historia de la intervención estatal para intentar regularlas y gobernarlas se remonta más atrás (la práctica en este ámbito llegó –fruto de crisis políticas y económicas que resultaban insoslayables– antes que la teoría), a los Estados Unidos posteriores a la guerra civil<sup>45</sup>. Si bien la sistematización y generalización de estos intentos de regulación y de gobernanza tendrán que esperar igualmente al desarrollo de la teoría de las imperfecciones de la competencia y de la economía del bienestar<sup>46</sup>... y, ya mucho más recientemente (como resultado combinado de la praxis de las reformas neoliberales de las políticas económicas<sup>47</sup> y del paralelo desarrollo teó-

rico de la teoría económica neoinstitucionalista)<sup>48</sup> al desarrollo de la teoría económica de la regulación<sup>49</sup>.

En la actualidad, parece que la necesidad y justificación de la adopción de medidas regulatorias y de gobernanza de los mercados, y de las interacciones competitivas dentro de los mismos apenas admite discusión.<sup>50</sup>

#### 4. Control de los outputs de los mercados

Si todo esto es así, hay que preguntarse cuál o cuáles deben ser los objetivos de la gobernanza de los mercados. Por supuesto, cualquier estrategia contemporánea que pretenda atender a todas las necesidades de gobernanza que tienen que ver con la actividad de los mercados ha de tomar en consideración una gran cantidad de objetivos diferentes, pues también muy variados son los valores, derechos y objetivos de políticas públicas que los sistemas políticos contemporáneos vienen a aceptar y promover: desde la salud de todas las personas hasta el medio ambiente, desde la prevención de la violencia hasta la igualdad de género, etc., son todos ellos objetivos que pueden y deben enmarcar una estrategia de gobernanza de los mercados, en la medida en que estos constituyen hoy, en todas las sociedades desarrolladas, uno de los tipos de estructura de interacción social más importantes. Debido a ello, tanto las estrategias de gobernanza, las políticas públicas y las regulaciones realmente existentes (estatales, supraestatales e infraestatales) de la

<sup>42</sup> Vid., por ejemplo, la posición de Adam Smith al respecto (SAN EMETERIO MARTÍN, 2003, pp. 126-127), muy ilustrativa de la opinión general del momento: el estado puede y debe intervenir en ocasiones para poner límites a las actividades económicas, pero debe hacerlo cuando concurren razones (extraeconómicas) específicas, relativas a la defensa, a la seguridad nacional, a la política exterior, a la pobreza, etc. O las propuestas de política económica de John Stuart Mill y de Edwin Chadwick para combatir la pobreza: EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 231 ss.

<sup>43</sup> La elaboración teórica (contemporánea) inicial del concepto de “gubernamentalidad” es obra de Michel Foucault (FOUCAULT, 1999). Vid. un buen desarrollo del mismo en DEAN, 2010, especialmente pp. 17 ss. Y su aplicación –bien que en términos muy genéricos– al ámbito de la actividad económica en MILLER/ ROSE, 2008, pp. 26 ss.

<sup>44</sup> GALINDO MARTÍN, 2003, pp. 465 ss.; MÉNDEZ IBISATE, 2003, pp. 394 ss.

<sup>45</sup> MOTTA, 2004, pp. 1-5.

<sup>46</sup> EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 507 ss.

<sup>47</sup> HARVEY, 2003, pp. 79 ss.; HARVEY, 2007, pp. 79-90.

<sup>48</sup> RAMOS GOROSTIZA, 2003, pp. 436 ss.; EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 493-494.

<sup>49</sup> EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 606 ss.

<sup>50</sup> Es cierto, no obstante, que toda una corriente de pensamiento político libertario conservador, inspirándose en las ideas de F. A. Hayek sobre los “órdenes sociales espontáneos”, en contraposición a los “órdenes sociales planificados” (HAYEK, 1967, pp. 162-163; HAYEK, 2003, pp. 149 ss.), viene poniendo en cuestión dicha justificación: vid. ARMENTANO, 2007; BOUDREAUX, 2017. Aunque hasta ahora dicha corriente haya obtenido en el plano político unos resultados más bien magros. Pues, de hecho, nadie con capacidad para gobernar en ningún estado económicamente desarrollado, por muy neoliberales que sean sus planteamientos ideológicos, ha querido ni podido renunciar al régimen de gubernamentalidad también en el ámbito económico; y, consiguientemente, a unas funciones de gobernanza que parecen, hoy, irrenunciables: vid. DE VEGA GARCÍA, 1997, pp. 34-36; PLANT, 2010, pp. 167 ss.; KONINGS, 2012, pp. 86 ss. Por ello, en la práctica ha sido mucho más relevante el intento –como examinaremos luego– de reconfigurar los objetivos y las estrategias de las políticas públicas en materia de protección de la competencia conforme a una orientación más *business-friendly* que emprendió, con algún éxito, la escuela económica de Chicago.

actividad de los mercados son tan variadas en cuanto a los objetos de regulación<sup>51</sup>.

Aquí, no obstante, nos limitaremos a examinar específicamente el problema de cuáles deben ser los objetivos de la *gobernanza de la competencia* (= de las interacciones competitivas) en los mercados. (Más precisamente, como ya advertí más arriba: en mercados en los que interactúan empresas y en los que existe una situación de competencia monopolista.) Dejando, pues, de lado otros problemas y objetivos que la gobernanza de los mercados pueden –y deben– afrontar. La gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados es el conjunto de acciones de gobernanza que van orientadas al diseño y a la gestión de los entornos institucionales en los que las interacciones económicas tienen lugar, con el fin de optimizar los costes de transacción de las mismas y la capacidad de los agentes económicos dentro de dichos entornos para adaptarse al cambio<sup>52</sup>.

En todo caso, y aun limitando de este modo el objeto de análisis, a la cuestión de la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados, sigue siendo imprescindible precisar cuál es el objetivo de las actividades de gobernanza que se puedan llevar a cabo. Pues si, como más arriba se señaló, gobernar un ámbito de la vida social implica –si es algo más que pura retórica– controlar determinadas variables, entonces es imprescindible especificar cuáles son las variables (producto de las interacciones competitivas en el mercado) que una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debe intentar mantener bajo control mediante sus acciones. Solamente con un nivel tal de concreción es posible intentar diseñar racionalmente la gobernanza, así como evaluarla.

## 5. “Competencia” como concepto normativo

En este sentido, la primera cuestión que se plantea es si el propio término “*competencia*” posee ya un significado suficientemente claro y concreto como para convertirse en una de las magnitudes (o en la única magnitud) que deben ser mantenidas bajo control<sup>53</sup>. Algo que creo que puede negarse<sup>54</sup>. En efecto, como en otro lugar he expuesto con mayor detenimiento, desde la perspectiva de una gobernanza que respete ciertos principios básicos de teoría de la justicia y de filosofía política, hoy comúnmente aceptados (autonomía, igualdad moral, perfeccionismo moderado, republicanismo, gobierno limitado...), los únicos estados de cosas valiosos que pueden llegar a justificar la coerción inherente al Derecho regulador y sancionador son aquellos que pueden ser puestos en relación con algunas condiciones particularmente importantes para la interacción social<sup>55</sup>. Así, en el caso de los mercados, el mero hecho de la concurrencia de una gran cantidad de agentes económicos (empresas) en un mismo mercado intentando obtener el favor de los demandantes presentes no parece un estado de cosas que resulte moralmente valioso en sí mismo (y, por consiguiente, menos aún de los que constituyen condiciones esenciales para la interacción), sino únicamente en la medida en que dicho hecho tenga ciertos efectos, benéficos, sobre la interacción social.

Por lo tanto, cabe decir que, en la discusión (de política jurídica) que aquí nos interesa (la de la gobernanza de los mercados), no es posible dar al término “*competencia*” la definición –lexicográfica– que es usual en el ámbito de la ciencia económica<sup>56</sup>, sino que, por el contrario, el mismo ha de ser definido de modo estipulativo<sup>57</sup>. Así, el estado de cosas valioso que, bajo la denominación de “*competencia*”, puede

<sup>51</sup> Vid., por ejemplo, para el caso español, PAREJO ALFONSO, 2015, pp. 119 ss.

<sup>52</sup> WILLIAMSON, 2005; DIXIT, 2018. Por supuesto, el día y a día de la gobernanza económica tiene que ver más con la gestión de entornos institucionales (manteniendo, dentro de ellos, bajo control las variables objeto de observación en las interacciones que tengan lugar) que con el diseño de nuevos entornos o la modificación sustancial de los ya existentes. Específicamente sobre esta última faceta de la gobernanza (el diseño de mercados), que aquí no será explorada, vid. ROTH, 2002, pp. 1341 ss.; VULKAN/ ROTH/ NEEMAN, 2013.

<sup>53</sup> Algo así (“*la competencia como institución*”) afirma, por ejemplo (para el Derecho alemán), BOESCHE, 2016, p. 1.

<sup>54</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, 2014, p. 50, n. 44, examiné ya las diferentes formulaciones (en mi opinión, inaceptablemente vagas) que se suelen defender, en la doctrina penal española, del concepto de “*competencia*”.

<sup>55</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 141 ss., 176 ss. En concreto, en ese trabajo detallo que únicamente pueden llegar a estar justificadas regulaciones y prohibiciones que protejan frente a la violencia, que protejan la libertad frente a interferencias injustificadas de terceros, que protejan la autonomía, que protejan el desarrollo libre de la propia personalidad, que protejan la posibilidad de comunicación intercomunitaria, que protejan la igualdad y que protejan el entorno material necesario para la existencia humana.

<sup>56</sup> STIGLER, 2018, pp. 1930-1931.

<sup>57</sup> BORK, 1993, pp. 51, 61.

ser protegido a través de regulaciones y de prohibiciones y sanciones jurídicas es una combinación de elementos cuantitativos y de elementos conductuales: de una parte, aquel nivel mínimo de concurrencia de empresas en un determinado mercado que permite asegurar que ciertas magnitudes económica y socialmente relevantes son mantenidas bajo control y optimizadas en dicho mercado; y, de otra, ciertos patrones de conducta (de interactuar) de dichas empresas, que contribuyen a dicha optimización<sup>58</sup>.

## 6. Gobernanza de los mercados y maximización del bienestar social

### 6.1. Concepto económico de bienestar social

En este sentido, en general parece haber bastante consenso acerca de algunos de los objetivos de dicha labor de gobernanza, aunque no tanto sobre otros. Así, en primer lugar, parece existir un consenso generalizado –de principio, cuando menos– acerca de la idea de que uno de los objetivos que ha de buscar la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados es la maximización del bienestar social<sup>59</sup>. En concreto, se trataría principalmente de intentar aproximar la asignación de recursos que la sucesión de interacciones competitivas entre empresas en el mercado produce al óptimo de Pareto: esto es, a una situación en la que resulte imposible cambiar la asignación sin perjudicar a alguien, porque tanto la producción como el consumo han sido fijados según la alternativa más eficiente posible<sup>60</sup>. El óptimo de Pareto, en efecto, constituye un criterio para determinar el máximo de eficiencia que resulta posible obtener en la asignación de los recursos económicamente valiosos y escasos<sup>61</sup>. Y parece que la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados debe intentar aproximarse a dicho óptimo de eficiencia.

No obstante, lo cierto es que el consenso sobre la importancia de intentar asegurar, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del bienestar social resultante de las interacciones en su seno no puede ocultar el hecho de que, en realidad, existen algunas relevantes dificultades de naturaleza metodológica, acerca de cómo afrontar la persecución de di-

cho objetivo, además de cierta división de opiniones –de índole político-jurídica– respecto de si debe ser el único, o siquiera el más importante.

En efecto, en principio el punto de conexión entre la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados y el objetivo de maximizar el bienestar social a través de las mismas está en los dos teoremas de optimalidad de la economía del bienestar. A tenor del primero, en condiciones de competencia perfecta una situación de equilibrio<sup>62</sup> constituye siempre un óptimo de Pareto<sup>63</sup>. Y de acuerdo con el segundo, para cualquier situación de óptimo de Pareto es posible hallar una situación de equilibrio competitivo que la preserve (siempre la asignación inicial de la propiedad de los factores de producción y el espectro de precios sean los adecuados)<sup>64</sup>.

Así, hablando en términos generales, las restricciones a la competencia hacen que se produzcan distorsiones en el proceso de intercambio en el mercado, de manera que la asignación de recursos que este acaba produciendo no tiene por qué ser necesariamente un óptimo de Pareto. Dichas distorsiones pueden ser de diferente índole: pueden afectar a los precios (que, a diferencia de lo que ocurre en situación de competencia perfecta, no se corresponderán con el coste marginal, sino que frecuentemente son superiores a este), a las cantidades producidas (muchas veces menores que las que la demanda existente requeriría), a la diversidad de productos disponibles para los demandantes en el mercado y/o, en fin, a la innovación tecnológica y a la productividad.<sup>65</sup>

Debido a ello, parecería que la búsqueda de las condiciones de competencia perfecta ha de constituir el necesario desiderátum de cualquier estrategia de gobernanza de los mercados, puesto que, obtenidas tales condiciones, la maximización del bienestar so-

<sup>62</sup> Una situación de equilibrio es una en la que ninguno de los agentes económicos desea modificar su patrón de comportamiento en el mercado, porque su conducta actual es la óptima (PERLOFF, 2018, p. 42). Así, en una situación de equilibrio: a) el conjunto de demandantes están adquiriendo la cantidad máxima de bienes que les es posible, en vista de sus restricciones presupuestarias y de los precios; b) el conjunto de oferentes están ofreciendo la cantidad máxima de bienes que les resulta razonable producir, a la vista de sus precios; y c) la primera y la segunda cantidad coinciden (KATZ/ROSEN/MORGAN, 2006, pp. 370-371).

<sup>63</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 24-28.

<sup>64</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 28-29.

<sup>65</sup> Vid. en JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 262-268; AREEDA/KAPLOW/EDLIN, 2013, pp. 10-18, una exposición sintética de los efectos de precios por encima del coste marginal (social) y por debajo del mismo, de restricciones en las cantidades ofrecidas, etc.

<sup>58</sup> MOTTA, 2004, p. 30.

<sup>59</sup> MOTTA, 2004, pp. 17-22.

<sup>60</sup> KATZ/ROSEN/MORGAN, 2006, pp. 427-429.

<sup>61</sup> BOADWAY/BRUCE, 1984, pp. 82-84.

cial caería por su propio peso (en virtud del primer teorema de optimalidad). De modo que el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas debería ser la eliminación o, cuando menos, la reducción aquellas imperfecciones de los mercados realmente existentes que los separan del modelo ideal de competencia perfecta<sup>66</sup>: la no convexidad de las funciones relevantes (de utilidad, de restricciones presupuestarias, de producción, etc.), el poder de mercado, las externalidades (por ausencia de precios o de derechos de propiedad, por producción o consumo conjuntos), los dilemas derivados de las peculiaridades de las situaciones de producción y/o de consumo conjuntos (diferentes clases de bienes públicos o semipúblicos y contratos incompletos), los costes de transacción, los problemas de asimetrías informativas y de incertidumbre y los de descuento intertemporal<sup>67</sup>.

Sin embargo, existen varias dificultades metodológicas que hacen que la reducción de las imperfecciones de la competencia, para maximizar el bienestar social, no resulte siempre un objetivo tan claramente determinado y viable como en un primer momento pudiera parecer. Señalaré únicamente cuatro:

1<sup>a</sup>) Para aplicar el criterio de eficiencia de Pareto, es preciso que sea posible la comparación interpersonal de las funciones de utilidad (y, en la medida de lo posible, que estas sean también medibles). Sin embargo, parece claro que hay muchas ocasiones en las que tal condición no puede ser satisfecha<sup>68</sup>. En tales situaciones, la determinación de la función de bienestar social resulta problemática<sup>69</sup>, ya que no parece existir ninguna manera de establecer un método no arbitrario para pasar de las funciones de preferencias individuales a la función de bienestar social<sup>70</sup>. De manera que la determinación de los valores de esta función distaría de resultar intersubjetivamente aceptable.

<sup>66</sup> Recuérdese (KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 362-363): a) un mercado en el que tanto oferentes como demandantes son precio-aceptantes; b) un mercado en el que es libre la entrada, como oferente o como demandante; y c) un mercado en el que los oferentes no tienen razones para comportarse de forma estratégica.

<sup>67</sup> BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 103 ss.; LEDYARD, 2018, pp. 8246 ss.

<sup>68</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 29-30.

<sup>69</sup> BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 147-152; JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 40-45.

<sup>70</sup> La justificación de este teorema de imposibilidad se encuentra en ARROW, 1963, pp. 48 ss. Cfr. ARROW, 1973, pp. 252-257, para una aplicación práctica de este teorema a la crítica a la viabilidad epistemológica de cualquier teoría de la justicia (y, por ende, del bienestar social) que –como la contractualista o la utilitarista– pretenda fundarse en las preferencias individuales.

2<sup>a</sup>) En la práctica, es frecuente que existan varios equilibrios de mercado que sean óptimos de Pareto y que, sin embargo, desde otros puntos de vista (de justicia distributiva, por ejemplo) puedan ser valorados de manera bastante diferente<sup>71</sup>. Ello parecería indicar que el análisis de eficiencia apenas puede ser suficiente en ningún caso en el ámbito económico; tampoco en el caso de los problemas derivados de distorsiones de la competencia<sup>72</sup>.

3<sup>a</sup>) Tanto la evidencia empírica como el análisis formal parecen indicar que, allí donde no se cumplen todas las condiciones del óptimo de Pareto, la mejora de alguna de dichas condiciones, sin lograr al tiempo que se cumplan las restantes, no siempre resulta deseable, sino que muchas veces puede llevar a situaciones peores en términos de bienestar (teoría del *second best*)<sup>73</sup>. Si esto es así, entonces no es en absoluto claro que la persecución de ciertas correcciones en alguna restricción a la competencia (por ejemplo, la reducción o eliminación de una cierta externalidad) produzca siempre un efecto positivo global sobre el bienestar social.

4<sup>a</sup>) Por fin, existen serias dudas sobre la completa adecuación de la métrica monetaria del bienestar, a través de la conversión de las funciones de utilidad en funciones de gasto<sup>74</sup>. Métrica que, a lo sumo, puede considerarse que proporciona un reflejo incompleto (y, sin duda, distorsionado)<sup>75</sup>, cuya utilización solamente se justifica por la dificultad de hallar un mejor instrumento<sup>76</sup>.

Por supuesto, todas estas dificultades no tienen por que conducir a poner en cuestión completamente ni toda la teoría económica del bienestar, ni tampoco las estrategias de gobernanza que persiguen maximizar el bienestar social. Pero sí que parece razonable ser cautelosos a la hora de aplicar los instrumentos que

<sup>71</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 30-31.

<sup>72</sup> Vid. infra 7.

<sup>73</sup> Sobre la teoría en general, vid. LIPSEY/ LANCASTER, 1956. Y vid. BUCHANAN, 1969, para su aplicación al problema de las restricciones a la competencia.

<sup>74</sup> La función de gasto es la cantidad mínima de ingresos monetarios que un individuo necesita para alcanzar un cierto nivel de utilidad, a la vista del nivel precios existente (MUÑOZ-GARCÍA, 2017, p. 124-127).

<sup>75</sup> BERGSON, 1975; MCKENZIE, 1983, especialmente pp. 139 ss.; BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 5-7; JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 170 ss.

<sup>76</sup> Cfr. un par de intentos de elaborar métricas más ajustadas del bienestar social: SAIKH/ TONAK, 1996; STIGLITZ/ SEN/ FITOUSSI, 2010; ADLER, 2019.

dicha teoría nos proporciona y al diseñar estrategias de gobernanza que tengan el bienestar social por objeto, al ser conscientes de que esos instrumentos y esa estrategia no son sino aproximaciones –las mejores de las que disponemos– al concepto de bienestar. Por ello, por todas estas razones metodológicas, además de por las razones morales y políticas que se examinarán más adelante, cualquier enfoque unilateral acerca de la política jurídica pertinente para el diseño de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados parece fuera de lugar.

## 6.2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social

En todo caso, no cabe discutir que, sin duda alguna, uno de los objetivos de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados entre empresas ha de ser la maximización del bienestar social. O, por mejor decir (y a tenor de todas las matizaciones que ya han sido realizadas), la reducción (y, en el mejor de los casos, la eliminación) de aquellos obstáculos a la maximización del bienestar social que procedan de imperfecciones de los mercados realmente existentes. Por ello, es necesario discutir precisamente cuál es el impacto en el bienestar social de cada una de las situaciones de mercado y de los patrones de conducta empresarial que se reputan anticompetitivos.

### 6.2.1. Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia

En este sentido, el caso de las restricciones verticales a la competencia resulta particularmente interesante, pues se ha discutido mucho cuál es el impacto real, en términos de bienestar, de este tipo de patrones de interacción empresarial. Entendemos por restricciones verticales a la competencia aquellos acuerdos entre empresas que pertenecen a distintos pasos del proceso de producción y comercialización de un mismo bien o servicio y que limitan las condiciones bajo las cuales dichas empresas van a operar en el mercado<sup>77</sup>. En particular, cuatro formas de restricciones verticales son las que suelen presentarse con más frecuencia<sup>78</sup>:

— Acuerdos de exclusividad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que este será el ven-

dedor único del producto  $p$  en el mercado  $m$ ; y, usualmente, también que  $F$  no distribuirá  $p$  a ningún otro comerciante presente en  $m$ .

— Acuerdo sobre precios o sobre cantidad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que el precio de  $p$  en  $m$  será, como mínimo, de  $x$  por unidad; o, como máximo, de  $y$  por unidad; o que deberá ser el precio fijo de  $z$  por unidad; o fijación unos precios no lineales (precios con una parte fija y otra proporcional, precios con descuentos por cantidad, etc.). O acuerda que  $DI$  deberá comprar como mínimo una cierta cantidad de unidades de  $p$ .

— Acuerdo de paquetización (*bundling*): un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que este, cuando desee comprar unidades de  $p$ , deberá hacerlo siempre comprando además otro número determinado de unidades del producto  $q$  (también producido o distribuido por  $F$ ).

— Acuerdo de integración vertical: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  comprar su empresa e incorporarla a  $F$ ; o bien, es el comerciante  $DI$  quien acuerda con  $F$  incorporar su empresa a  $DI$ <sup>79</sup>.

Aquella estructura del mercado  $m$  que produce incentivos para que las empresas que interactúan entre sí ( $F$  y  $DI$ ) lleven a cabo acuerdos de esta índole es una de competencia monopolista entre empresas (entre  $F_1, F_2, \dots, F_n$ , y/o entre  $DI_1, DI_2, \dots, DI_n$ ) en la que cada una ofrece un producto  $p$  diferenciado, pero también imperfectamente sustitutivo de los ofrecidos por las restantes empresas<sup>80</sup>. Además,  $m$  (el conjunto de potenciales demandantes de  $p$ ) ha de estar (aproximadamente) acotado, delimitado geográficamente o según algún otro criterio suficiente<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> En principio, desde el punto de vista de los efectos sobre la restricción de la competencia, los dos casos parecen el mismo caso. Aunque, por supuesto, en la práctica, dependiendo de la estructura de los mercados (del mercado en el que opera  $F$  –el de la distribución de productos a comerciantes– y del mercado en el que opera  $DI$  –el de la venta al consumidor final) y, consiguientemente, también de las diferentes características financieras, estructuras de costes, aversión al riesgo y nivel de información (sobre costes, rentabilidad y demanda de la otra empresa, así como sobre sus posibles acciones ocultas), los resultados de la fusión pueden ser muy diferentes según quién sea el que tome la iniciativa: vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 208-211.

<sup>80</sup> TIROLE, 1988, pp. 287-300.

<sup>81</sup> El criterio de delimitación que parece más pertinente –bien que siempre imperfecto, relativo– atiende al grado de sustitutividad entre los bienes (y, por consiguiente, a la intensidad de la relación entre sus respectivos precios): un mercado  $m$  es una estructura social compuesta por todos aquellos oferentes que ofrecen  $p$  y aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$  y por el conjunto de demandantes potenciales de  $p$  y –eventualmente– de

<sup>77</sup> LANDEO, 2018, p. 75.

<sup>78</sup> REY/ VERGÉ, 2008, pp. 354-355.

En una estructura con estas características, ocurre lo siguiente<sup>82</sup>:

— En el caso de  $F$ , se trata principalmente de asegurar su poder de mercado, frente al riesgo de conductas oportunistas por parte de sus distribuidores (ya que, en principio, ni  $DI$  ni ningún otro comerciante tienen, en condiciones de competencia, incentivos suficientes para confiar en  $F$  y, por consiguiente, para hacer esfuerzos para distribuir de forma óptima  $p$  en  $m$ , y ni siquiera para no anteponer otros productos a  $p$ , si es de su conveniencia) y frente a la dificultad para obtener información sobre las características de la demanda de  $p$  en  $m$  (precio que es razonable aplicar, qué bienes sustitutivos de  $p$  están disponibles en  $m$ , etc.). Asimismo, un acuerdo de restricción vertical le permite aislar  $m$  de otros mercados para  $p$  en los que la demanda tenga una elasticidad diferente (por lo que el precio que en ellos puede fijarse razonablemente para  $p$  también resulta diferente).

— En el caso de  $DI$ , y ante la incertidumbre probablemente existente tanto sobre la demanda de  $p$  como sobre los costes de comercializarlo en  $m$ , si tiene un grado suficiente de aversión al riesgo (lo cual no es infrecuente, al menos en el caso de pequeños distribuidores), las restricciones verticales constituye un incentivo razonable, ya que evitan la competencia en torno a  $p$  con otros comerciantes y le protegen, además, frente a comportamientos propios de *free riders* que estos pudieran adoptar (y, por ello, le incentivan a asumir costes —publicidad, servicios posventa, etc.— que favorezcan la comercialización de  $p$ , seguro de que nadie más va a aprovecharse de su esfuerzo); asegura a  $DI$  acerca del compromiso de  $F$  con su acuerdo; y, por fin, le permiten gestionar con más flexibilidad las dificultades que pudieran derivarse del tamaño de  $m$  (si  $m$  es demasiado pequeño, por

ejemplo, o aprovechando las economías de escala, si no lo es).

Si esto es así, entonces puede decirse que, en términos de teoría de juegos,  $F$  afronta un problema de diseño de un mecanismo<sup>83</sup> que dé lugar a la revelación de preferencias (que en principio permanece ocultas) por parte de  $DI$ <sup>84</sup>. Y que este, a su vez, afronta dos problemas de estrategia: primero, un dilema acerca del nivel de compromiso del otro jugador  $-F-$  en un juego de señalización (un juego de forma extensiva, con una sucesión de acciones de cada jugador y con información incompleta)<sup>85</sup>; y, además, un dilema a la hora de proveer bienes públicos (publicidad, servicios posventa, etc.), que le benefician a él y a cualquier otro distribuidor  $Dn$  presente en  $m$ , con lo que existe el grave riesgo de que surjan conductas de *free-riding* por parte de  $D2, \dots, Dn$ <sup>86</sup>. Un juego dinámico, pues (el que configura la interacción de  $DI$  con  $F$ , en el que existe una secuencia de movimientos por parte de cada uno de los dos jugadores) y dos juegos estáticos (el que configura la interacción de  $F$  con  $DI$  y el que configura la interacción de  $DI$  con  $D2, \dots, Dn$ , puesto que en ambos los movimientos de cada jugador pueden ser simultáneos). Y dos juegos con información incompleta (los dos que se juegan entre  $F$  y  $DI$ ), y otro más con información completa (el que se juega entre  $DI$  y  $D2, \dots, Dn$ ). Juegos todos ellos en los que los acuerdos (de restricción vertical de la competencia) entre  $F$  y  $DI$  resultan ser (conjuntos de) movimientos estratégicos, racionalmente explicables.

## 6.2.2. Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social

A la vista de ello, se ha discutido mucho la medida en la que estos comportamientos (mayoritariamente racionales, en atención a las estructuras de los mercados en los que tienen lugar) de los agentes económicos pueden ser reputados lesivos para el bienestar social. Esto es, si verdaderamente se trata de conductas que

aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$ , y por las interacciones entre ellos (TIROLE, 1988, pp. 12-13; ASPERS, 2011, pp. 100-107). Por supuesto, en los casos concretos, la cuestión — que, sin embargo, no será abordada aquí— de cómo delimitar un mercado como objeto de análisis, evaluación e intervención resulta esencial para poder acotar el alcance de la estrategia de gobernanza de las interacciones competitivas que en él se producen: cfr. MOTTA, 2004, pp. 101-115; NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 23 ss.

<sup>82</sup> GALLINI, 1983, pp. 285 ss.; MATHEWSON/ WINTER, 1984; REY/ TIROLE, 1986a; REY/ TIROLE, 1986b, pp. 924-930, 936-937; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2158-2164; REY/ STIGLITZ, 1988; TIROLE, 1988, pp. 170 ss.; O'BRIEN/ SCHAFER, 1992, pp. 300-306; McAFFEE/ SCHWARTZ, 1994, pp. 213 ss.; REY/ VERGÉ, 2008, pp. 360-369; AREEDA/ KAPLOW/ EDLIN, 2013, pp. 592-595, 643-648, 712-714; NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 273-282.

<sup>83</sup> GREEN/ LAFFONT, 1979, pp. 49-53; FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 243 ss.; MAS-COLELL/ WHINSTON/ GREEN, 1995, pp. 858-869, 897-910; LAFFONT/ MARTIMORT, 2002, pp. 28-55; MYERSON, 2018.

<sup>84</sup> MYERSON, 1982, pp. 67-75, examina específicamente el problema de diseño de mecanismos de revelación de preferencias que se plantea en este caso.

<sup>85</sup> FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 67-83, 324 ss.; BAIRD/ GERTNER/ PICKER, 1994, pp. 57-63; BOLTON/ DEWATRIPONT, 2005, pp. 99 ss.; GINTIS, 2009, pp. 179 ss.

<sup>86</sup> FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 211-213.

### El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

no resultan (dada la situación en la que los agentes tienen que operar: competencia monopolística, poder de mercado, externalidades, acciones e información ocultas) Pareto-óptimas. Así, se ha sostenido que, en realidad, si en un mercado en situación de competencia monopolista una empresa, ejerciendo su poder de mercado, opta por llegar a acuerdos que restrinjan las condiciones del intercambio con otra u otras de las empresas que participan en el proceso de producción y comercialización de un bien o servicio (restricciones verticales), dichos acuerdos tendrán para ella un coste:  $F$  estaría obligada, para que  $DI$  aceptase las restricciones, a venderle las unidades de  $p$  a un precio inferior al que  $DI$  aceptaría si no se hubiesen acordado; pues, de otro modo,  $DI$  se volvería hacia otros fabricantes, o bien preferiría interactuar con  $F$  en un entorno plenamente competitivo, sin restricciones. De este modo, el ejercicio del poder de mercado por parte de  $F$  no alteraría verdaderamente las condiciones estructurales del mercado  $m$ , ni el bienestar social global, sino que se trataría únicamente de una estrategia de discriminación de precios: racional desde el punto de vista de  $F$ , en la medida en que le permite adaptar al máximo —a cambio de un coste, claro está— el precio de  $p$  al grado de elasticidad de la demanda y a los diferentes tipos (funciones de utilidad y restricciones presupuestarias) de consumidor, según las características de  $m$ . Así, por ejemplo, si  $F$  llega a un acuerdo de exclusividad con  $DI$ , ello obedecería principalmente al deseo de  $F$  de asegurarse de que el producto  $p$  llega al consumidor final en  $m$  en las condiciones adecuadas: aquellas que maximizan la rentabilidad (a la vista de la disposición marginal a pagar por parte de un determinado consumidor  $C_n$ )<sup>87</sup>, dadas las características de los consumidores presentes en  $m$ <sup>88</sup>.

Por ejemplo: una marca de relojes de alta gama (carac-

terístico bien posicional, puesto que usualmente dará la hora con la misma exactitud que relojes mucho más baratos, pero llevará asociadas connotaciones de lujo, exclusividad, etc.), conociendo las características de su función de demanda de su producto, desea que su producto no se venda nada más que en establecimientos comerciales particularmente lujosos, céntricos, bien publicitados, etc., y no desea que se vendan al lado de otros relojes. Pero, naturalmente, el acuerdo de exclusividad ha de tener sus compensaciones para el comerciante.

Se trataría, por consiguiente, de una redistribución del beneficio entre  $F$  y  $DI$  (acordada voluntariamente), que en ningún caso repercutiría en el efecto global —de bienestar— de la asignación de recursos a que el proceso de interacción da lugar: el consumidor final  $C_n$  seguiría aceptando (= el equilibrio de mercado se seguiría fijando en) aquel precio y aquella cantidad que se correspondan con su disposición a pagar; mientras que, si la discriminación de precios es perfecta, el beneficio empresarial global (conjunto de  $F$  y de  $DI$ ) quedaría maximizado, al extraerse en el intercambio de cada consumidor todo su excedente<sup>89</sup>. Mas lo que pierde en excedente el consumidor quedaría compensado por el incremento en el excedente del productor<sup>90</sup>, de manera que el bienestar social global no variaría<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> El excedente de un consumidor  $C_n$  es la diferencia entre el precio actual de una unidad de  $p$  y la disposición de  $C_n$  a pagar por dicha unidad: PERLOFF, 2018, pp. 166-168. Si  $DI$  (o  $F$ , empleando a  $DI$  como su agente) es capaz de detectar perfectamente la disposición a pagar de cada consumidor  $C_n$  (su función inversa de demanda), podrá determinar un precio para  $p$  que se corresponda exactamente con dicha cantidad, extrayendo todo el excedente del consumidor: TIROLE, 1988, pp. 135-137.

<sup>88</sup> El excedente del productor (aquí tomamos como tal a la coalición entre  $F$  y  $DI$ , considerando a este último como agente de aquel) es la diferencia entre el precio actual de  $p$  en  $m$  y aquel precio mínimo por el que  $F$ - $DI$  seguirían estando dispuestos a vender unidades de  $p$  (precio que generalmente equivaldrá al coste de producir  $p$ ): PERLOFF, 2018, p. 315. Si  $F$ - $DI$  poseen, en la venta final de  $p$  a  $C_n$ , un gran poder de mercado —no son precio-aceptantes— y pueden además proceder a una perfecta discriminación de precios, el excedente del productor será máximo.

<sup>91</sup> Han mantenido esta opinión BORK, 1954, pp. 194 ss.; BORK, 1966, pp. 381-384, 397-424, 429-464; BORK, 1993, pp. 225 ss., 288-298, 299 ss., 372-381, 391-401; DIRECTOR/ LEVI, 1956, pp. 290-294; BOWMAN JR., 1957, pp. 23-29; TESLER, 1960, pp. 88 ss.; MCGEE/ BASSETT, 1976, pp. 22-32; POSNER, 1976, pp. 147 ss.; POSNER, 1979, pp. 926-928, 934-939; POSNER, 2001, pp. 171 ss.; POSNER/ EASTERBROOK, 1981, pp. 802-810, 869-876, 885-887, 951-954; EASTERBROOK, 1984, pp. 20-21, 25-26, 28-33.

<sup>87</sup> Esto es, de la determinación de la cantidad máxima que un consumidor  $C_n$  pagaría por una unidad adicional de  $p$ , dada su función de preferencias y las restricciones presupuestarias que soporta: PERLOFF, 2018, p. 166.

<sup>88</sup> Como señala TIROLE, 1988, pp. 137-152, en la práctica la discriminación perfecta de precios según la disposición a pagar de cada demandante individual resulta infrecuente, a causa de los costes que conlleva obtener la información necesaria para ello. Por ello, es mucho más habitual que se recurra a métodos de discriminación de segundo grado (clasificación de los demandantes en grupos diferenciados) o de tercer grado (introducción de mecanismos de que promueven la revelación de información por parte del propio consumidor), según cuál sea el coste de la información.

### 6.2.3. Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social

Para poder evaluar adecuadamente esta interpretación económica de las conductas de restricción vertical de la competencia, es importante clarificar cuáles son las verdaderas causas de eventuales reducciones del bienestar social a consecuencia de conductas empresariales restrictivas de la competencia. A este respecto, el punto de partida tiene que ser la discusión de la cuestión general de si existe o no algo como la competencia vertical, que deba ser regulada y protegida, y en qué se concreta.

En efecto, de acuerdo con la concepción de la competencia que se acaba de exponer, la misma se caracterizaría por ser una relación exclusivamente horizontal: la competencia sería la relación existente entre diferentes agentes económicos –aquí, empresas– que concurren (o, potencialmente, podrían llegar a concurrir) en un mismo mercado, con la pretensión de ocupar la posición de oferentes dentro del mismo, pugnando por hacer con la demanda de un determinado producto o clase de productos que persiguen los demandantes presentes en el mercado<sup>92</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, en todos aquellos mercados distintos de aquel en el que la empresa interactúa con el consumidor final del bien (por ejemplo, en el mercado en el que interactúan los fabricantes y los distribuidores de un mismo producto), la determinación del poder de mercado de una determinada empresa depende no solo de su capacidad, en tanto que oferente, para fijar precios a sus productos por encima del coste marginal, sino también de su capacidad, en tanto que demandante, para forzar a las empresas oferentes a fijar precios por debajo del coste marginal, reduciendo los márgenes de rentabilidad de aquellas en su propio beneficio. De hecho, no es infrecuente que el poder de mercado de una determinada empresa en las relaciones horizontales (con el resto de los oferentes presentes en el mismo mercado) esté de algún modo estrechamente relacionado con su poder de mercado en sus relaciones verticales (con sus proveedores –hacia arriba– o, hacia abajo, con los distribuidores de sus productos)<sup>93</sup>.

Así, un gran distribuidor (una empresa propietaria de gran número de grandes superficies comerciales),

si es capaz de conseguir que sus proveedores mejoren las condiciones en las que adquiere los productos que va a poner a la venta para el consumidor final (el precio unitario de compra, las condiciones de calidad, los plazos de entrega, la exclusividad, etc.), puede obtener, gracias a su posición de monopsonio o de oligopsonio, importantes ventajas competitivas o una rentabilidad extraordinaria. Y algo similar puede suceder del lado de la oferta: el monopolista u oligopolista que puede conseguir de sus distribuidores mejores condiciones de venta para sus productos se hallará también en una condición de ventaja comparativa.

Por lo tanto, parece que no es posible aceptar, como posición de principio, la de que la competencia vertical resulte completamente irrelevante para la gobernanza de las interacciones en los mercados. Por el contrario, es preciso establecer, caso por caso (grupo de casos por grupo de casos) si se producen, y en qué medida, los efectos negativos anticompetitivos; vale decir, sobre el bienestar social.

Estos efectos pueden ser de dos clases<sup>94</sup>:

— Efecto de colusión: por una parte, existe una reducción directa del bienestar social allí donde la conducta de las empresas (*F* y *DI*) implicadas en un acuerdo de restricción vertical de la competencia –un acuerdo de exclusividad, por ejemplo– da lugar a una asignación de recursos (en atención a la cantidad de *p* ofertada en *m* y del precio de venta) que resulta globalmente inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la asignación de recursos subóptima puede derivarse tanto de un nivel de producción de *p* por debajo de la cantidad que sería en principio económicamente posible (dados los costes de producción) y socialmente necesaria, dada la curva de demanda (por ejemplo, porque el precio fijado para *p* resulta superior a la disposición a pagar de la mayor parte de los consumidores presentes en *m*), de unos costes de producción por encima de los que resultaría técnicamente posibles, por falta de inversión y –consecuentemente– de productividad,...

— Efecto de exclusión: por otra parte, existe también una reducción del bienestar, causada en este caso de forma indirecta, cuando el acuerdo entre *F* y *DI* produce un efecto de exclusión de terceros competidores (fabricantes y/o distribuidores) del tal calibre que dicha restricción adicional a la competencia ocasiona que la asignación global de recursos en *m*

<sup>92</sup> AHLERT/ SCHEFER, 2013, pp. 33-34.

<sup>93</sup> STEINER, 2008.

<sup>94</sup> WHINSTON, 2006, p. 2.

(ya no solo de unidades de  $p$ , sino de cualquier otro producto –aproximadamente sustitutivo– que se intercambie en  $m$ ) resulte inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la pérdida de bienestar se deriva del primer teorema de optimalidad de la economía del bienestar: dado que en condiciones de competencia perfecta, cualquier equilibrio de mercado resulta ser un óptimo de Pareto, la creación o ampliación de oligopolios o monopolios tiende a producir el efecto de crear situaciones de equilibrio de mercado que son subóptimas<sup>95</sup>.

A la hora de evaluar si se produce –y en qué casos se produce– cada uno de estos efectos, dos son los recursos de los que disponemos: de una parte, el análisis formal de las situaciones de interacción estratégica entre empresas en condiciones de competencia monopolística, mediante la teoría de juegos; y, de otra, la evidencia empírica –aún limitada– disponible, procedente de los estudios de economía experimental.

#### 6.2.4. Efecto de exclusión

El análisis formal permite llegar a las siguientes conclusiones:

1ª) En presencia de economías de escala, un acuerdo de restricción vertical de la competencia entre  $F$  y  $D_1, \dots, D_n$  puede producir un efecto de exclusión sobre terceros potenciales competidores de  $F$ , al dificultarle que pueda rentabilizar su entrada en  $m$ , por falta de un suficiente número de distribuidores<sup>96</sup>, incrementando significativamente sus costes<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 376-381.

<sup>96</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 211, 222-224, 227-228; ORDOVER/ SALONER/ SALOP, 1990, pp. 134-136; BOLTON/ WHINSTON, 1991, pp. 209-219; RIORDAN/ SALOP, 1995, pp. 527-561. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. AGHION/ BOLTON, 1987, pp. 389-392; RASMUSEN, / RAMSEYER/ WILEY JR., 1991, pp. 1138-1144; REY/ STIGLITZ, 1995, pp. 433-440; BERNHEIM/ WHINSTON, 1998, pp. 77-86; SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 299-305, 307; WHINSTON, 2006, pp. 144-148; REY/ VERGÉ, 2008, pp. 377-384. Para el caso de los acuerdos de paquetización, vid. WHINSTON, 1990, pp. 843-846, 852-855; CARLTON/ WALDMAN, 2002, pp. 194 ss.; NALEBUFF, 2004, pp. 163-173.

<sup>97</sup> SALOP/ SCHEFFMAN, 1983; SALOP/ SCHEFFMAN, 1987. El caso de los acuerdos sobre precios parece un tanto particular en este sentido, puesto que, según pone de manifiesto el análisis formal, solamente en ciertos casos puede dar lugar a este efecto de exclusión (STEINER, 2004, pp. 449-457; ASKER/ BAR-ISAAC, 2011; REY/ VERGÉ, 2010, pp. 934 ss.; BENNETT/ FLETCHER/ GIOVANNETTI/ STALLIBRASS, 2011, pp. 1290-1293; GIOVANNETTI/ MAGAZZINI, 2013, p. F589; JEDLICKOVÁ, 2016, p. 284), mientras que muchos otros supuestos, en cambio, produce un efecto neutro sobre la competencia: IPPOLITO, 1991, pp. 281-282, 291-292; MARVEL, 1994, pp. 84-90; AHLERT/

2ª) Sin embargo, no es claro que este efecto de exclusión tenga siempre un impacto verdaderamente relevante en el bienestar social<sup>98</sup>: en efecto, en mercados oligopolísticos con economías de escala puede ocurrir que la entrada de nuevos competidores no produzca una mejora del bienestar social y que el nuevo competidor se limite a “robar” parte del negocio de  $F$ , sin incrementar con ello el bienestar<sup>99</sup>.

3ª) La cuestión es ligeramente diferente cuando  $F$  tiene, en relación con los varios distribuidores  $D_1, D_2, \dots, D_n$  presentes en  $m$ , la posibilidad de negociar con todos ellos y hacerles competir por lograr un acuerdo de restricción vertical (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo) con él. En este caso, si  $D_1, D_2, \dots, D_n$  son indistinguibles (todos ellos actúan en  $m$ , venden al mismo tipo de clientes, la misma clase de bienes, etc.), la consecuencia será que  $F$  llegará a un acuerdo con uno de los distribuidores (con  $D_1$ , por ejemplo), excluyendo con ello los riesgos derivados de la eventual competencia de  $D_2, \dots, D_n$ . Y que, debido a ello (a la condición de monopolio), el precio de  $p$  subirá, disminuirá la cantidad vendida; y también disminuirá el bienestar social total (= el excedente agregado)<sup>100</sup>, aunque aumente el beneficio de  $F$ <sup>101</sup>, pues el acuerdo entre  $F$  y  $D_1$  tiene externalidades negativas, que perjudican a  $D_2, \dots, D_n$ , y también a  $C_n$ <sup>102</sup>.

Aunque ciertamente no existe un cuerpo de investigaciones empíricas que resulte suficiente para hacer afirmaciones tajantes<sup>103</sup>, no obstante, esa posibilidad de que –en determinadas circunstancias– los acuerdos de restricción de la competencia produzcan dicho

SCHEFER, 2013, pp. 33 ss.

<sup>98</sup> WHINSTON, 2006, p. 151.

<sup>99</sup> MAKIW/ WHINSTON, 1986, pp. 50-54; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2210-2211.

<sup>100</sup> Que equivale al excedente del consumidor  $C_n$  más el excedente conjunto obtenido por  $F$  y por  $D_1, D_2, \dots, D_n$  en  $m$ : MAS-COLELL/ WHINSTON/ GREEN, 1995, pp. 326, 328.

<sup>101</sup> HART/ TIROLE, 1990, pp. 232-239; WHINSTON, 2006, pp. 155-165.

<sup>102</sup> SEGAL, 1999, pp. 351-352, 358-360. Siendo más precisos (SEGAL, 1999, pp. 357 ss.), cuando la negociación es pública (=  $D_1, D_2, \dots, D_n$  conocen las condiciones que  $F$  les ofrece a cada uno), las externalidades negativas –y la consiguiente reducción del excedente agregado– perjudican a  $D_2, \dots, D_n$  y a  $C_n$ ; en cambio, si la negociación es privada, también  $D_1$  –el distribuidor que llega a contratar con  $F$ – se verá afectado por la búsqueda de rentas por parte de este último, a no ser que se encuentre en condiciones de poder inducir a  $F$  a introducir en la negociación algún mecanismo que le comprometa de antemano con el contenido del contrato que se está negociando (vid. MUTHOO, 1999, pp. 211 ss.).

<sup>103</sup> LAFONTAINE/ SLADE, 2008, p. 399.

efecto de exclusión parece estar confirmada por los estudios hasta ahora disponibles<sup>104</sup>.

## 6.2.5. Efecto de colusión

Sobre la base del análisis formal, cabe concluir que, incluso allí donde los acuerdos de restricción vertical de la competencia no dan lugar a ningún efecto de exclusión relevante (por ejemplo, porque el incentivo principal para alcanzarlos tiene que ver sobre todo con asegurar el compromiso entre las partes, entre  $F$  y de  $DI$ , para proteger las inversiones que las mismas han hecho en el negocio), pese a ello, sin embargo, pueden producirse pérdidas de bienestar, derivadas bien de un exceso o defecto de inversión (en relación con el nivel óptimo) por parte de los agentes que interactúan, o bien del incremento extraordinario de precios (y la consiguiente reducción del excedente del consumidor) derivado de la posición de monopolio<sup>105</sup>.<sup>106</sup> Así, en concreto, ello sucederá si: 1º) la inversión tiene efectos externos (es decir, no solo sobre la relación entre  $F$  y  $DI$ , sino además también sobre la competitividad de  $DI$  frente a  $D_2, \dots, D_n$ ); 2º) los efectos externos como los internos van en sentido contrario

(es decir, la inversión incrementa el excedente del inversor, pero no la competitividad de la coalición frente a terceros)<sup>107</sup>.

Así, por ejemplo<sup>108</sup>, si un fabricante de automóviles llega a un acuerdo de exclusividad para sus adquisiciones con una empresa proveedora de carrocerías, si el fabricante asume el coste de las inversiones vinculadas a dicho acuerdo (publicidad, servicios a clientes, etc.) y estas solamente tienen efectos internos, en la relación entre fabricante y proveedor (asegurando a este, a la hora de planificar su producción), o bien tienen efectos externos, en la competitividad del fabricante, pero estos son contradictorios con los efectos internos (la publicidad sobre la calidad de las carrocerías de sus vehículos, por ejemplo, tiene efectos positivos para la competitividad del fabricante, pero también incrementa sus costes y le compromete de forma estable con el proveedor), entonces el resultado final será una reducción de bienestar (del excedente agregado): una reducción de las inversiones por parte del fabricante, una elevación de precios y/o reducción de calidad de su producto por parte del proveedor, etc.

También en este caso la evidencia empírica disponible (que, de todas formas, ya se ha señalado que resulta aún insuficiente para ser contundentes al respecto) parecería avalar las conclusiones obtenidas a través del análisis formal<sup>109</sup>.

## 7. Otros objetivos de la gobernanza de los mercados

Hasta aquí llega el consenso: a pesar de ciertas dificultades de determinación en algunos grupos de casos, parece haberlo —como ya he señalado— acerca de

<sup>104</sup> Vid. NORMANN/ SNYDER, 2001, pp. 479, 481-488; LANDEO/ SPIER, 2009, pp. 1863-1868; SMITH, 2011, pp. 7-8; BOONE/ MÜLLER/ SUETENS, 2014, pp. 146-158; HINLOOPEN/ MÜLLER/ NORMANN, 2014, p. 171. Cfr., sin embargo, COOPER/ FROEB/ O'BRIEN/ VITA, 2005, pp. 648-658; CALISKAN/ PORTER/ RASSENTI/ SMITH/ WILSON, 2007, pp. 117-127.

<sup>105</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 228; ORDOVER/ SALONER/ SALOP, 1990, pp. 136-138; BOLTON/ WHINSTON, 1993, pp. 134-136; NOCKE/ WHITE, 2007, p. 1329; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2172-2173. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. REY/ TIROLE, 1986, pp. 931-932; HART/ TIROLE, 1990, pp. 268-270; REY/ STIGLITZ, 1995, p. 449; REY/ TIROLE, 2007, p. 2177; SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, 2006, pp. 185-186. En relación con los acuerdos de paquetización, NALEBUFF, 2004, p. 181, argumenta que, aunque los mismos ciertamente producen un efecto de exclusión de terceros competidores (y de este modo puede llegar a afectar al bienestar), sin embargo, no dan lugar a ningún efecto de colusión, ninguna reducción directa del excedente agregado, que en cambio tiende a aumentar en estos casos.

<sup>106</sup> Al igual que más arriba se indicó, el caso de los acuerdos sobre precios resulta ser aquí también algo diferente de las restantes restricciones verticales de la competencia, por cuanto que, si bien es cierto que en ocasiones producen un efecto de colusión que afecta negativamente al bienestar (JULIEN/ REY, 2007, pp. 989-995; JEDLICKOVÁ, 2016, pp. 274-277, 281-284), también lo es que en muchos otros casos, por el contrario, su efecto es netamente beneficioso, contribuyendo a la eficiencia: MARVEL, 1994, pp. 69-71; WINTER/ MATHEWSON, 1998, pp. 81-82; MEESE, 2004, pp. 595-611; GUNDLACH/ CANNON/ MANNING, 2010, pp. 391 ss.; BENNETT/ FLETCHER/ GIOVANNETTI/ STALLIBRASS, 2011, pp. 1288-1290.

<sup>107</sup> SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, 2006, pp. 185-186.

<sup>108</sup> El ejemplo está tomado de KLEIN, 1988, pp. 199-204.

<sup>109</sup> NORMANN, 2011, pp. 518-519; HINLOOPEN/ MÜLLER/ NORMANN, 2014, p. 172. En todo caso, obviamente, el análisis que se acaba de presentar sirve únicamente para marcar las líneas generales dentro de las que debería diseñarse una política jurídica razonable, en atención a la lesividad de cada clase de conducta. Pero, por supuesto, para el examen y enjuiciamiento de casos concretos no es suficiente con esto, sino que es preciso comprobar además que los efectos de exclusión y/o —sobre todo— de colusión tienen lugar efectivamente, (contrato por contrato, (inter-)acción por (inter-)acción). Sobre la forma de indagar y probar esta cuestión en el procedimiento, a través del examen del grado de rentabilidad producido por las restricciones a la competencia (*profitability test*), vid. NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 115-129.

que la reducción del bienestar social (del excedente agregado), a causa de los acuerdos de restricción vertical de la competencia, es una condición suficiente para que puedan establecerse prescripciones jurídicas de regulación y de control de estas formas de actuación empresarial, de manera que aquellos acuerdos que no conlleven reducción de bienestar no podrían en ningún caso ser regulados, prohibidos o sancionados (cuando menos, como hemos visto, desde la perspectiva de la gobernanza de la competencia en los mercados). La pregunta que hay que hacer, no obstante, es si, además de ser una condición suficiente, resulta también condición necesaria. Es decir, si puede haber otras magnitudes, además del bienestar social, que, por sí solas o acompañando a este, justifiquen la intervención jurídica regulatoria y/o prohibitiva.

En este sentido, existe una importante corriente de opinión teórica (abanderada por la denominada “*escuela de Chicago*”) que ha venido manteniendo que no, que solamente los casos en los que las restricciones a la competencia afectan al bienestar social (= al excedente agregado) justificarían dicha intervención, y que ningún otro objetivo político-jurídico podría justificarla, puesto que en tal caso el resultado final sería económicamente contraproducente<sup>110</sup>.

Sin embargo, pienso que la cuestión no puede ser respondida de manera satisfactoria en términos tan genéricos, sino que, por el contrario, exige un examen más detenido, de los diversos objetivos –diferentes de la maximización del bienestar social– que puede perseguir una regulación jurídica de la competencia. Dicho examen, no obstante, nos acabará conduciendo a la conclusión de que cualquier fundamentación excesivamente unilateral de la gobernanza de la competencia resulta inadecuada: no se compatibiliza bien con los objetivos de política jurídica –múltiples– que, dependiendo de los grupos de casos, puede resultar justificable perseguir a través de la misma<sup>111</sup>.

### 7.1. Perjuicio a los competidores

La primera posibilidad que en este sentido cabe discutir es si la regulación (y, en su caso, la prohibición) de las restricciones verticales a la competencia pue-

de o no justificarse no porque las mismas restrinjan el bienestar social (el excedente agregado), sino por razones de justicia correctiva. En efecto, como más arriba se indicó, un acuerdo de restricción de la competencia entre  $F$  y  $D1$  (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo) suele tener externalidades negativas, que perjudican a los competidores de  $D1$  ( $D2, D3, \dots, Dn$ )<sup>112</sup>. ¿Cabrá entonces proteger, a través de regulaciones y de prohibiciones jurídicas, los intereses económicos de dichos competidores, aun en detrimento del bienestar social?

Es preciso distinguir, aquí, tres facetas diferentes en dichos intereses:

#### 7.1.1. Reducción del excedente de los competidores

En este primer caso, lo que está en juego es exclusivamente el interés de cada competidor en preservar y aumentar su patrimonio, a través del incremento de la rentabilidad de su actividad empresarial. Es decir, se produce la reducción de aquel excedente del que  $D2$  ó  $D3$  ó...  $Dn$  son capaces de apropiarse en  $m$  (merced a la captura de una parte de la demanda de  $p$  y del nivel de precios que la libre competencia en principio tendería a fijar para dicho producto), reducción debida al acuerdo de restricción suscrito entre  $F$  y  $D1$ .

En ausencia de acuerdos previos entre  $D2, D3, \dots, Dn$  y  $D1$  y/o  $F$  (que sean vueltos ineficaces por el posterior acuerdo de restricción de la competencia  $F$  y  $D1$ ), no se comprende por qué debería aceptarse que, en general, la reducción de los excedentes de los competidores constituya ninguna cuestión de justicia correctiva; menos aún, por qué dicha reducción podría llegar a justificar regulaciones y prohibiciones incluso aunque no se haya producido ninguna reducción del excedente social agregado.

Pues, por una parte, los daños derivados de conflictos de justicia correctiva en principio deben remediarse mediante soluciones de Derecho privado, no de Derecho público (por lo que el recurso a regulaciones y a prohibiciones no resultaría justificado)<sup>113</sup>. Por

<sup>110</sup> BORK, 1966, pp. 429 ss.; BORK, 1993, pp. 54-61, 81-88, 107-110, 110-115, 135-160; POSNER, 1976, pp. 18-22; POSNER, 2001, pp. 23-27; MEESE, 1997, pp. 175 ss.

<sup>111</sup> KLING/ THOMAS, 2016, pp. 18-23; BENEYTO PÉREZ/ TRONCOSO FERRER, 2017, pp. 35-40; EMMERICH/ LANGE, 2018, pp. 2-3.

<sup>112</sup> WHINSTON, 2006, p. 151. En algunas ocasiones se afecta también al excedente agregado (que es el caso menos polémico). En otras, al excedente del consumidor final: sobre esto, vid. infra 7.2. Ahora, no obstante, me concentraré tan solo en el daño a los restantes competidores  $D1, D2, \dots, Dn$ .

<sup>113</sup> Aunque la cuestión precisaría de un examen más profundo, se puede señalar que, en general, allí donde el conflicto entre las partes de una interacción da lugar a que una de las partes vea defraudadas sus expectativas legítimas acerca del comportamiento de

otra parte, en la gran mayoría de casos de acuerdos de restricción de la competencia entre *F* y *DI* no existe siquiera un auténtico conflicto de justicia correctiva, en el sentido estricto de la expresión, puesto que (en ausencia de acuerdos previos con *F* ó con *DI*) los competidores *D2*, *D3*,..., *Dn* no podían albergar racionalmente ninguna expectativa de un comportamiento más benigno para ellos por parte de sus competidores verticales u horizontales<sup>114</sup>.

## 7.1.2. Daño patrimonial al competidor

En este segundo caso, el acuerdo de restricción vertical de la competencia entre *F* y *DI* (un acuerdo sobre precios máximos, por ejemplo) da lugar a la infracción de un deber que bien *F*, bien *DI*, tenían para con *D2*, *D3*,... ó *Dn*.

Esto sucede, por ejemplo, si *F*, antes de contratar con *DI*, había llegado previamente con *D2* a otro acuerdo sobre precios mínimos, en el que, sin embargo, se establecía un nivel de precios para *p* en *m* mucho más elevado que el precio máximo previsto en el segundo acuerdo. Con el evidente riesgo de que los consumidores acudan a comprar sus unidades de *p* a *DI* y no a *D2*, y en perjuicio de este último, por consiguiente.

---

las restantes, existe un problema de justicia correctiva (de desequilibrio injustificado en la interacción, que genera obligaciones de reparación del daño sufrido por quien se ve defraudado): WEINRIB, 2017, pp. 89 ss. En principio, los problemas de justicia correctiva deben resolverse a través de los remedios propios del Derecho privado: remedios dirigidos (principalmente) a reintegrar, en lo posible, al sujeto defraudado a la situación previa a la defraudación de expectativas o, cuando menos (cuando ello no es posible), a la situación de seguridad en la efectividad de sus derechos subjetivos (FISCHER, 2014, p. 1-3; REGLERO CAMPOS/ PEÑA LÓPEZ, 2014; RIPSTEIN, 2016, pp. 235 ss.); y remedios que están disponibles tan solo en tanto que poderes otorgados al perjudicado para que pueda, si así lo desea (pero solamente si lo desea), reclamar la reparación (ZIPURSKY, 2003, pp. 733-738).

<sup>114</sup> También la cuestión del concepto de daño reparable exigirá un desarrollo más detenido, pero, a los efectos que ahora nos interesan, baste con decir que el daño existe siempre que una expectativa de conducta de terceros puede ser albergada legítimamente por el agente, en tanto que dicha conducta no es solo una posibilidad fáctica, sino un compromiso normativamente asumido por parte del tercero (bien por imposición normativa, o bien en virtud de un acuerdo voluntario): MACCORMICK, 1977, pp. 177-183; LARENZ/WOLF, 2004, pp. 243-244, 511-512. De este modo, allí donde el compromiso no existe, no hay tampoco daño en sentido jurídico. (Aunque, desde luego, pueda haberlo desde el punto de vista económico. Pero este solo será relevante si afecta al excedente agregado o —como veremos a continuación— por razones de justicia distributiva o de justicia política.)

La infracción del deber puede fundarse bien — como en el ejemplo— en un acuerdo voluntario entre las partes, o bien en una actuación unilateral de una de ellas. En todo caso, lo decisivo es que la actuación defraude las expectativas legítimas de la otra parte, se deriven estas de una promesa específica (infracción de un deber relacional) o de normas generales de comportamiento conforme al rol (infracción de deberes generales, no relacionales).

Es evidente que en estos supuestos sí que existe un conflicto de justicia correctiva. Sin embargo, como ya se señaló, ello, por sí solo, no justifica necesariamente una intervención jurídica coercitiva, a través de regulaciones y/o de prohibiciones, sino tan solo —en su caso— una intervención a través de los remedios jurídicos propios del Derecho privado (otorgando poderes jurídicos a la parte de la interacción que se ha visto perjudicada por la infracción del deber)<sup>115</sup>.

Es cierto, no obstante, que puede haber algunos grupos de casos en los que la aparición del daño obedezca no solo a un incumplimiento de las expectativas legítimas que *D2*, *D3*,..., *Dn* albergaban respecto del comportamiento de *F* o de *DI*, sino además a la concurrencia de algún factor adicional, que podría llegar a justificar la intervención estatal (por existir una necesidad específica de prevención), a través de regulaciones y de prohibiciones

Así, por ejemplo: la durabilidad o masividad del daño, la intensidad de la infracción del deber por parte del inculpidor, la intencionalidad de su acción,...

---

<sup>115</sup> Otra vez, se trata de una cuestión que ha de ser fundamentada con mayor detenimiento. En todo caso, aquí se está partiendo de la idea de que, como regla general, el objetivo justificable del Derecho público (tanto del regulador como del sancionador) es la prevención de conductas (de manera coercitiva, por parte del Estado), no la reparación de daños (que, recuérdese, en el Derecho privado es siempre un mero poder en manos del perjudicado, de uso facultativo). Y de que dichos objetivos preventivos no tienen por que concurrir siempre que existe un daño a una de las partes de la interacción, sino tan solo cuando existan además determinadas circunstancias adicionales (vid., una primera aproximación en REIFF, 2005, pp. 45 ss.; STOBER, 2015, pp. 11, 229; HAACK, 2019, pp. 68-73). Desde luego, ello contradice la visión más clásica de la escuela del “análisis económico del Derecho” (la representada, por ejemplo, por SHAVELL, 2004, pp. 195 ss.; o por POSNER, 2007, pp. 160 ss., 271 ss.), que tiende a entremezclar en una misma concepción extremadamente instrumentalista del Derecho todos los sectores del ordenamiento, tendiendo además a confundir las funciones fácticamente cumplidas por las normas e instituciones con los objetivos cuya persecución podrían justificarlas (PAPAYANNIS, 2014, pp. 361-380). y favorece en cambio una concepción diferenciadora, que atribuye objetivos (justificables) diferentes a cada uno de ellos.

## El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

En supuestos así, hay que preguntarse si podría llegar a estar justificada la imposición de regulaciones y/o de prohibiciones a acuerdos de restricción vertical de la competencia que no reducen el bienestar social (que incluso pueden llegar a incrementarlo), con el fin de proteger a los competidores frente al daño patrimonial así causado.

Ejemplo: *F* llega a un acuerdo sobre precios máximos con *D1*, en detrimento del acuerdo previo sobre precios mínimos que había suscrito con *D2*, a quien había engañado con una promesa de no llegar a acuerdos con otros distribuidores; reduciendo así sustancialmente las ventas de *p* que puede realizar éste (y, por consiguiente, la rentabilidad de su empresa). Y lo hace, justamente, con el fin de intentar poner en riesgo la viabilidad económica de *D2*, uno de los distribuidores de *p*: por ejemplo, porque *D2* comercializa, además de *p*, algún otro producto que compite con *p*, y en mejores condiciones que éste.

En casos como este (restricción a la competencia mediante acuerdo que causa un daño a una tercera empresa, siempre que la acción dañosa revista determinados caracteres –conspiración, engaño, etc.– que podría justificar una intervención con fines preventivos), puede llegar a producirse una colisión entre el interés en maximizar el bienestar social (el excedente agregado) y el interés en evitar conductas dañosas de una cierta naturaleza (de colusión, de engaño, etc.). En efecto, si la conducta dañosa de *F* produce una reducción de bienestar social, entonces no cabe duda de que la intervención coercitiva mediante regulaciones y prohibiciones podría llegar a estar justificada. Sin embargo, la solución no resulta tan clara en los casos en los que la conducta de *F*, aun produciendo daño a *D2*, y pese a revestir características que podrían volver justificable la prevención frente a la misma (mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones), no afecta al excedente agregado, o incluso lo aumenta.

Esto puede suceder, por ejemplo, si los acuerdos de restricción vertical de la competencia (los acuerdos sobre precios mínimos y máximos suscritos por *F*, respectivamente, con *D2* y *D1*) van dirigidos a proteger el valor de una marca renombrada<sup>116</sup>, garantizando a los potenciales demandantes de *p* que el producto que adquieren es de la calidad y porta los signos distintivos deseados,

favoreciendo así el consumo de los demandantes que se sienten motivados por la marca (al atribuir a *p* la condición de bien posicional: un determinado modelo de ordenador personal, por ejemplo, conocido por su elevada calidad)<sup>117</sup> y el desarrollo de la eficiencia empresarial de *F* para producir productos de alta calidad para un determinado segmento de mercado. Y aumentando de esta forma el excedente agregado.

En mi opinión, en estos casos dudosos no cabe dar una respuesta única a la pregunta de si debe o no intervenir, regulando y/o prohibiendo este tipo de acuerdos de restricción de la competencia, sino que hay que reconocer que deberá ser la valoración (político-jurídica) de los intereses preponderantes en cada grupo de casos los que determinen si la intervención jurídico-pública está justificada o si, por el contrario, hay que conformarse con los remedios propios del Derecho privado (dirigidos exclusivamente a compensar el daño causado a *D2*, pero no a evitar nuevos casos de acuerdo restrictivo de la competencia que perjudique a otros competidores).

Así, por ejemplo, puede suceder que en el ámbito de un determinado sector productivo (pongamos por caso, el de la tecnología electrónica) el interés preponderante sea el fomento del desarrollo tecnológico y de la producción de productos de alta calidad. En tal caso, el interés en evitar conductas dañosas para competidores, si con ello no se produce ninguna reducción del bienestar social, debería ceder. En cambio, en otros sectores productivos (pongamos: el de la cerveza) puede no existir tal interés de política industrial y, debido a ello, podría llegar a justificarse la prohibición de dichos acuerdos de restricción vertical de la competencia, aun si con ello se reduce algo –pero no muchísimo– el excedente agregado.

### 7.1.3. Política industrial: protección de la diversidad empresarial

El caso acabado de examinar suscita una cuestión más general: ¿resulta justificable la intervención, mediante regulaciones o prohibiciones, frente a acuerdos de restricción de la competencia que, aunque no afecten al excedente agregado, causan daños a los

<sup>116</sup> AHLERT/ SCHEFER, 2013, pp. 10 ss.

<sup>117</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, 2005, me ocupé ya de estudiar la forma en la que los signos distintivos –y, en especial, las marcas comerciales– operan en el contexto de una economía de consumo dominada por el *branding* (creación del valor de marca).

competidores, si se hace para proteger cualquier otro interés de política industrial? Y, en concreto, ¿resulta justificable hacerlo para preservar un cierto grado de pluralidad de oferentes en un determinado mercado, o a los oferentes económicamente más débiles frente a los más fuertes?<sup>118</sup>

El problema que se plantea es, en definitiva, si resulta o no razonable que la gobernanza política (y jurídica) de los mercados pretenda oponerse a la lógica económica allí donde en un determinado sector de actividad productiva, por tratarse de un monopolio natural<sup>119</sup> o, más en general, por existir en ella notables de economías de escala<sup>120</sup>, la solución económicamente más eficiente (la que maximiza el bienestar social) pasa por la concentración empresarial.

Así ocurre, por ejemplo, en actividades productivas con costes de entrada muy elevados (por requerir una inversión en bienes de capital muy significativa) que no pueden ser rentabilizados más que a largo plazo: la producción de energía eléctrica es un caso de este tipo, en muchas situaciones.

En este caso, me parece evidente que es preciso distinguir entre la acción jurídica regulatoria y la acción jurídica prohibitiva y sancionadora. Pues, mientras no parece haber duda alguna de que un mercado que se caracterice por su elevado grado de concentración empresarial (es decir, por una situación de monopolio o de oligopolio en el lado de la oferta) necesita en alto grado una intervención estatal orientada a regular el comportamiento de las empresas monopolistas u oligopolistas, en cambio, resulta más dudoso que la estructura concentrada del mercado justifique la prohibición de conductas restrictivas de la competencia allí donde no exista reducción alguna del excedente agregado, del bienestar social.

En este sentido, creo que solamente hay dos razones por las que cabe defender que la estrategia de gobernanza de los mercados pueda entrar en contradicción con el principio económico de eficiencia, persiguiendo y sancionando los acuerdos de restricción

de la competencia (cuando estos no causan daños a terceros competidores) incluso cuando ello vaya en detrimento del bienestar social.

## *a) justicia distributiva*

En primer lugar, por razones de justicia distributiva<sup>121</sup>. Pues en ocasiones ocurre que un determinado sector de la actividad productiva y un determinado mercado no cumplen solamente funciones económicas (de producción y distribución de bienes y servicios), sino también otras funciones sociales.

Así, por ejemplo, hay sociedades en las que determinadas formas de agricultura o de artesanía son decisivas para arraigar población, para el empleo de ciertas capas sociales, etc.

En estos supuestos, cabe defender que otros objetivos de política social puedan llegar a predominar sobre el interés en maximizar el excedente económico agregado. Es cierto que, en puridad, una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debería perseguir objetivos estrictamente económicos. No obstante, lo cierto es que el universo de la política (y también el de la política jurídica) jamás es el universo de los conceptos puros, sino que es el espacio de los compromisos, las soluciones menos malas y las alternativas de acción posibles. Es decir, hay situaciones en las que intervenir en un determinado mercado, mediante prohibiciones (de acuerdos restrictivos de la competencia), puede resultar justificable si ello promueve la justicia distributiva, aun al precio de reducir –en alguna medida– el bienestar social global.

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: una norma jurídica prohíbe que un fabricante  $F$  llegue a acuerdos de exclusividad con determinados distribuidores  $D_1, \dots, D_n$ , para la distribución de su producto  $p$  en  $m$ , porque existe un gran grupo de distribuidores  $D_{n+1}, \dots, D_{n+x}$ , que pertenecen a una capa social empobrecida (ciertamente, mucho más pobre que aquella a la que pertenecen  $D_1, \dots, D_n$ ) y cuyo único recurso de empleo pasa por ser (de un modo económicamente sostenible) vendedores en  $m$ .

<sup>118</sup> MOTTA, 2004, pp. 22-23, 28-30.

<sup>119</sup> Existe un monopolio natural en aquel sector de la actividad productiva en el que una sola empresa puede producir toda la oferta del mercado a un coste menor del aquel en el que incurriría una pluralidad de empresas: PERLOFF, 2018, p. 406.

<sup>120</sup> Existen economías de escala si a medida que aumenta la cantidad producida disminuye el coste medio de producción: PERLOFF, 2018, p. 256.

<sup>121</sup> MOTTA, 2004, pp. 24-27. Sobre el concepto de justicia distributiva que aquí se defiende, vid. PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 268-275.

## El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

Ciertamente, se trata de una situación excepcional, que no debería llegar a producirse (porque las políticas sociales y económicas deberían evitar que tal situación de precariedad existiese). Pero, en el universo de la política real, no cabe excluir que situaciones de esta índole se produzcan, y tengan que ser tomadas en consideración a la hora de definir la estrategia de gobernanza de los mercados.

Por supuesto, lo único que cabe advertir aquí es que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones. Ahora bien, en todo caso es preciso siempre llevar luego a cabo un análisis de racionalidad instrumental de las alternativas de intervención disponibles. Con lo que puede ocurrir que, aun resultando justificable en principio la intervención, existan, para afrontar los retos de justicia distributiva suscitados, fórmulas de gobernanza (impuestos, subvenciones, incentivos, etc.) que sean mejores desde un punto de vista instrumental: más viables, más eficaces, más eficientes. Algo que, desde luego, no es posible excluir, cuando de perseguir objetivos de estricta naturaleza monetaria, como es el caso<sup>122</sup>.

### b) justicia política

En segundo lugar, la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia puede fundarse a veces en razones de naturaleza estrictamente política: relativas a la distribución del poder político dentro de la sociedad<sup>123</sup>. En efecto, dado que la perspectiva estrictamente económica acerca de la estructura de los mercados no deja de ser una abstracción (puesto que, en realidad, los mercados con —como ya se señaló— espacios de interacción social, que se integran en la sociedad), puede ocurrir que la estructura monopolística u oligopolística de algunos mercados no produzca efectos exclusivamente en el plano económico (sobre

los precios, las cantidades producidas, la innovación tecnológica, el excedente agregado, etc.), sino que los tenga también en el ámbito político. En concreto, existe siempre el riesgo (riesgo que se ha comprobado, en muchas ocasiones y lugares, que era muy real) de que una empresa monopolista o un conjunto de empresa oligopolistas, cuando ocupan un sector de la actividad económica lo suficientemente central desde el punto de vista funcional para la sociedad, tengan la oportunidad de llevar a cabo operaciones de captura de los entes reguladores: del Poder Legislativo, de la Administración Pública y aun de los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, encargados de regular y supervisar sus actuaciones<sup>124</sup>.

Este potencial riesgo político de los monopolios y oligopolios no puede, desde luego, ser despreciado, aunque ciertamente no aparece en todos los casos por igual, sino que depende particularmente de cuál sea el grado de centralidad del mercado de que se trate en la vida social. En todo caso, puede ocurrir en ocasiones que la estrategia de gobernanza de los mercados tenga que tener en cuenta dicho riesgo e incorporar acciones (la prohibición, por ejemplo, de ciertos acuerdos restrictivos de la competencia) aun cuando ello vaya en detrimento del excedente agregado. Pues, como ya indiqué antes, si bien es cierto que en una concepción purista de gobernanza de los mercados solamente los factores de naturaleza económica deberían ser tomados en consideración, lo cierto es que la realidad social de los monopolios resulta en ocasiones mucho más polifacética y demanda una respuesta política consiguiente<sup>125</sup>.

Así, parece plausible defender que el riesgo de captura de las agencias reguladoras resulta inaceptable, por ejemplo, en el caso del sector bancario, dada la centralidad de este sector en la actividad económica y, en general, en el funcionamiento de la sociedad. Y que, por ello, puede que acuerdos restrictivos de la competencia que, sin embargo, no reducen el bienestar social (por ejemplo, una fusión entre un gran banco internacional y una caja de ahorros regional, que mejora la eficiencia económica de los servicios financieros que proporcionan ambos a los clientes de un determinado ámbito geográfico)

<sup>122</sup> La razón tiene que ver con el hecho de que muchas veces los equilibrios de interacción posibles en un mercado no son únicos, de manera que, partiendo de una asignación inicial de recursos, no siempre es posible conocer cuál será el efecto distributivo final que las interacciones de mercado producirán: ARROW/ HAHN, 1971, pp. 95, 207 ss. Razón —entre otras— por la que, en general, suele ser más racional desde el punto de vista instrumental perseguir los objetivos legítimos de justicia distributiva a través de acciones de gobernanza distintas de la limitación de la libertad de acción de los agentes económicos.

<sup>123</sup> MOTTA, 2004, p. 27. Sobre el concepto de justicia política que subyace al análisis expuesto en este apartado, vid. PETTIT, 2015.

<sup>124</sup> LAFFONT/ TIROLE, 1991; LAFFONT/ TIROLE, 1993, pp. 475-514.

<sup>125</sup> Un movimiento antimonopolios por razones políticas (no meramente económicas) ha estado siempre mucho más presente en la tradición política norteamericana que en la europea: vid. un ejemplo reciente en LYNN, 2010.

puedan y deban ser prohibidos. Algo que, desde luego, no valdría si estuviésemos hablando de esos mismos acuerdos en el sector juguetero...

## 7.2. Excedente del consumidor

En principio, el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados no es proteger *específicamente* al consumidor: esto es, no se trata de proteger los intereses económicos (el excedente) del grupo de consumidores individuales  $C1, C2, \dots, Cn$ , que están presentes –en tanto que demandantes potenciales de  $p$ - en  $m$ <sup>126</sup>, sino la maximización del excedente agregado<sup>127</sup>. De manera que aquellos acuerdos restrictivos de la competencia que afectan al excedente de los consumidores (elevando, por ejemplo, los precios de  $p$  en  $m$ ), si producen efectos beneficiosos sobre el bienestar social (por ejemplo, porque, a causa de las economías de escala, la eficiencia global del proceso de producción de  $p$  mejora, de manera que el excedente agregado es mayor, aun cuando una parte mayor del mismo quede en manos de  $F$  y de  $DI$ ), no justificarían una intervención regulatoria.

Así, por ejemplo, si  $F$  y  $DI$  operan en el sector de los automóviles de alta gama y, con el fin de preservar el valor de marca de  $p$ , y para discriminar mejor en los precios (en atención a las características de los demandantes potenciales presentes en dicho mercado –un grupo de, digamos, profesionales acaudalados con deseo de hacer ostentación), llegan a un acuerdo de exclusividad y sobre el precio mínimo de venta final de  $p$ , ello puede llevar a un incremento de las ventas de  $p$  (con la consiguiente reducción del coste unitario de producción) y, en definitiva, a un incremento del excedente de los productores que compense con mucho la reducción consiguiente en el excedente de los consumidores. Y, sin embargo, no se comprende por qué los intereses de esos consumidores acaudalados tendrían que ser objeto de protección

específica en la gobernanza de los mercados, si todos sus derechos han estado garantizados<sup>128</sup>.

Es cierto, sin embargo, que cabría pensar en situaciones en las que razones de justicia distributiva podrían alterar este análisis. De manera que, como más arriba se señaló, puede ocurrir en ocasiones que el objetivo de maximizar el excedente agregado deba sacrificarse a estas consideraciones.

Así ocurriría, por ejemplo, si la reducción significativa en el excedente del consumidor, a causa de los acuerdos restrictivos de la competencia (de un acuerdo de exclusividad y precios mínimos, por ejemplo, entre  $F$  y  $DI$ ), tuviese lugar en un mercado de bienes de primera necesidad (alimentos, por ejemplo) y afectase de manera desproporcionada a los grupos sociales más pobres.

No obstante, al igual que se advirtió más arriba, advertir que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones no significa necesariamente considerar tal intervención racional en términos instrumentales. Análisis este, el de la viabilidad, eficacia y eficiencia de la intervención, que deberá ser realizado caso por caso, y que no siempre conducirá a la conclusión de que la misma esté justificada.

## 7.3. ¿“Competencia desleal”?

En mi opinión, hasta aquí llegan los objetivos que – como hemos visto, dependiendo del caso- puede resultar justificable perseguir a través de la intervención reguladora y del Derecho prohibitivo en el ámbito de la interacción competitiva entre empresas en los mercados; y, más específicamente, en el de los acuerdos

<sup>126</sup> La matización es importante: como más arriba se vio, nadie discute que la gobernanza de los mercados debe buscar la maximización del bienestar social, esto es, del excedente agregado, compuesto por el excedente de todos los consumidores ( $C1, C2, \dots, Cn$ ) presentes en  $m$ , más el excedente de todos los oferentes que intervienen en dicho mercado (por  $F$  y por  $DI, D2, \dots, Dn$ ). La cuestión que ahora se plantea es otra: ¿cabe perseguir, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del excedente de los consumidores, aun cuando ello vaya produzca una reducción del excedente agregado, del bienestar social global?

<sup>127</sup> MOTTA, 2004, pp. 19-22.

<sup>128</sup> Pues, por supuesto, si los derechos de los consumidores no hubiesen quedado garantizados, entonces nos encontraríamos en otro supuesto, que más arriba (supra 7.1) se examinó ya: el caso en el que un acuerdo restrictivo de la competencia produce un daño (en el sentido estricto, jurídico, de la expresión: defraudación de expectativas legítimas de terceros acerca del comportamiento de  $F$  y de  $DI$ ) a terceros, que deberá ser compensado. Así ocurriría, por ejemplo, si el acuerdo entre  $F$  y  $DI$  sobre precios mínimos de venta final de ese automóvil de alta gama violase contratos previos entre  $DI$  y el consumidor  $Cn$ . En tal supuesto, se justifica, desde luego, la intervención jurídica: cuando menos, a través de remedios de Derecho privado, si no –como ya vimos, en determinadas condiciones- del Derecho regulador y prohibitivo.

verticales que entre ellas se concluyen para restringir la competencia.

Quiere ello decir que cualquier otro objetivo distinto de los que aquí se han expuesto (señaladamente, la maximización del bienestar social, del excedente agregado, pero también, en algunas ocasiones, la protección de terceros frente a daños y/o determinados objetivos de justicia distributiva y/o de control del poder político de los monopolios) debería quedar fuera de consideración, por no ser capaces de justificar suficientemente una intervención del Derecho público en las interacciones de mercado entre las empresas.

La conclusión posee, me parece, especial relevancia a la hora de analizar el valor que en este ámbito puede o no tener un concepto tan empleado como vago: el de “*competencia desleal*”. En efecto, no es infrecuente encontrarse (en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina) afirmaciones que evocan la idea de “*leal competencia*” como fundamento último de la intervención coercitiva por parte del Estado para regular y prohibir acuerdos entre empresas que restringen la competencia. Ello, en ocasiones, no es sino una manera de intentar expresar (acaso no muy felizmente) que la justificación de la normativa jurídica en materia de competencia obedece a alguno o a varios de los intereses que se han ido examinando ya: así, serían conductas contrarias al deber de “*leal competencia*” aquellas que perjudican el bienestar social, aquellas que causan daño a terceros, etc. La cuestión, sin embargo, resulta mucho más preocupante cuando, como ocurre otras veces, se pretende otorgar a dicho concepto una sustancialidad propia y diferenciada de los objetos de protección que hasta aquí se han analizado: cuando se entiende que una empresa que, con su conducta restrictiva de la competencia, en nada afecta al excedente agregado, no causa daño a terceros (no, al menos, en sentido jurídico estricto), no perjudica a la justicia distributiva ni crea riesgo político alguno de captura de los reguladores, pese a ello, debe ser sancionada por haber realizado conductas económicamente racionales, pero contrarias a la “*lealtad*”, “*equidad*”, etc.

En realidad, la cuestión que se discute es si la interdicción del moralismo como justificación de la intervención coercitiva del Estado en la interacción social (a través del Derecho regulador y del Derecho prohibitivo y sancionador) ha de extenderse también a la gobernanza de los mercados. Pues, de acuerdo

con lo visto, allí donde no hay afectación al bienestar social ni daño a terceros (y en ausencia además de razones de justicia distributiva, de protección del sistema político o de los derechos —que no del excedente— de los consumidores), no se comprende qué otra razón podría haber para prohibir a una empresa que lleve a cabo una conducta económicamente racional, que aumenta incluso el bienestar social, por más que pueda perjudicar a sus consumidores (sin causar daño en sentido jurídico), que la prohibición de una conducta inmoral.

Así, en efecto, no se comprende por qué razón debería prohibirse a un fabricante  $F$  llegar con uno de sus distribuidores,  $D1$ , a un acuerdo de distribución exclusiva y precios máximos de venta del producto  $p$  en un determinado mercado  $m$ , aunque ello perjudique a otros distribuidores, y aun los expulse del mercado (porque  $p$  es mejor producto que los —imperfectamente sustitutivos de  $p$ — que ellos venden, y además a un precio más barato), si ello significa un aumento del excedente agregado (ningún consumidor final sufre reducción de su excedente, el coste unitario de producción de  $p$  disminuye significativamente y el excedente apropiado por  $F$  y por  $D1$  supera con mucho el excedente que  $D2, \dots, Dn$  pierden como consecuencia) y no existen razones de justicia distributiva ni de riesgo político que hagan peligroso dicho acuerdo. ¿Por qué, por ejemplo, habría que proteger a los distribuidores de coches de alta gama frente a sus competidores más eficientes?

Si esto es así, entonces el concepto de “*competencia desleal*” debería ser también definido (no de manera lexicográfica, sino) de forma estipulativa: como otro modo —vago— de expresar lo que la ciencia económica permite definir de un modo mucho más preciso: principalmente (en ausencia de circunstancias especiales: daño a terceros, problema distributivo, riesgo político), a través de los efectos que la limitación de la entrada de potenciales competidores en el mercado, o la colusión entre empresas que participan (verticalmente) en el mismo mercado, pueda llegar a producir sobre el bienestar social (entendido, en sentido económico estricto, como excedente agregado). Cualquier otra prohibición de conductas restrictivas de la competencia —señaladamente, de restricciones verticales, las aquí examinadas— carecería en todo caso de una justificación político-criminalmente convincente.

## Bibliografía

- ADLER, M. D. (2019): *Measuring Social Welfare. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- AGHION, P./ BOLTON, P. (1987): *Contracts as a Barrier to Entry*, *American Economic Review*, 77, 388-401.
- AHLERT, D. / SCHEFER, B. (2013): *Vertical Price Coordination and Brand Care*, Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, Springer.
- ARAUJO, M. (2017): *Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales*, en Beneyto, José María/ Maillo, Jerónimo (dtores.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 393-428.
- ARCHER, M. S. (1995): *Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach*, Cambridge, Cambridge University Press.
- AREEDA, P./ KAPLOW, L./ EDLIN, A. (2013): *Antitrust Analysis*, 7ª ed., New York, Wolter Kluwer.
- ARMENTANO, D. T. (2007): *Antritrust: The Case for Repeal*, 2ª ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute.
- ARROW, K. J./ HAHN, F. H. (1971): *General Competitive Analysis*, Amsterdam, North Holland.
- ARROW, K. J. (1963): *Social Choice and Individual Values*, 2ª ed., New York/ London/ Sydney, Wiley.
- ARROW, K. J. (1973): *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, *The Journal of Philosophy*, 70, 245-263.
- ASKER, J./ BAR-ISAAC, H. (2011): *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*, NYU Working Paper No. 2451/31609.
- ASPERS, P. (2011): *Markets*, Cambridge/ Malden, Polity.
- BAIRD, D. G./ GERTNER, R. H./ PICKER, R. C. (1994): *Game Theory and the Law*, Cambridge/ London, Harvard University Press.
- BENEYTO PÉREZ, J. M./ TRONCOSO FERRER, M. (2017): *Objetivo, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia*, en Beneyto, José María/ Maillo, Jerónimo (dtores.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 33-58.
- BENNETT, M./ FLETCHER, A./ GIOVANNETTI, E./ STALLIBRASS, D. (2011): *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, 33, 1277-1299.
- BERGSON, A. (1975): *A Note on Consumer's Surplus*, *Journal of Economic Literature*, 13, 38-44.
- BERNHEIM, B. D./ WHINSTON, M. D. (1998): *Exclusive Dealing*, *Journal of Political Economy*, 106, 64-103.
- BOADWAY, R. W./ BRUCE, N. (1984): *Welfare Economics*, Oxford, Basil Blackwell.
- BOESCHE, K. V. (2016): *Wettbewerbsrecht*, 5ª ed., Heidelberg, C. F. Müller.
- BOLTON, P./ DEWATRIPONT, M. (2005): *Contract Theory*, Cambridge/ London: MIT Press.
- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D. (1991): *The "Foreclosure" Effect of Vertical Mergers*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 147, 207-226.
- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D. (1993): *Incomplete Contracts, Vertical Integration, and Supply Assurance*. *Review of Economic Studies*, 60, 121-148.
- BOONE, J./ MÜLLER, W./ SUETENS, S. (2014): *Naked Exclusion in the Lab: The Case of Sequential Contracting*. *Journal of Industrial Economics*, 62, 137-166.
- BORK, R. (1954): *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*. *University Of Chicago Law Review*, 22, 157-201.
- BORK, R. (1966): *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II*. *Yale Law Journal*, 75, 373-475.
- BORK, R. H. (1993): *The Antitrust Paradox* (2ª ed.). New York: Free Press.
- BOUDREAUX, D. J. (2017): *Antitrust and competition from a market-process perspective*. En T. Zywicki/ P. J. Boettke (eds.), *Research Handbook on Austrian Law and Economics*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar, 278-295.
- BOWMAN JR., W. S. (1957): *Tying Arrangements and the Leverage Problem*. *Yale Law Journal*, 67, 19-36.
- BUCHANAN, J. M. (1969): *External Diseconomies, Corrective Taxes, and Market Structure*. *The American Economic Review*, 59, 174-177.
- BURT, R. S. (1995): *Structural Holes. The Social Structure of Competition*. Cambridge/ London: Harvard University Press.
- CALISKAN, A./ PORTER, D./ RASSENTI, S./ SMITH, V. L./ WILSON, B. J. (2007): *Exclusionary Bundling*

- and the Effects of a Competitive Fringe. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163, 109-132.
- CAMERER, C. (1995): *Individual Decision Making*. En J. H. Kagel/ A. E. Roth (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*. Princeton/ Oxford: Princeton University Press, 587-703.
- CARLTON, D. W./ WALDMAN, M. (2002): *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*. *RAND Journal of Economics*, 33, 194-220.
- COOPER, J. C./ FROEB, L. M./ O'BRIEN, D./ VITA, M. G. (2005): *Vertical antitrust policy as a problem of inference*. *International Journal of Industrial Organization*, 23, 639-664.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1997): *Neoliberalismo y Estado*. *Pensamiento Constitucional*, 4, 31-36.
- DEAN, M. (2010): *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, 2ª ed. London/ Thousand Oaks/ New Delhi/ Singapore: Sage.
- DELEON, P. (2006): *The Historical Roots of the Field*. En M. Moran/ M. Rein/ R. E. Goodin (eds.): *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press, 39-57.
- DIRECTOR, A./ LEVI, E. H. (1956): *Law and the Future: Trade Regulation*. *Northwestern University Law Review*, 51, 281-296.
- DIXIT, A. K. (2018): *Economic Governance*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 3289-3299.
- EASTERBROOK, F. H. (1984): *Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, 63, 1-40.
- EKELUND, R. B., Jr./ HÉBERT, R. F. (2014): *A History of Economic Theory/ Method*, 6ª ed. Longrove: Waveland.
- EMMERICH, V./ LANGE, K. W. (2018): *Kartellrecht*, 14ª ed. München: C. H. Beck.
- FAMA, E. F./ JENSEN, M. C. (1983): *Separation of Ownership and Control*. *Journal of Law and Economics*, 26, 301-325.
- FISCHER, J. M. (2014): *Understanding Remedies*, 3ª ed. Durham: Carolina Academic Press.
- FISKE, A. P. (1991): *Structures of Social Life*. New York/ London: Free Press.
- FOUCAULT, M. (1999): *La "gubernamentalidad"*. En M. Foucault, *Estética, ética y hermenéutica*, trad. A. Gabilondo. Barcelona: Paidós, 175-198.
- FUDENBERG, D./ TIROLE, J. (1991): *Game Theory*. Cambridge/ London: MIT Press.
- GALINDO MARTÍN, M. A.: *John Maynard Keynes*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 451-479.
- GALLINI, N. T./ WINTER, R. A. (1983): *On Vertical Control in Monopolistic Competition*. *International Journal of Industrial Organization*, 1, 275-286.
- GINTIS, H. (2009): *Game Theory Evolving*, 2ª ed. Princeton/ Oxford: Princeton University Press.
- GIOVANETTI, E./ MAGAZZINI, L. (2013): *Resale Price Maintenance: An Empirical Analysis of UK Firms' Compliance*. *Economic Journal*, 123, F582-F595.
- GREEN, J. R./ Laffont, J.-J. (1979): *Incentives in Public Decision-Making*. Amsterdam: North Holland.
- GUNDLACH, G. T./ CANNON, J. P./ MANNING, K. C. (2010): *Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice*. *The Antitrust Bulletin*, 55, 381-422.
- HAACK, S. (2019): *Theorie des öffentlichen Rechts*, vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HART, O./ TIROLE, J. (1990): *Vertical Integration and Market Foreclosure*. *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 205-286.
- HART, O. D. (1983): *The Market Mechanism as an Incentive Scheme*. *The Bell Journal of Economics*, 14, 366-382.
- HARVEY, D. (2003): *El nuevo imperialismo*, trad. J. M. Madariaga. Madrid: Akal.
- HARVEY, D. (2007): *Breve historia del neoliberalismo*, trad. A. Varela Mateos. Madrid: Akal.
- HAYEK, F. A. (1967): *The principles of a liberal social order*. En F. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (pp. 160-177). Chicago: University of Chicago Press.
- HAYEK, F. A. (2003): *La contrarrevolución de la ciencia*, trad. J. Gómez Ruiz. Madrid: Unión Editorial.
- HINLOOPEN, J./ MÜLLER, W./ NORMANN, H.-T. (2014): *Output commitment through product bundling: Experimental evidence*. *European Economic Review*, 65, 164-180.
- IPPOLITO, P. M. (1991): *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*. *Journal of Law/ Economics*, 34, 263-294.
- JEDLICKOVÁ, B. (2016): *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.

- JEHLE, G. A./ RENY, P. J. (2011): *Advanced Microeconomic Theory*, 3<sup>a</sup> ed. Harlow: Pearson.
- JULLIEN, B./ REY, P. (2007): *Resale Price Maintenance and Collusion*. RAND Journal of Economics 38, 983-1001.
- JUST, R. E./ HUETH, D. L./ SCHMITZ, A. (2004): *The Welfare Economics of Public Policy*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.
- KATZ, M./ ROSEN, H./ MORGAN, W. (2006): *Microeconomía intermedia*, 2<sup>a</sup> ed., trad. G. Trinidad Deocón., Madrid: McGraw Hill.
- KELLEY, H. H./ HOLMES, J. G./ KERR, N. L./ REIS, H. T./ RUSBULT, C. E./ VAN LANGE, P. A. M. (2003): *An Atlas of Interpersonal Situations*. New York: Cambridge University Press.
- KLEIN, B. (1988): *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, / Organization, 4, 199-213.
- KLING, M./ THOMAS, S. (2016): *Kartellrecht*, 2<sup>a</sup> ed. München: Vahlen.
- KONINGS, M. (2012): *Neoliberalism and the State*. Alternate Routes, 23, 85-98.
- KOOIMAN, J. (1993): *Social-Political Governance: Introduction*. En J. Kooiman (ed.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*. London: Sage, 1-8.
- KOOPER, D. J./ KAGEL, J. H. (2015): *Other Regarding Preferences*. En J. H. Kagel/ A. E. Roth (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, vol. 2. Princeton/ Oxford: Princeton University Press, 217-289.
- LAFFONT, J.-J./ MARTIMORT, D. (2002): *The Theory of Incentives*. Princeton/ Oxford: Princeton University Press.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J. (1991): *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*. Quarterly Journal of Economics, 106, 1089-1127.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J. (1993): *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge/ London: MIT Press.
- LAFONTAINE, F./ SLADE, M. (2008): *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy*. En P. Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics* (pp. 391-414). Cambridge: MIT Press.
- LANDEO, C. M./ SPIER, K. E. (2009): *Naked Exclusion: An Experimental Study of Contracts with Externalities*. American Economic Review, 99, 1850-1877.
- LANDEO, C. M. (2018): *Exclusionary vertical restraints and antitrust: experimental law and economics contributions*. En J. C. Teitelbaum, / K. Zeiler (eds.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar, 75-100.
- LARENZ, K./ WOLF, M. (2004): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9<sup>a</sup> ed. München: C. H. Beck.
- LEDYARD, J. O. (2018): *Market failure*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3<sup>a</sup> ed.. London: Palgrave Macmillan, 8246-8251.
- LIPSEY, R. G./ LANCASTER, K. (1956): *The General Theory of Second Best*. Review of Economic Studies, 24, 11-32.
- LUHMANN, N. (1988): *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N. (1998): *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe/ B. Erker. Barcelona: Anthropos/ Universidad Iberoamericana/ CEJA.
- LYNN, B. C. (2010): *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*. Hoboken: Wiley.
- MACCORMICK, D. N. (1977): *The Obligation of Reparation*. Proceedings of the Aristotelian Society, 78, 175-193.
- MAKIW, N. G./ WHINSTON, M. D. (1986): *Free entry and social inefficiency*. Rand Journal of Economics, 17, 48-58.
- MANN, Michael (1991): *Las fuentes del poder social*, vol. 1, trad. F. Santos Fontenla. Madrid: Alianza Editorial.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2016): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARVEL, H. P. (1994): *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*. Antitrust Law Journal, 63, 59-92.
- MAS-COLELL, A./ WHINSTON, M. D./ GREEN, J. R. (1995): *Microeconomic Theory*. Oxford/ New York: Oxford University Press.
- MATHEWSON, G. F./ WINTER, R. A. (1984): *An Economic Theory of Vertical Restraints*. RAND Journal of Economics 15, 27-38.

- MAZALOV, V. (2014): *Mathematical Game Theory and Applications*. Chichester: Wiley.
- McAFFEE, R. P./ SCHWARTZ, M. (1994): *Opportunism in Multilateral Vertical Contracting: Non Discrimination, Exclusivity and Uniformity*. American Economic Review, 84, 210-230.
- McGEE, J. S./ BASSETT, L. R. (1976): *Vertical Integration Revisited*. Journal of Law/ Economics, 19, 17-38.
- McKENZIE, G. W. (1983): *Measuring economic welfare. New Methods.*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MEESE, A. J. (1997): *Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation*. UCLA Law Review, 45, 143-204.
- MEESE, A. J. (2004): *Property Rights and Intra-brand Restraints*. Cornell Law Review, 89, 553-620.
- MÉNDEZ IBISATE, F. (2003): *La escuela de Cambridge: A. Marshall y sus discípulos*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 367-408.
- MESTERTON-GIBBONS, M. (2001): *An Introduction to Game-Theoretic Modelling*, 2ª ed. Providence: American Mathematical Society.
- MILLER, P./ ROSE, N. (2008): *Governing the Present*. Cambridge: Polity.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- MUÑOZ-GARCÍA, F. (2017): *Advanced Microeconomic Theory*. Cambridge: MIT Press.
- MUTHOO, A. (1999): *Bargaining Theory with Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MYERSON, R. B. (1982): *Optimal coordination mechanisms in generalized principal-agent problems*. Journal of Mathematical Economics, 10, 67-81.
- MYERSON, R. B. (2018): *Mechanism Design*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 8632-8644.
- NALEBUFF, B. (2004): *Bundling as an Entry Barrier*. Quarterly Journal of Economics, 119, 159-187.
- NIELS, G./ JENKINS, H./ KAVANAGH, J. (2016): *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- NOCKE, V./ WHITE, L. (2007): *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*. American Economic Review, 97, 1321-1339.
- NORMANN, H.-T./ SNYDER, C. M. (2001): *Vertical Foreclosure in Experimental Markets*. RAND Journal of Economics, 32, 466-496.
- NORMANN, H.-T. (2011): *Vertical Mergers, Foreclosure and Raising Rivals' Costs: Experimental Evidence*. Journal of Industrial Economics, 59, 506-527.
- O'BRIEN, D. P./ SCHAFFER, G. (1992): *Vertical Control with Bilateral Contracts*. RAND Journal of Economics, 23, 299-308.
- OGATA, K.: *Modern Control Theory*, 5ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall.
- OGUS, A. (2004): *Regulation. Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart.
- ORDOVER, J. A./ SALONER, G./ SALOP, S. C. (1990): *Equilibrium Vertical Foreclosure*. American Economic Review, 80, 127-142.
- PAPAYANNIS, D. M. (2014): *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2005): *Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?*. En M. Bajo Fernández/ A. Jorge Barreiro/ C. Suárez González, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 1647-1672.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2013): *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2014): *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*. Nuevo Foro Penal, 82, 33-80.
- PAREJO ALFONSO, L. (dtor.) (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARSONS, Talcott (1999): *El sistema social*, trad. J. Jiménez Blanco/ J. Cazorla Pérez. Madrid: Alianza Editorial.
- PERLOFF, J. M. (2018): *Microeconomics*, 4ª ed. Harlow: Pearson.
- PETTIT, P. (2015): *Justice: Social and Political*. En D. Sobel/ P. Vallentyne/ S. Wall (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy*, vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 9-35.
- PLANT, R. (2010): *The Neo-Liberal State*. Oxford: Oxford University Press.

- POSNER, R. A./ EASTERBROOK, F. H. (1981): *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2ª ed. St. Paul: West Publishing.
- POSNER, R. A. (1976): *Antitrust Law. An Economic Perspective*. Chicago/ London: University of Chicago Press.
- POSNER, R. A. (1979): *The Chicago School of Antitrust Analysis*. University of Pennsylvania Law Review, 127, 925-948.
- POSNER, R. A. (2001): *Antitrust Law*, 2ª ed. Chicago/ London: University of Chicago Press.
- POSNER, R. A. (2007): *El análisis económico del Derecho*, trad. E. L. Suárez, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAMOS GOROSTIZA, J. L. (2003): *Historicismo, institucionalismo y neoinstitucionalismo*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 423-449.
- RASMUSEN, E. B./ RAMSEYER, J. M./ WILEY, JR., J. S. (1991): *Naked Exclusion*. American Economic Review, 81, 1137-1145.
- REGLERO CAMPOS, L. F./ PEÑA LÓPEZ, F. (2014): *Conceptos generales y elementos de delimitación*. En L. F. Reglero Campos/ J. M. Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 66-263.
- REIFF, M. R. (2005): *Punishment, Compensation, and Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- REY, P./ STIGLITZ, J. (1988): *Vertical Restraints and Producers' Competition*. European Economic Review, 32, 561-568.
- REY, P./ STIGLITZ, J. (1995): *The role of exclusive territories in producers' competition*. RAND Journal of Economics, 26, 431-451.
- REY, P./ TIROLE, J. (1986a): *Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint*. En L. Pellegrini/ S. K. Reddy (eds.), *Marketing Channels*. Lexington: Lexington Books, 3-30.
- REY, P./ TIROLE, J. (1986b): *The Logic of Vertical Restraints*. American Economic Review, 76, 921-939.
- REY, P./ TIROLE, J. (2007): *A Primer on Foreclosure*. En M. Armstrong/ R. Porter (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III. Amsterdam: North Holland, 2145-2220.
- REY, P./ VERGÉ, T. (2008): *Economics of Vertical Restraints*. En P. Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 353-390.
- REY, P./ VERGÉ, T. (2010): *Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships*. Journal of Industrial Economics, 58, 928-961.
- RIORDAN, M. H./ SALOP, S. C. (1995): *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. Antitrust Law, 63, 513-568.
- RIPSTEIN, A. (2016): *Private Wrongs*. Cambridge/ London: Harvard University Press.
- ROTH, A. E. (2002): *The Economist as Engineer: Game Theory, Experimentation, and Computation as Tools for Design Economics*. Econometrica, 70, 1341-1378.
- SAIKH, A. M./ TONAK, E. A. (1996): *Measuring the wealth of nations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C. (1983): *Raising Rivals' Costs*. American Economic Review, 73, 267-271.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C. (1987): *Cost-Raising Strategies*. Journal of Industrial Economics, 36, 19-34.
- SAN EMETERIO MARTÍN, N. (2003): *La Escuela Clásica (I): Adam Smith*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 105-134.
- SCHERER, F. M. (1980): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2ª ed. Chicago: Rand McNally College Publishing.
- SCOTT, C. (2010): *Standard-Setting in Regulatory Regimes*. En R. Baldwin/ M. Cave/ M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 104-119.
- SEGAL, I. (1999): *Contracting with Externalities*. Quarterly Journal of Economics, 114, 337-388.
- SEGAL, I. R./ WHINSTON, M. D. (2000): *Exclusive contracts and protection of investments*. RAND Journal of Economics, 31, 603-633.
- SEGAL, I. R./ WHINSTON, M. D. (2000): *Naked Exclusion: Comment*. American Economic Review, 90, 296-309.
- SHAVELL, S. (2004): *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, trad. Y. G. Franco. Madrid: Ramón Areces.
- SMITH, A. M. (2011): *An experimental study of exclusive contracts*. International Journal of Industrial Organization, 29, 4-13.
- STEINER, R. (2004): *Exclusive Dealing and Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive*

- Combination*. Southwestern University Law Review, 33, 447-476.
- STEINER, R. L. (2008): *Vertical competition, horizontal competition, and market power*. Antitrust Bulletin, 53, 251-270.
- STIGLER, G. J. (2018): *Competition*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 1930-1938.
- STIGLITZ, J./ SEN, A./ FITOUSSI, J.-P. (2010): *Mis-Measuring Our Lives*. New York/ London: Free Press.
- STOBER, R. (2015): *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 18ª ed. Stuttgart: Kohlhammer.
- SUNDARAM, R. K. (1996): *A First Course in Optimization Theory*. New York: Cambridge University Press.
- TESLER, L. G. (1960): *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*. Journal of Law/ Economics, 3, 86-105.
- TIOLE, J. (1988): *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: MIT Press.
- TOLBERT, P. S./ HALL, R. H. (2009): *Organizations. Structures, Processes and Outcomes*, 10ª ed. London/ New York: Routledge.
- VULKAN, N./ ROTH, A. E./ NEEMAN, Z. (eds.) (2013): *The Handbook of Market Design*. Oxford: Oxford University Press.
- WEINRIB, E. J. (2017): *La idea de Derecho privado*, trad. E. Paez. Madrid: Marcial Pons.
- WHINSTON, M. D. (1990): *Tying, Foreclosure, and Exclusion*. American Economic Review, 80, 837-859.
- WHINSTON, M. D. (2006): *Lectures on Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press.
- WILLIAMSON, O. (2005): *The Economics of Governance*. American Economic Review, 95, 1-18.
- WINDHOLZ, E. L. (2018): *Governing through Regulation*. London/ New York: Routledge.
- WINTER, R./ MATHEWSON, F. (1998): *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*. Review of Industrial Organization, 13, 57-84.
- WINTER, S. G. (1971): *Satisficing, Selection, and The Innovating Remnant*. The Quarterly Journal of Economics, 85, 237-261.
- YEUNG, K. (2010): *The Regulatory State*. En R. Baldwin/ M. Cave/ M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 64-83.
- ZABCZYK, J. (1995): *Mathematical Control Theory. An Introduction*. Boston: Birkhäuser.
- ZIPURSKY, B. C. (2003): *Civil Recourse, Not Corrective Justice*. Georgetown Law Journal, 91, 695-756.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor  
Universidad Internacional de la Rioja UNIR  
Grupo de investigación Penalcrim  
pere.simon@unir.net

**RESUMEN:** *Allí donde domina la ambivalencia es difícil realizar balances positivos. Quizás el paradigma o máximo exponente de lo anterior, en el ámbito del proceso penal en España, es la prisión provisional. El presente trabajo, más allá de analizar el régimen jurídico-constitucional y la jurisprudencia de desarrollo de la citada institución cautelar, pretende plantear los principales retos que derivan de su aplicación práctica por parte de los juzgados y tribunales, sin obviar la significativa participación del Ministerio Público, que actúa como principal peticionario de la medida.*

**PALABRAS CLAVE:** *Presos sin condena; medidas cautelares; proceso penal; libertad; presunción de inocencia.*

**ABSTRACT:** *Where ambivalence prevails, it is difficult to make positive balances. Perhaps the paradigm or maximum exponent of the above, in the field of Spanish criminal proceedings, is the so-called pre-trial detention. The present work, beyond analyzing both the legal and the constitutional regime and the development of the jurisprudence of the aforementioned precautionary institution, aims to raise the main challenges that stems from its practical application by the courts, without ignoring the significant participation of the public prosecutor, which rules as the main solicitor of the measure.*

**KEY WORDS:** *Pre-trial detention; precautionary measures; criminal proceedings; right to freedom; presumption of innocence.*

**SUMARIO:** *1. Antecedentes 2. Ilustración. Sus manifestaciones 3. Ilustración jurídica 4. Las revoluciones del siglo XVIII: una manifestación de la Ilustración 5. Contexto de la revolución de julio de 1789 6. Declaración francesa de 1789 7. El impacto de la Declaración en el derecho penal: Código de 1791 8. Apuntes finales.*

Rec: 25 ago 2020 | Fav: 15 sep 2020

### 1. A modo de introducción: una institución que plantea múltiples problemas de aplicación práctica

La prisión provisional constituye uno de los institutos procesales más polémicos por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales, algunos de ellos muy significativos para posiciones tuitivas, como es el caso de la libertad del individuo, que actúa como precondition de derechos. Su regulación legal, acompañada de una notable jurisprudencia de desarrollo, sigue produciendo en la práctica fuertes disonancias, inexplicables a ojos de los operadores jurídicos, que la vinculan a una suerte de automatismo que aboca *de facto* a los investigados a posiciones de indefensión relativa. Como veremos más adelante en este trabajo, los presos sin condena, es decir, los presos en situación provisional y, en teoría, excepcional, representan 16% de la población reclusa en diciembre de 2019 en los centros penitenciarios de España, fruto de un dispositivo procesal de carácter multifuncional, cuyo periplo en nuestro ordenamiento no puede sino ser valorado de forma ambivalente.

Tal extremo no puede argüirse como una deficiente aplicación por parte de los operadores jurídicos, en general, y de jueces y magistrados, en particular. No sería sensato ni exacto con la realidad, hipótesis de la que parte el presente trabajo. Que la decisión sobre su aplicación corresponda al juez instructor es sin lugar a duda una disfunción de nuestro modelo que deberá, probablemente, virar en el marco de la segunda revolución de la justicia penal, siendo la primera la operada por el gobierno nacido de la Revolución Gloriosa de 1868, al atribuir la persecución de los delitos al Ministerio Público y garantizando paralelamente que quien adopta la medida cautelar no puede ser, bajo ningún concepto, el mismo actor o juez directamente implicado en la instrucción. Una reforma pendiente, desde la reforma constitucional de 1978, para recordar que la mujer del César no solo debe serlo, sino también parecerlo.

Tampoco al legislador, y a su ya tradicional (in)acción perezosa, cabe atribuirle toda la responsabilidad. Mucho daño hizo, en nuestro modelo, el caso de libertad bajo fianza por razones de salud psíquica y posterior huida del narcotraficante colombiano Carlos Ruiz Santamaría, más conocido como “El Negro”, en 2001. La enorme persecución mediática, pero también

judicial y disciplinaria, de la que fueron objeto los magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, supuso un auténtico aviso para navegantes. Es cierto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo acabó revocando la sanción impuesta a los magistrados, pero la idea ya había cobrado demasiada fuerza y permanece vigente en el imaginario colectivo judicial. En adelante, pocos han sido los magistrados que se han apartado de la posición del fiscal, como principal peticionario de la medida. Por qué asumir riesgos en tal situación, incluso cuando resulta hartamente difícil conjurar el riesgo que la medida pretende mitigar. Entre todos, hemos construido al monstruo.

El presente trabajo pretende acercar al lector al estudio de la prisión provisional en España desde un enfoque que aúna teoría y práctica, con el fin de presentar las principales aristas de nuestro modelo y, en definitiva, incorpora una visión muy completa de la siempre compleja y controvertida institución cautelar.

### 2. Un debate renovado en España a las puertas de la reforma de La Lecrim

La prisión provisional<sup>1</sup>, como institución cautelar, proyecta sus efectos sobre los bienes jurídico-constitucionales en el seno del proceso penal. La libertad y la presunción de inocencia, de un lado, y el interés general en la persecución de los delitos, el debido curso del proceso y la eficacia del *ius puniendi* estatal, del otro, colisionan de forma inevitable (De Urbano Castrillo: 2004). El conflicto de intereses, pretensiones y derechos de las acusaciones y de las defensas, así como el interés general, es tan patente como irremediable, y solo mediante unas reglas claras se podrá evitar el sacrificio desproporcionado de unos y lograr la tan anhelada justicia.

<sup>1</sup> A lo largo del trabajo utilizaremos indistintamente las voces «prisión provisional» y «prisión preventiva», puesto que se refieren a una misma institución jurídica, aunque no es menos cierto que la primera es más frecuente entre constitucionalistas y la segunda entre penalistas. En cualquier caso, el Código penal también las emplea indistintamente —artículos 34 y 58—; la Ley de Enjuiciamiento Criminal —artículos 502 y siguientes— opta por la terminología de prisión provisional, mientras que la Ley Orgánica General Penitenciaria asume la de prisión preventiva. En el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, que nunca verá la luz, en cambio, el ejecutivo se mostraba favorable a una idea bien distinta al señalar que «el Código regula en primer lugar la prisión preventiva, optando por esta denominación frente a la de «prisión provisional» tanto por ser más expresivo aquel adjetivo que resalta su naturaleza, cuanto por ser la «provisionalidad» una nota extensiva a todas las medidas cautelares».

Lamentablemente, en nuestro país, esas reglas estables y coherentes no se establecieron en las leyes procedimentales hasta las reformas<sup>2</sup> operadas en 2003, con las que sin lugar a dudas se delimitaron conceptos jurídicos indeterminados y se expulsó de nuestro ordenamiento jurídico, al menos formalmente, el «viejo y represivo estándar de la alarma social» (ASENCIO MELLADO: 2008, 13), un anacronismo muy próximo a las previsiones de la Ley de Orden Público que tantas consecuencias negativas trajo para la justicia penal democrática.

Sea como fuere, no es de extrañar que tal medida de seguridad constituya con total probabilidad la institución más polémica y controvertida de nuestra justicia penal, por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales (BARONA VILAR: 1988 Y HASSEMER: 2003).

Le corresponde al juez o magistrado<sup>3</sup> ponderar, justificar y motivar —en función de las circunstancias concretas del caso— la decisión con base en alguno de los fines que la Ley establece. Caso a caso se deberá verificar cuidadosamente tanto la concurrencia del presupuesto factual y normativo de tipicidad, como la necesidad de imponer la privación preventiva de libertad al investigado, considerando primero la existencia del peligro a enervar con la imposición de tal medida, y después su proporción atendiendo a la gravedad de la pena imponible y a las medidas alternativas a la prisión que pudieran permitir lograr esa finalidad sin la imposición de esa pena anticipada (Guerra Pérez: 2010, 90-92).

Cabe recordar en este momento que nuestro principal objetivo no es otro que revelar la situación actual y arrojar luz acerca de la mencionada institución cautelar en España, y hacerlo a través de la experiencia que el autor ostenta como operador jurídico —abogado en ejercicio— que, además, en otro foro y en un formato bien distinto ha tenido el placer de coordinar una obra colectiva que reúne un exhaustivo y completo estudio de casos (Abadías Selma y Simón Castellano, 2020). Con todo, los resultados de esa magna obra que tuve el placer de dirigir y que, además, incorpora

los beneficios del estudio en base al llamado *Case Law*, influenciarán las siguientes páginas del presente trabajo, que dedicaré a presentar el marco normativo y jurisprudencial de la prisión provisional en España, así como las cifras y estadísticas principales que nos permitirán contrastar y, en su caso, refutar, ciertas hipótesis, formadas, acerca de su discutible aplicación práctica.

Y todo ello en un escenario idóneo, en el que cualquier idea o propuesta constructiva podría, en el mejor de los casos, iluminar al legislador que deberá afrontar y dar respuesta, más temprano que tarde, a la obvia obsolescencia<sup>4</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. De hecho, el Ministerio de Justicia anunció hace unos meses la creación de la comisión de expertos que se encargará de la elaboración del anteproyecto de una nueva LECrim<sup>5</sup>, que debería ver la luz<sup>6</sup> como muy tarde a finales de 2020.

La regulación de la prisión provisional merece una especial atención en el marco de la reforma, y probablemente el anteproyecto deberá incluir notables novedades al respecto, con el fin de reforzar su teórica prístina excepcionalidad frente a la regla general que sigue siendo la libertad del investigado y el más escrupuloso de los respetos a la presunción de inocencia, tal y como exige la dimensión constitucional de tan singular medida cautelar.

<sup>4</sup> A vueltas resulta interesante recurrir a la opinión del ejecutivo en 2013 con la exposición de motivos del fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 en el que se argumentaba que el «clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma. Sólo por la necesidad de la superación de las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado, la redacción de un Código de Proceso Penal es hoy ineludible. Pero no es la calidad técnica el objetivo de la norma procesal, sino presupuesto para su eficacia al servicio de los fines que le son propios: la aplicación de la ley penal y la salvaguarda de los derechos de los justiciables. Para la consecución de dichos objetivos, en muchas ocasiones en conflicto, el nuevo Código de Proceso Penal configura un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que se atreve a romper con la pernicioso tradición inquisitorial y atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, sin duda una de las novedades más sobresalientes (...)».

<sup>5</sup> Véase la noticia titulada «Justicia inicia el proceso para la reforma de la LECrim con la creación de la comisión que elaborará el anteproyecto» publicada por Europa Press y en el Diario La Ley. Disponible en: <https://cutt.ly/GyEoxY4> (fecha de última consulta: 16 de mayo de 2020).

<sup>6</sup> *Ibidem*. Nos referimos a la publicación del Anteproyecto. Lo cierto es que resulta complejo establecer cuanto tiempo hace que venimos oyendo hablar de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en nuestro país, sin que este acabe de concretarse.

<sup>2</sup> Nos referimos a la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre y a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>3</sup> Al menos por el momento, aunque ya en el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, citado anteriormente, se cedía la instrucción al Ministerio Público y la adopción de estas medidas se atribuía directamente al Ministerio Fiscal y al Tribunal de Garantías, sobre lo que volveremos *infra*.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

Veamos, entonces, el marco normativo y jurisprudencial y la evolución de este hasta llegar a hoy, incluyendo las propuestas de cambio y el fallido Anteproyecto de 2013, que nunca llegó a concretarse.

### 3. Marco normativo y jurisprudencia de desarrollo

La prisión preventiva tiene una regulación legal concreta y detallada, y mucha jurisprudencia de desarrollo, por lo que es difícil concebirla como un vacío o limbo legal<sup>7</sup>. La hipótesis de partida es que los problemas que se proyectan sobre esta institución tienen su punto de partida en las incoherencias intrínsecas de la regulación legal existente<sup>8</sup> y en un ejercicio por parte de los tribunales, en la práctica, muy alejado de las previsiones legales y proclamas jurisprudenciales.

#### 1. Principios, caracteres y dimensión constitucional

La doctrina jurisprudencial y especialmente el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la dimensión constitucional de la prisión provisional<sup>9</sup>, así como sobre los principios y caracteres que la justifican y

delimitan<sup>10</sup>. La prisión provisional está sujeta a los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, modificabilidad y limitación temporal, y se encuentra vinculada inextricablemente al presupuesto habilitante de la medida, que no es otro que la concurrencia de indicios de criminalidad y, también, a la ineludible necesidad de satisfacer mediante esta institución cautelar alguna de las finalidades que el TC ha considerado legítimas, esto es, la evitación de los riesgos de huida o sustracción a la acción de la administración de justicia, de obstrucción del proceso penal o de reiteración delictiva<sup>11</sup>.

Al tratarse de una medida limitativa de derechos fundamentales, su aplicación se limita a los casos previstos *ex lege*, y exige justificación y motivación suficiente por parte de los tribunales. Fruto de su carácter cautelar o temporal surgen las notas de instrumentalidad y provisionalidad; a causa de la gravedad de sus efectos, aparecen dos caracteres que están interrelacionados, la excepcionalidad y la subsidiariedad.

#### A) Legalidad y proporcionalidad

El principio de legalidad opera como elemento habilitante de la privación de libertad y como fuente de limitación del plazo de duración de la medida (Gimeno Sendra y Díaz Martínez, 2004: 49-50), y el principio de proporcionalidad, por su parte, es el pilar principal en que se apoya la regulación de la prisión provisional, puesto que permite determinar el grado de admisibilidad constitucional de todas las decisiones, actos y normas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso (Gimeno Sendra, 2001: 3).

La estructura del juicio de proporcionalidad pasa en primer lugar por la idoneidad de la medida limitativa en aras de conseguir el resultado legítimo que se persigue, y una vez valorada su concurrencia es cuando se aplica el juicio de necesidad con el fin de evaluar la indispensabilidad de esta, en la medida que no existan medios menos gravosos que permitan conseguir un resultado idéntico o parecido, así como se estudia la proporcionalidad en sentido estricto<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Precisamente por esta misma razón nuestro objetivo en este epígrafe no es estudiar o analizar de forma exhaustiva su regulación, puesto que el objeto de este excedería a todas luces los límites de este trabajo, sino meramente plantear las cuestiones más importantes que permitirán orientar al lector e introducirlo en el estudio de casos que sigue al capítulo. No se estudiarán extremos como la prisión preventiva atenuada, la incomunicada o determinados aspectos o cuestiones meramente procedimentales.

<sup>8</sup> Especialmente por lo que se refiere a cómo se cuantifica la excepcionalidad y qué criterio o indicador permite atribuir la gravedad al hecho investigado. La doctrina ha expresado sus dudas y críticas a la situación resultante tras las reformas operadas en 2003. Por ejemplo, GUERRA PÉREZ (2010: 110) considera que la «regulación es anticuada y escasa, y opera, de facto, completada por los criterios impuestos desde el Tribunal Constitucional». También BARRERA HERNÁNDEZ (2005) encuentra muchas más sombras que luces a la regulación de la institución cautelar y realiza duras críticas en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, la determinación de la gravedad de la pena, los motivos bastantes, la falta de medidas alternativas, el arraigo como concepto jurídico indeterminado, las finalidades en el caso de prisión provisional incomunicada, la participación del fiscal en la adopción de la medida, entre otras cuestiones.

<sup>9</sup> Véanse las SSTC 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio; 81/2004, de 5 de mayo; por todas, como compendio, la 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3.

<sup>10</sup> La doctrina general del TC sobre la dimensión constitucional de la prisión provisional aparece compendiada en el fundamento jurídico 3 de la STC 30/2019, de 28 de febrero, y reiterada, más recientemente, en la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 11.

<sup>11</sup> En esta misma línea la STC 5/2020, de 15 de enero, FJ 10.

<sup>12</sup> Se trata de una estructura que sigue tanto el TC como el TEDH desde hace décadas. Véase por todas la STC 69/1999, de 26 de abril.

También el legislador, en el marco de la reforma de 2003, hizo hincapié en la necesaria proporcionalidad de la medida de prisión provisional que exige la «adecuación de la prisión provisional a determinados fines constitucionalmente legítimos»<sup>13</sup> siempre y cuando el sacrificio que impone al investigado sea, en sentido estricto, razonable (Martínez Galindo, 2005, p. 15).

## B) Temporalidad y provisionalidad

La prisión provisional tiene un plazo máximo limitado de duración, que el artículo 504 de la LECrim vincula exclusivamente al tiempo que persistan las circunstancias que motivaron en su día su adopción, por lo que se trata de una medida flexible y variable, que podrá ser sustituida por otras medidas menos gravosas a lo largo del curso del proceso, cuando las razones que la justificaron se modifiquen o cambien (Gutiérrez de Cabiedes, 2004: 77 y ss.).

Además, la LECrim incorpora un límite máximo de un año si el delito tiene señalada una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena fuera superior a tres años. Esos límites pueden exceptuarse con una prórroga de hasta dos años cuando concurren circunstancias que compliquen la tramitación de la causa o hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos.

Es este el marco jurídico que ha permitido, por ejemplo, que en casos de archiconocidos imputados como Francisco Correa, Pablo Crespo, Francisco Granados y Julián Muñoz, los imputados pasaran en prisión preventiva 1 217, 1 083, 954 y 819 días, respectivamente.

## C) Excepcionalidad

En la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003, del 24 de octubre, se indica que:

«la excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Reproducimos literalmente los términos que se emplean en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim, citada anteriormente.

<sup>14</sup> Ibidem.

El carácter excepcional de la prisión preventiva está vinculado a los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*, tal y como ha subrayado en muchas ocasiones el máximo intérprete de la *norma normarum*, lo que implica que la interpretación y aplicación de la medida limitativa de la libertad personal obtiene un marcado carácter restrictivo, lo cual debe de conducir al juez o magistrado a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad<sup>15</sup>.

## D) Subsidiariedad

Este carácter viene reflejado en el artículo 502.2 de la LECrim cuando se dice que la prisión provisional solo se adoptará cuando «no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines». De ese modo, su aplicación será siempre subsidiaria, lo que deriva del carácter extraordinario de la prisión preventiva.

Al mismo corolario llega, y prácticamente en idénticos términos, el apartado 6 de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución núm. 45-110, del 14 de diciembre de 1990 —las llamadas Reglas de Tokio—. Dicho principio obliga al intérprete que pondera el caso concreto a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, que deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede o no lograrse a través de una medida alternativa.

## 2. Presupuestos

El artículo 503 de la LECrim refleja los criterios y la doctrina del máximo intérprete constitucional que reduce a tres los presupuestos y requisitos para la adopción de la medida de prisión provisional. Deben concurrir, de un lado, hechos que presenten caracteres de delito; del otro, motivos bastantes —indicios racionales de criminalidad— para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se

<sup>15</sup> Vid. por todas las SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4. También la doctrina ha contribuido a realzar o destacar el necesario carácter excepcional de la medida cautelar. Véase, por todos, ASEN-CIO MELLADO, 2005.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

haya de dictar el auto de prisión y, finalmente, con la medida se debe alcanzar un fin constitucionalmente legítimo<sup>16</sup>. Los citados presupuestos deben operar conjuntamente, de modo que el mero cumplimiento de uno no puede amparar la adopción automática de la medida.

A) Concurrencia de hechos que presenten caracteres de delito grave

La imposición de la prisión provisional a modo de sanción anticipada constituye una finalidad expresamente proscrita por la doctrina constitucional<sup>17</sup>. La adopción de tan singular medida exige la existencia en la causa de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito. Se trata de un presupuesto objetivo que exige la atención del órgano judicial a exclusivos efectos de motivar si de las diligencias practicadas se deduce la existencia de hechos delictivos, en conexión con los indicios de participación delictiva del sujeto e indicios de criminalidad, que se analizarán más adelante.

Además, los citados hechos deben estar relacionados con la comisión de un injusto cuya pena máxima prevista en el Código Penal sea superior a dos años o, cuando el investigado o encausado tenga antecedentes penales. Estamos ante otro de los efectos del principio de excepcionalidad, que se proyecta hasta el punto de exigir que la medida de seguridad preventiva se plantee solo ante un caso “grave”.

Con la reforma de 2003 se redujo el listón basado en la pena máxima del tipo penal por el que se investiga al encausado. Si no se supera la citada barrera entonces no concurren hechos que presenten caracteres de delito grave y no es posible adoptar la prisión preventiva. Ese listón es significativamente “bajo”, a nuestro modo de ver, y abre un amplio abanico de posibilidades para que el juzgador pueda adoptar la medida en términos cuantitativos —pena máxima y existencia de antecedentes no susceptibles de cancelación—

y no cualitativos —atendiendo al grado de ejecución, a la modalidad de participación del investigado o a la naturaleza del delito en cuestión, que muchas veces se proyecta en una hipotética reiteración delictiva e incluso en el riesgo efectivo de fuga—.

Con todo, la reforma de 2003, bajo el pretexto de luchar y utilizar la prisión preventiva como una herramienta contra la inseguridad ciudadana, estableció esa barrera tan fácil de superar o exceptuar, contribuyendo al llamado Derecho Penal de la seguridad (LANDROVE DÍAZ, 2004:1).

B) La apariencia de buen derecho

La *conditio sine qua non* de toda medida cautelar es la existencia de una probabilidad suficientemente fundada de que se dicte en su día una sentencia condenatoria, es decir, el *fumus boni iuris* equivale a los tradicionales indicios racionales de criminalidad y de participación del sujeto en los hechos, entendidos como la sospecha fundada basada en datos y evidencias ya acreditadas que, aun cuando no supongan prueba de cargo plena, no constituyen meras entelequias o hipótesis carentes de un fundamento objetivo y externo a la mente de quien acusa. Se trata de aquellos “elementos suficientes para atribuir, razonable y fundadamente, a una persona la comisión del delito por el que se procede” (Gimeno Sendra, 1996: 1647). La apariencia de buen derecho de las medidas de aseguramiento de los pronunciamientos penales se derivará de la consistencia de los indicios contra el encausado y, en su caso, del fundamento jurídico del nexo entre la imputación y la consecuencia cuyo aseguramiento se solicita.

C) Fines constitucionalmente legítimos

El artículo 503 de la LECrim prevé cuatro fines legítimos, si bien el peligro de fuga es el que tradicionalmente ha sido señalado, tanto por la jurisprudencia del TEDH como del TC, como el criterio fundamental para justificar la adopción de tal medida<sup>18</sup>. Lo que se pretende es garantizar la presencia del imputado a la

<sup>16</sup> La doctrina del TC es profusa al respecto. Véanse las SSTC 44/1997, de 10 de marzo; 8/2002, de 14 de enero; 138/2002, de 3 de junio; 142/2002, de 17 de junio; las ya citadas 30/2019, de 28 de febrero y 155/2019, de 28 de noviembre.

<sup>17</sup> Véase la STC 30/2019, de 28 de febrero, citada anteriormente, FJ 3. c). El TC descarta, como fines constitucionalmente admisibles «los punitivos o de anticipación de pena, los de impulso de la instrucción sumarial (por ejemplo, STC 140/2012, de 2 de julio, FJ 2), o la alarma social (por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5)».

<sup>18</sup> La doctrina jurisprudencial ha defendido la necesidad de motivar y enumerar los elementos para la valoración del riesgo de huida se exige desde la trascendental STEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister contra Austria. Véanse también las SSTEDH de 10 de noviembre de 1969, caso Stogmuller contra Austria; de 13 de julio de 1995, caso *Vand der Tang* contra España.

celebración del juicio oral cuando existen fundadas sospechas de que este se sustraiga a la acción de la justicia o se infiera racionalmente un riesgo de huida.

La decisión basada en tal fin legítimo debe tener en consideración datos objetivos como el grado de oposición del imputado a la detención<sup>19</sup>, la falta de arraigo, vínculos o integración social en el país en que se está en situación de prisión provisional<sup>20</sup>, las circunstancias de la detención<sup>21</sup>, los viajes al extranjero y los contactos con este<sup>22</sup>, el nivel de impacto o gravedad del delito imputado<sup>23</sup> y el estado de tramitación de la causa<sup>24</sup>. En concreto, la normativa exige, precisamente, valorar conjuntamente la naturaleza del hecho —verbigracia los crímenes pasionales no suelen motivar la fuga del culpable a diferencia de la delincuencia económica—, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, su situación familiar, laboral y económica, así como la inminencia de la celebración del juicio oral.

En este concreto ámbito el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 trataba de arrojar algo de luz al incorporar en el artículo 154.2 nuevos criterios para verificar la gravedad de la pena imponible, más concretamente, «la conducta del encausado tras la comisión del hecho objeto del proceso (...) (y) la posible pertenencia a un grupo u organización criminal (...)»<sup>25</sup>.

El segundo de los fines legítimos de la prisión provisional es evitar o minimizar el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas, tal y como prevé el artículo 503.1.3.b) de la LECrim. Este fin se contempla como una novedad que introdujo la reforma de 2003, recogiendo las premisas que el TC ya había desarrollado con anterioridad<sup>26</sup>, lo que ha recibido

críticas por parte de la doctrina<sup>27</sup>. El peligro de destrucción de pruebas debe ser fundado y concreto, no pudiendo inferirse únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el proceso. Antes de la adopción de la medida se deberá contemplar la utilidad de esta desde la perspectiva de la oportunidad y posibilidad, directa o indirecta, de manipulación de las fuentes de prueba o de confabulación con otros encausados o con testigos.

Por su parte, el riesgo de actuación contra bienes jurídicos de la víctima es el tercero de los fines legítimos que puede perseguir la prisión provisional, previsto en el artículo 503.1.3.c) de la LECrim. Otra novedad incorporada en la reforma de 2003, sin que en este caso sea una consecuencia, como en el supuesto anterior, de la doctrina de la jurisprudencia del TC. El legislador quiso incorporar esta posibilidad pensando en la alarma social provocada por los casos de violencia doméstica, especialmente cuando la víctima sea el cónyuge, pareja de hecho, hijos, entre otros supuestos en los que no es de aplicación el límite de dos años de la pena antes señalado para acordar esta medida cautelar.

Finalmente encontramos el riesgo de reiteración delictiva, recogido en el artículo 503.2 de la LECrim, que traspone lo previsto en el art. 5.1.c) del CEDH y lo desarrollado por la extensa doctrina jurisprudencial<sup>28</sup>. Parte de la doctrina ha criticado este extremo al considerarla «claramente inconstitucional»<sup>29</sup>, al actuar *de facto* como «una medida de seguridad pre-delictual» (Mir Puig, 2003: 38), aproximándose a la prevención especial y corriendo el riesgo de convertir la prisión provisional en pena anticipada.

<sup>19</sup> Sobre este particular la STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso *Stogmuller* contra Austria, citada anteriormente.

<sup>20</sup> Este elemento se tiene en cuenta especialmente en la STEDH de 13 de julio de 1995, caso *Vand der Tang* contra España, citada anteriormente.

<sup>21</sup> Vid. la STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter* contra Austria.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Siguiendo a CALDERÓN CERESO y CHOCLÁN MON-TALVO (2002: 267-268), a mayor gravedad «más intensa cabe presumir la tentación de la huida (...) (y) mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia».

<sup>24</sup> Vid. por todas la reciente STC 30/2019, de 28 de febrero, citada anteriormente.

<sup>25</sup> Anteproyecto de Código Procesal Penal... *op. cit.*

<sup>26</sup> Vid. la STC 128/1995, de 26 de julio.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, se ha indicado que «por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo (así, la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción política o el terrorismo), en el proceso penal moderno no puede ser la verdad obtenida a cualquier precio». GIMENO SENDRA; CONDE-PUMPIDO; GARBERÍ LLOBREGAT, 2000: 142.

<sup>28</sup> Vid. las SSTC 33/1999, de 8 de marzo; 207/2000, de 24 de julio; por todas la 22/2004, de 23 de febrero.

<sup>29</sup> «De la lectura del precepto se desprende que la prisión provisional podrá acordarse por este motivo en cualquier caso en el que se presuma, genéricamente, que el imputado puede cometer un delito de cualquier gravedad, sea o no susceptible el sujeto de ser calificado como delincuente habitual y esté o no integrado en una banda organizada. La regulación realizada es claramente, a mi juicio, inconstitucional por incorporar una justificación indiscriminada e ilimitada incompatible con la declaración del artículo 17 CE». Asencio Mellado, 2008: 7.

### 3. Procedimiento y formalidades

El órgano competente para la adopción de la prisión provisional es, conforme dispone el artículo 502.1 de la LECrim, el juez o magistrado instructor, el que forme las primeras diligencias y también el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa. Este es uno de los extremos que hace años está encima de la mesa como objeto de una potencial reforma de la LECrim, aunque de forma indirecta.

Me refiero al gran cambio de paradigma que se pretende introducir con el traspaso de la instrucción al Ministerio Público, cuyas razones estriban en la voluntad de poner punto final a la naturaleza inquisitiva de la instrucción judicial y a los beneficios que, desde la perspectiva de la eficacia, el modelo del Fiscal investigador puede reportar (Bastarache Bengoa, 2013: 123-129). La aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica —los más cuestionables desde la óptica de la imparcialidad—, a los que está sometido el Ministerio Fiscal, son precisamente los que permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional. El cambio parece así defendible desde una visión más pragmática o utilitarista<sup>30</sup>.

En la medida en la que se cede o traspasa la instrucción al Fiscal uno podría plantearse si también la facultad de dictar tan peculiar medida cautelar. Sirva como ejemplo, una vez más, el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal<sup>31</sup> del año 2013, que en relación con la prisión preventiva nos decía que le corresponde «al Fiscal y al Tribunal de Garantías verificar cuidadosamente tanto la concurrencia del presupuesto factual y normativo de tipicidad», si bien en el propuesto artículo 151 constreñía la competencia “al Tribunal competente para el conocimiento de la causa”, que es el que podría ordenar la prisión preventiva, a instancia del Fiscal o de alguna de las acusaciones, cuando concurren los requisitos y presupuestos legales.

<sup>30</sup> Excede al objeto de este trabajo valorar o estudiar los costes que ello puede suponer desde otros puntos de vista, como el de las garantías procesales y derechos fundamentales del investigado.

<sup>31</sup> Este hacía recaer la instrucción de las causas penales sustancialmente en el Ministerio Fiscal, construyendo un nuevo modelo en el que el juez pasa a convertirse en garante de los derechos de aquellos ciudadanos sometidos a una investigación penal, esto es, en un juez de garantías.

Con todo, a las puertas de la tan anhelada reforma de la LECrim, parece evidente que los efectos del profundo cambio en la dirección e instrucción de los procesos también se extenderán a la prisión preventiva. Sea como fuere, la lógica nos dice que la competencia debería seguir recayendo sobre el juez o tribunal que conozca de la causa, además del fiscal instructor que forme las primeras diligencias, con la aquiescencia del Tribunal de Garantías, de forma parecida a lo regulado en el mencionado anteproyecto de 2013.

Lo relevante, en ese escenario, es que quién tome la decisión lo haga después de un ejercicio de ponderación y motivación bastante, constreñido o limitado por las notas de legalidad, proporcionalidad, temporalidad, provisionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad, a las que nos hemos referido *supra*. O, dicho con otras palabras, la exigencia constitucional se refiere y proyecta a lo sustantivo, al qué y al cómo, y no a lo accesorio, al quién; en ningún caso la adopción de la medida cautelar puede ser fruto de una decisión discrecional, sino que es enmarca en un juicio de proporcionalidad y de ponderación debidamente razonado y motivado<sup>32</sup>.

Recapitulando tras el *excursus* sobre los eventuales cambios en el órgano competente, procede señalar que el procedimiento para adoptar la prisión provisional se establece en los artículos 505 y 506 de la LECrim, que resumidamente regulan la audiencia que debe convocar el órgano judicial competente dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial, a la que serán citados de un lado el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, y del otro, el imputado, que acudirá con asistencia letrada, pudiendo efectuar unos y otros las alegaciones que crean convenientes en apoyo de sus pretensiones y proponer prueba, que deberá practicarse en el acto o dentro de las 72 horas citadas. Como decíamos anteriormente, la decisión final no puede ser, en ningún caso, un acto discrecional, sino que es la consecuencia de una motivación suficiente y razonada (De Urbano Castrillo, 2004: 148).

Finalmente, frente al auto por el que se decreta la prisión provisional se podrá interponerse recurso de apelación, en los términos que establece el artículo 507 de la LECrim, remitiéndose para su tramitación a lo dispuesto para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, que contempla la posibilidad de

<sup>32</sup> Vid. por todas la STC 8/2002, de 14 de enero.

interponer, con carácter previo o subsidiario con el de apelación, el recurso de reforma.

#### 4. Los derechos del preso provisional

##### A) Una situación penitenciaria desigual

Como hemos visto, la prisión provisional dispone de una regulación legal concreta y detallada, y mucha jurisprudencia de desarrollo, empero los presos preventivos quedan en una especie de limbo y en una clara desigualdad frente al resto de reclusos. De un lado, no pueden disfrutar de permisos ordinarios de salida, pues estos quedan reservados, entre otros requisitos, a los presos que han cumplido una cuarta parte de la condena. Del otro, no pueden acceder a programas de reinserción, y no tienen prioridad ni acceso a destinos, actividades, programas educativos, talleres laborales y actividades ocupacionales, propios de otros internos<sup>33</sup>.

Se da en este ámbito una cruel paradoja: por el hecho de ser preso provisional no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. Una situación especial del preso que le relega solo a aquellas actividades con plazas libres después de la asignación realizada teniendo en cuenta los programas de reinserción de los presos que sí cuentan con estos.

##### B) El abono de la prisión provisional

Las reglas para el abono de la institución cautelar se establecen en el artículo 58 del Código Penal. En él se dispone que el tiempo deberá ser abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al condenado en otra causa, que le haya sido abonable o sea abonable en ella. En ningún caso el mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en varias causas.

El abono de la prisión provisional sufrida en otra causa solo procederá cuando la medida sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que

se pretende abonar. Todas estas reglas se aplicarán también respecto de las demás privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Por su parte, cuando las medidas cautelares sufridas y la pena sean de diferente naturaleza, el juez ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

En la STC 55/2014, del 10 de abril, el máximo intérprete constitucional ha determinado que, en un supuesto en el cual se había acordado la acumulación de las condenas impuestas al demandante en tres causas previas, con un límite máximo de cumplimiento de 30 años, la resolución que deniega la aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad cuando se establece un límite máximo de cumplimiento efectivo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, no es constitucionalmente exigible.

#### IV. La evolución en la aplicación práctica de la prisión provisional durante las dos últimas décadas

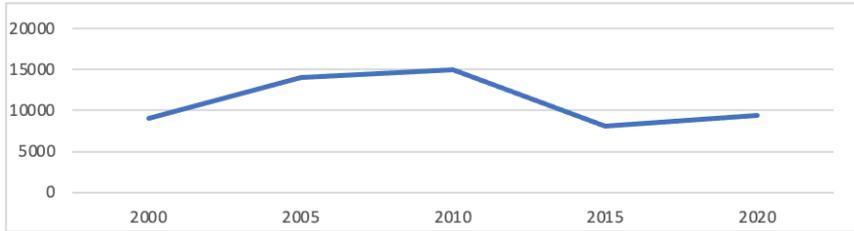
A lo largo de las últimas dos décadas se ha producido un incremento general en el uso y abuso de la prisión preventiva en numerosos países del mundo. Así se acredita en las estadísticas e informes que publica el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios<sup>34</sup>, que también advierten que la evolución de presos, tanto penados como preventivos, presenta una general y constante tendencia al alza. En un reciente informe (Walmsley, 2020), publicado en abril de este mismo año, se alerta de un aumento de 30% desde el año 2000 en el número total de personas que se encuentran en prisión preventiva, lo que supone, más concretamente, un incremento de cinco puntos porcentuales más respecto al también significativo crecimiento de la población global.

La tendencia a nivel nacional las dos últimas décadas es, por el contrario, descendente, lo que de entrada sorprende dado que son muchos los casos mediáticos en los que se ha dictado este tipo de medida cautelar “excepcional”.

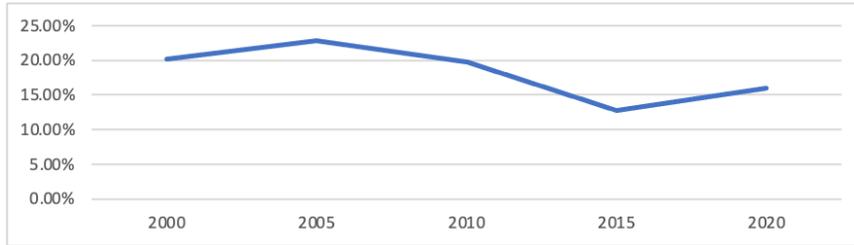
<sup>33</sup> El artículo 104 del Reglamento Penitenciario establece que no se formulará propuesta de clasificación inicial para los internos mientras dure la situación procesal de prisión preventiva, lo que de facto les impide seguir programas formativos y acceder a muchas de las actividades programadas en condiciones de igualdad en relación con el resto de los reclusos.

<sup>34</sup> La traducción que autor propone del *International Centre for Prison Studies*.

El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España



**Gráfico 1.** Evolución de casos totales de prisión provisional. Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «Estadística Penitenciaria» del CGPJ.



**Gráfico 2.** Evolución del porcentaje de presos preventivos en relación con el total de la población reclusa. Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «Estadística Penitenciaria» del CGPJ.

El Gráfico 1 muestra como la práctica judicial ha evolucionado en números totales a lo largo de las últimas dos décadas. Se observa un aumento significativo del 2000 al 2005, y tras la reforma de finales de 2003, parece que se produce un ligero crecimiento o estabilización hasta 2010. En el lapso de 2010 a 2015 se produce una reducción muy llamativa de casos totales de presos en situación preventiva, una tendencia que se ha roto estos últimos años, con un ligero incremento de 2015 a 2020.

El Gráfico 2 resulta mucho más ilustrativo en la medida que detalla la evolución real de la prisión preventiva en España, al tener en cuenta el porcentaje de presos preventivos en relación con el total de la población reclusa. Con todo, se observa que el cambio, a nivel porcentual, es poco significativo del 2000 al 2010, con un pico máximo en 2005, tan solo un año después de la reforma de la institución cautelar. Por el contrario, se produce un descenso notable de 2010 a 2015, con un repunte considerable de 3.3% en los últimos cinco años.

Se observa así que la tendencia alcista en los últimos cinco años ha sido más grande o significativa de lo que muestran los casos totales por sí solos. Ese incremento porcentual no ha sido significativo

**1. Una práctica ocasional**

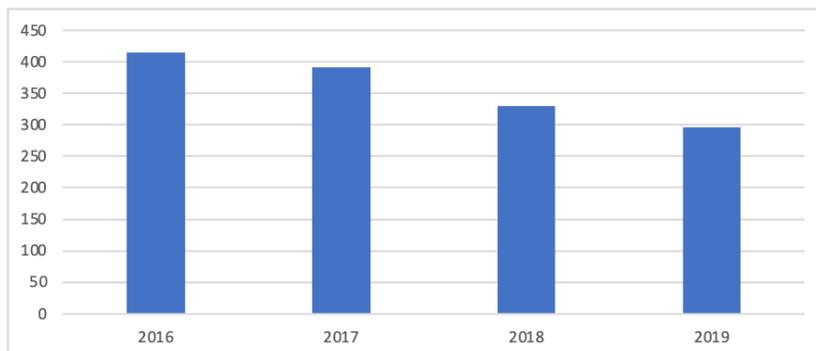
El ejemplo más claro de la dicotomía entre teoría y práctica es, precisamente, el carácter excepcional

de la prisión provisional. Las cifras indican que, en diciembre de 2019, en España, 16% de la población reclusa lo estaba en situación preventiva, lo que ya de entrada demuestra que su empleo y aplicación se produce de una forma que no se puede catalogar *stricto sensu* como una medida “excepcional”, sino más bien como una práctica “ocasional”.

Se trata de unas cifras que, en cualquier caso, deben también leerse en perspectiva comparada. Nuestro modelo se sitúa, en realidad, en unos niveles más que razonables. Así, por ejemplo, la mayoría de los países de nuestro entorno tienen unos porcentajes de presos preventivos sobre el total de la población reclusa más elevados (WALMSLEY, 2020): en Italia, 31%; en Francia, 25.6%; en la siempre modélica y ejemplar Bélgica, 35.6%; en Alemania, 20.4%; finalmente, en Grecia, 26.6%.

**2. No reservada a casos realmente graves**

El incremento de casos totales y también del porcentaje de presos preventivos respecto del total de la población reclusa, que se produjo de 2003 a 2010, bien podría tratarse de una consecuencia directa de la reforma de 2003. Como hemos visto, esta redujo el listón al establecer que la prisión provisional puede dictarse en caso de investigación de delitos tipificados con una pena máxima de dos años de prisión, o incluso inferior si coincide que el imputado tiene antece-



**Gráfico 3.** Número de presos provisionales totales al finalizar el año en asuntos seguidos ante los Juzgados Centrales de Instrucción (núm. 1 a 6). Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «PC-Axis» del CGPJ.

dentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de una condena por delito doloso. Resulta interesante recordar que en fase parlamentaria ya se señaló que este podría ser uno de los efectos de la reforma (Barrera Hernández, 2005). En cualquier caso, y para lo que aquí interesa, parece difícil seguir hablando de una medida que se reserva a los casos “graves”, cuando en realidad se ha establecido una barrera o listón tan bajo que hace que en la gran mayoría de asuntos que conocen nuestros juzgados concurren los caracteres y circunstancias para poder dictarla.

### 3. Cuya visibilidad cada vez es mayor

Los datos y cifras que se han compartido en los gráficos 1 y 2 demuestran un descenso notable de 2010 a 2015, tanto en casos totales como en el porcentaje de presos preventivos respecto al total de la población reclusa, con un repunte puntual hasta día de hoy. La razón es un interrogante mayúsculo que quizás encuentra su razón en alguna circular o instrucción de la fiscalía o en la formación que ofrece el CGPJ a través de la escuela judicial. No parece razonable que ese descenso encuentre su razón de ser en la Instrucción 4/2005, de motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación, por desplegar efectos cinco años después de su aprobación.

Por su parte, la visibilidad de esta medida cada vez es mayor, puesto que su uso es frecuente en casos mediáticos y especialmente en el ámbito de la delincuencia económica y de la corrupción, en los que el rechazo social es mayoritario. Parece, en cierto modo, que la «alarma social» que se expulsó de nuestro ordena-

miento jurídico con la reforma de 2003 sigue estando presente o, al menos, esa es la sensación que uno tiene con el creciente número de casos mediáticos en los que se aplica esta medida, lo que contrasta con una tendencia a la inversa que nos sitúa, como hemos visto, en unos porcentajes de presos en situación preventiva más que razonables si tenemos en consideración el uso y abuso que se produce a nivel internacional y en los países de nuestro entorno.

Como decía, se trata más bien de una sensación generalizada o estado de opinión a la que sin duda contribuye el seguimiento mediático de casos como los de Sandro Rosell<sup>35</sup>, Mario Conde, Ignacio González, Luis Bárcenas, Julián Muñoz, Jordi Pujol Ferrusola, Francisco Granados, etc. Sin embargo, si analizamos únicamente los casos en los que se dicta prisión provisional por parte de los juzgados centrales de instrucción, cuya probabilidad de ser causas más graves y mediáticas es más alta, nos damos cuenta de que la tendencia, incluso en ese ámbito, sigue siendo significativamente a la baja, con lo que la práctica judicial dista bastante de la imagen que uno puede formarse a través de los medios.

El gráfico 3 parece descartar de forma definitiva que la “alarma social” siga estando presente, aunque oculta, en ciertas decisiones en los casos mediáticos en los que existe un elevado rechazo social a la conducta típica que supuestamente ha realizado el investigado. Incluso en el marco del repunte en cifras totales y en el porcentaje respecto del total de la población reclusa de los últimos cinco años, tal y como hemos visto en los gráficos 1 y 2, la tendencia en los casos más graves que conocen los juzgados centrales de instrucción es claramente decreciente y bajista.

<sup>35</sup> Sobre este particular véase ABADÍAS SELMA, 2020.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

En definitiva, ningún auto de prisión provisional puede fundamentarse o alegar la alarma social, evidentemente, por tratarse de un fin metajurídico. Pero la presión mediática o la alarma social, frente a la que el juez profesional debe estar inmunizado, puede desplegar sus perniciosos efectos sobre el juez o tribunal que debe tomar la decisión. En este escenario, nos podemos plantear si están o no justificadas las situaciones de prisión o libertad provisional que han disfrutado archiconocidos o mediáticos investigados en nuestro país en estos últimos años. Ese es el principal objetivo que pretende revelar el estudio de casos que sigue al presente capítulo.

## V. Reflexiones finales

**Primera.** – El debate acerca de la regulación de la prisión provisional en España se reabre con fuerza a las puertas de la reforma de la LECrim. Bien es cierto que hace años que el ejecutivo y el legislador tratan de acometer sin éxito una reforma de gran calado, cuya principal arista es el traspaso de la instrucción al Ministerio Público. Recientemente, el ejecutivo ha vuelto a anunciar la creación de una comisión de expertos y se espera que antes de finales de este año ya dispongamos del texto de un nuevo anteproyecto de ley procedimental penal. Por lo que aquí interesa, si finalmente se abre el melón, será el momento ideal para discutirlo todo, desde la naturaleza de la prisión preventiva más allá de una medida cautelar personal hasta las medidas alternativas a esta, los criterios para la determinación de la gravedad e incluso la posibilidad de abordar otros fines distintos a los que hoy recoge la LECrim.

**Segunda.** – A lo largo de este trabajo hemos estudiado sin ánimo de exhaustividad el marco normativo y la jurisprudencia de desarrollo sobre la prisión provisional en España. La mayoría de los problemas están relacionados con las incoherencias intrínsecas de la regulación legal existente o en el ejercicio práctico por parte de los tribunales y el Ministerio Público que, en la práctica, a veces, puede alejarse de las previsiones legales y proclamas jurisprudenciales. Así, por ejemplo, la prisión preventiva se regula en base a un carácter excepcional que exige que se emplee solo en casos graves, y en cambio, la LECrim permite su adopción cuando la pena máxima del injusto que se investiga sea igual o superior a dos años de prisión,

o incluso cuando fuera inferior pero el investigado tenga antecedentes no cancelados ni susceptibles de ello por un delito doloso. La contradicción se explica por sí misma.

**Tercera.** – Hablar de la prisión provisional como una medida excepcional *stricto sensu* es contribuir innecesariamente a una falacia largamente extendida. La prístina excepcionalidad de la medida cautelar se traduce, en datos, 16% de la población reclusa en diciembre de 2019 en los centros penitenciarios del país<sup>36</sup>. Con esta cifra resulta imposible defender su excepcionalidad, cuando en realidad bastaría con aceptar que tal medida, de aplicación ocasional, resulta fundamental para garantizar bienes jurídico-constitucionales tan relevantes como la eficacia en la persecución de los delitos y en la aplicación del *ius puniendi* estatal, la tutela y protección de la víctima o, incluso, la reinserción del investigado o encausado. Las cifras de los países de nuestro entorno, como Italia, Grecia, Alemania, Bélgica o Francia, entre muchos otros, son más elevadas, en el sentido que el porcentaje de presos preventivos sobre el total de la población reclusa es superior. De lo que debe inferirse que la aplicación o empleo de la prisión provisional, de forma general y desde una óptica cuantitativa, por parte de nuestros juzgados y tribunales, ha sido más que razonable, especialmente durante la última década, con una tendencia que salvo algunos picos o repuntes ha ido a claramente a la baja.

<sup>36</sup> Ese porcentaje, en números totales, responde a 9377 presos en diciembre de 2019. Hay que tener en cuenta que buena parte de estos finalmente resultaran absueltos en base a distintas razones —inexistencia objetiva del hecho imputado, inexistencia subjetiva, falta de pruebas o actividad probatoria, aplicación del principio *in dubio pro reo*, etc.—, con lo que el investigado afectado por la medida cautelar tendrá derecho a pedir una indemnización por daño sufrido. El sistema de indemnización por prisión provisional injusta o indebida constituye, probablemente, una de las cuestiones más controvertidas y polémicas de los últimos años, cuyo objeto de estudio excede a todas luces el objeto de este trabajo. Sin embargo, interesa señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez se ha visto desencallada por la jurisprudencia del TEDH y la reciente STC 58/2019, cuya doctrina ha declarado inconstitucional determinados extremos del artículo 294.1 de la LOPJ, extendiendo el derecho a obtener, en condiciones de igualdad, una indemnización en caso de prisión preventiva indebida, con indiferencia de los supuestos, expulsando así de nuestro ordenamiento jurídico una regulación que contribuía a alargar la sombra de duda sobre el investigado a momentos extraprocesales, laminando el derecho a la presunción de inocencia que propugna el artículo 24.2 de la Constitución. Véanse sobre este particular SIMÓN CASTELLANO, 2020 y SIMÓN CASTELLANO y ABADIAS SELMA, 2020.

**Cuarta.** – El empleo de la prisión preventiva es habitual en asuntos mediáticos, especialmente en casos de delincuencia económica y tramas corruptas, en las que se ven implicados políticos o personajes públicos. Basta con uno o dos casos mediáticos en los que su empleo sea cuestionable para que surjan dudas y críticas a la institución<sup>37</sup>. Es en este ámbito en el que un estudio de casos puede arrojar luz acerca de la práctica judicial en torno a la prisión provisional.

## V. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A. “¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: consideraciones en relación con el caso Sandro Rosell”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 145, 2020.
- ABADÍAS SELMA, A. Y SIMÓN CASTELLANO, P. *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante. Un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2020.
- ASENCIO MELLADO, J. M. “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1584-1595, 2005.
- ASENCIO MELLADO, J. M. “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en ASENCIO MELLADO, J. M. Y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008.
- BARRERA HERNÁNDEZ, N. “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”, *Diario La Ley*, 6325, Sección Doctrina, 2005.
- BARONA VILAR, S. *Prisión provisional y medidas alternativas*, Llibreria Bosch, Barcelona, 1988.
- CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CAMPANER MUÑOZ, J. “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 129, 2017.
- COBREROS MENDAZONA, E. “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, 209, 13-44, 2019.
- COBO DEL ROSAL, M. *Tratado de Derecho Procesal Español*. CESEJ, Madrid, 2008.
- DE URBANO CASTRILLO, E. “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 135-168, 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, E. *La necesaria reforma de la prisión provisional*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- DÍAZ FRAILE, F. *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva. Crítica del Derecho español vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V. “La prisión provisional y derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, 4187, 1996.
- GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. Y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- GIMENO SENDRA, V. “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 7, 1320-1327, 2001.
- GIMENO SENDRA, V. Y DÍAZ MARTÍNEZ, M. «La prisión provisional y sus medidas alternativas», *Estudios de Derecho Judicial*, 58, 49-83, 2004.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes”, *Diario La Ley*, 8930, 2017.
- GUERRA PÉREZ, C. *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La prisión provisional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- HASSEMER, W. *Crítica al Derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.

<sup>37</sup> El caso de Sandro Rosell está teniendo un seguimiento, en la actualidad, de *prime time*, con programas de televisión y especiales para recabar su opinión y explicar lo acontecido, en un relato en el que se habla de «conspiración» y «persecución». Disponible en: <https://cutt.ly/> (fecha de última consulta: 17 de mayo de 2020). También las críticas y divergencias en el caso de la prisión preventiva de los políticos catalanes en el marco del llamado juicio al *procés*. Véase sobre este particular MORENO CATENA, 2020.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

- MARTÍNEZ GALINDO, G. “La prisión provisional”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 13, 13-29, 2005.
- MIR PUIG, C. “Prisión provisional. Los aspectos más polémicos de la reforma”, *Revista Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho*, 77, 2003.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A. La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- MORENO CATENA, V. “La prisión provisional de los condenados del proceso”, *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 26, 201-233, 2020.
- MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Anales de derecho*, 34, 1-38, 2016.
- NISTAL MARTÍNEZ, J. “El ingreso provisional en prisión. Presunción de culpabilidad versus presunción de inocencia”, *Diario La Ley*, 8122, 2013.
- NUÑO DÍEZ DE LA LASTRA MARTÍNEZ, S. “La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa”, *Diario La Ley*, 9541, 2019.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley*, 9477, 2019.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019)”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 143, 2020.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “La prisión provisional i la responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge: dues reformes pendents”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 2020. DOI: <http://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3463>
- SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. “La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 134, 2018.
- WALMSLEY, R. *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*. International Centre for Prison Studies, Londres, 2020.

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

Isabel Morón Pendás

Magistrado.

**RESUMEN:** El imparable desarrollo de las tecnologías y las extraordinarias oportunidades que proporciona el ciberespacio tienen por contrapartida el peligro de lesión de derechos fundamentales y la aparición de nuevas formas de criminalidad.

*Palabras clave:* Ciberespacio, derechos fundamentales, ley penal, protección de datos, ciberseguridad.

**ABSTRACT:** The unstoppable development of technologies and the extraordinary opportunities provided by cyberspace are in return for the danger of fundamental rights injury and the emergence of new forms of criminality.

**KEY WORDS:** Cyberspace, fundamental rights, criminal law, data protection, cybersecurity.

**SUMARIO:** 1. Aproximación. 2. Ciberespacio, protección de datos personales y derechos fundamentales. 3. La ciberseguridad como elemento de seguridad nacional. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Rec: 15 jun 2020 | Fav: 01 ago 2020

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

## 1. Aproximación

Decía el Profesor Ferré en 2013 que “las posibilidades tecnológicas son casi ilimitadas, o, al menos hoy, desconocemos sus límites. La creación de un espacio nuevo y virtual, inimaginable hace pocas décadas, en el que transita cualquier tipo de información, desde nuestros datos personales más sensibles hasta todo género de operaciones comerciales, supone una auténtica revolución tecnológica”<sup>1</sup>. Hoy es necesario añadir que el modelo mismo de sociedad y hasta las propias estructuras de los Estados se ven profundamente afectados por esta imparable revolución silenciosa.

En el Reino de España, la reciente Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019 (en adelante ENC 2019), aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, califica al ciberespacio como “espacio común global caracterizado por su apertura funcional y su dinamismo”, que se presenta como escenario con innumerables oportunidades de futuro, pero que al mismo tiempo presenta serios desafíos a la seguridad<sup>2</sup>.

Entre las oportunidades que proporciona este, no ya tan nuevo espacio, pero en imparable crecimiento y evolución, destaca la ENC 2019 la posibilidad de la conectividad universal, el libre flujo de información, servicios e ideas, y el consiguiente estímulo del emprendimiento y del progreso socioeconómico, poniendo de manifiesto que el verdadero potencial transformador de la revolución digital está por descubrir y sus implicaciones, que trascienden a lo meramente tecnológico, se adentran en la conformación misma de los modelos sociales, las relaciones sociales y la ética.

De la otra cara, la ENC 2019 califica al ciberespacio como “campo de batalla” en que la información y la privacidad de los datos son activos de alto valor que se presentan especialmente vulnerables y difíciles de proteger precisamente por la creciente conectividad y la dependencia de las redes y sistemas.

Ahora como nunca se hace realidad aquello de que la información es poder, o, en términos más actuales, que el poder es información, y la protección de la

información es la protección del poder. Las posibilidades, pero también las vulnerabilidades del ciberespacio condicionan las agendas de los gobiernos que, reconociendo su condición de sector estratégico, elevan la ciberseguridad a categoría de objetivo prioritario, y aspiran a la creación de una sociedad digital basada en la confianza.

Partiendo de las apuntadas oportunidades que ofrece el ciberespacio, pueden analizarse algunos de los retos de futuro que se ponen en juego.

Muy gráficamente, Neal Kaytal escribía hace ya más de 15 años, que el ciberespacio era un lugar oscuro que fomentaba el anonimato y que pronto encarrilaríamos la posibilidad de que “la red sea tan insegura como las calles del centro de la ciudad”. Resulta interesante la analogía con las calles del centro. En muchas ciudades, la gente elude transitar de noche por las calles, ante el miedo a ser atacados. En otras, las luces o el propio diseño de las vías pone límites a la delincuencia<sup>3</sup>. El autor, partiendo de las ideas sembradas por Jane Jacobs<sup>4</sup> analiza la trascendencia de la arquitectura y de la planificación urbanística en la prevención del delito, y, trasladando esos conceptos al ámbito del ciberespacio, considera que del mismo modo que en la vida real, en la virtual, la protección puede venir dada por medidas adoptadas desde el poder público o bien desde el propio usuario<sup>5</sup>. De un estudio basado en entrevistas a delincuentes concluía Sally Merry que tratan de buscar, para delinquir, aquellos lugares en que no serán observados. Sus escenarios favoritos son los caminos cerrados donde la visibilidad es escasa y los testigos inexistentes. Las zonas abiertas son consideradas pobres para sus fines “porque hay demasiados ojos allí”. Las localizaciones ideales son las que proporcionan muchas vías de escape, con muchos recovecos y esquinas<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Katyal, N.K. “Digital Architecture as Crime Control”. The Yale Law Journal. Vol. 112, No. 8 (2003), p. 2263.

<sup>4</sup> Vid. Jacobs, J. “The death an life or great american cities”. Ed. Random House, New York, 1961, *passim*. Esta autora investiga el porque de los distintos índices de criminalidad entre las diversas ciudades y barrios concluyendo que el objetivo es, a través del urbanismo, llenar las calles de luz y sobre todo, de observadores, que se convierten así en vigilantes de la ciudad lo cual incide directamente en la reducción de la delincuencia callejera. Ocurre lo mismo con la estructura de los edificios y otros elementos del urbanismo.

<sup>5</sup> Cfr. Katyal, N.K. “Digital Architecture as Crime Control”. The Yale Law Journal. Vol. 111, No. 5 (2002)

<sup>6</sup> Cfr. Merry, S. E. *Defensible Space Undefended: Social Factors in Crime Control Through Environmental Design*, Urban Affairs Quarterly, Volume: 16 (1981). p. 409.

<sup>1</sup> Cfr. Ferré Olivé, J.C. “Tecnologías de información y comunicación, comercio electrónico, precios de transferencia y fraude fiscal”, en AA.VV: “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, 2013. p.193

<sup>2</sup> Cfr. Orden PCI/487/2019 de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019 (en adelante ECN 2019), aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2019) Capítulo 1.

Los partidarios del Crime Prevention Through Environment<sup>7</sup>(CPTe) coinciden en lo esencial de la luz, esto es, de la iluminación de los espacios en orden a la prevención de la delincuencia. Nada es más aplicable al oscuro ciberespacio, tan plagado de zonas de sombra, callejones oscuros y esquinas a salvo de testigos, favorecedor del anonimato y caldo de cultivo idóneo para el delito. Como sostiene José R. Agustina, ha ido calando la idea de la necesidad de arbitrar cambios estructurales en el sistema, para introducir luz en las arquitecturas digitales que generan una atmósfera de anonimato que protege, promueve y alimenta nuevos modos de atentar contra las personas e instituciones, que podría tener el mismo efecto que “la introducción de la luz de gas y la electricidad”<sup>8</sup>, en las oscuras calles en que antiguamente proliferaba el delito.

La conectividad universal y la apertura del espacio apuntan directamente a un nuevo escenario de regulación e intervención que supera las fronteras nacionales, con los complejos problemas que ello supone. Los instrumentos normativos parten de la consideración de lo esencial de la cooperación internacional y la coordinación no solo entre Estados, sino, asimismo, con el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia.

La proliferación y generalización en el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación es ya una realidad que, “inexorablemente, sigue avanzando, inmiscuyéndose en nuestra vida cotidiana, permeándolo todo”<sup>9</sup>. La clave de este avance “seguramente se encuentra en la capacidad de almacenamiento y manejo velocísimo de la información, lo que ha sido posible a través de los avances de las TICs, que aportan medios cada vez más evolucionados y sofisticados para conservar, procesar y difundir todo tipo de contenidos”<sup>10</sup>. La potencialidad de este ingente tra-

siego de datos y el renovado valor de la información que circula por las redes exige la debida protección tanto de la información misma como de los derechos fundamentales de los titulares de los datos.

La versatilidad del ciberespacio, sus infinitas posibilidades para el progreso en todos los ámbitos tiene como contrapartida los riesgos de su utilización con fines ilícitos, surgiendo una nueva categoría que se ha venido a llamar ciberdelincuencia, cibercriminalidad o tecnocriminalidad. Y, de igual modo, la configuración de este nuevo espacio virtual se apoya en unas infraestructuras físicas, públicas y privadas, que lo sustentan y que se encuentran expuestas igualmente a permanentes amenazas que plantean asimismo nuevos retos de seguridad.

En esta línea la ENC 2019 señala en su resumen ejecutivo “ las actividades que se desarrollan en el ciberespacio son fundamentales para la sociedad actual. La tecnología e infraestructuras que forman el ciberespacio son elementos estratégicos, transversales a todos los ámbitos de actividad, siendo la vulnerabilidad del ciberespacio una de los principales riesgos para nuestro desarrollo como nación”<sup>11</sup>.

## 2. Ciberespacio, protección de datos personales y derechos fundamentales.

La información se ha convertido en elemento estratégico clave para el mundo de la empresa, incluso para las de pequeñas y medianas dimensiones. Pero también para la gestión, el gobierno, la defensa y la administración, por lo que es un activo esencial en lo público y en lo privado. No solo las empresas, también las administraciones públicas demandan más información, más datos, que, procesados, permiten generar el conocimiento necesario para mejorar su actividad, sus procesos productivos, el logro de sus objetivos. Para orientar la conducta del consumidor, del votante, del usuario del servicio público o privado es especialmente útil conocer sus hábitos, sus inclinaciones políticas, morales, sus preferencias y costumbres entre otras.

En un mundo movido por la información la obtención de datos se ha convertido en esencial y las

<sup>7</sup> La prevención de la delincuencia por medio del urbanismo refiere a un conjunto de estrategias iniciadas a partir de los trabajos de Elisabeth Madera , Schlomo Angel y Jane Jacobs desde el principio de los años sesenta en Estados Unidos , luego desarrolladas principalmente por el criminólogo Ray Jeffery y el arquitecto Oscar Newman, que se encaminan a emplear el diseño de las calles y edificios como modo evitar la delincuencia, en el entendido de que los delincuentes huyen de espacios vigilados y concurridos, siendo la “vigilancia natural”, la derivada de la presencia de ciudadanos en las calles el mejor método de disuasión

<sup>8</sup> Cfr. Agustina, J. R. “Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización”, Cuadernos de Política Criminal, n° 114, 2014. p.147 .

<sup>9</sup> Cfr. Agustina, J. R. “Cibercriminalidad y perspectiva victimológica...” op. cit., p.145.

<sup>10</sup> Ferré Olivé, J.C. “Tecnologías de información y comunica-

*ción, comercio electrónico, precios de transferencia y fraude fiscal*”, en AA.VV: “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo , criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. p. 193.

<sup>11</sup> Op cit. Orden PCI/487/2019 de 26 de abril.

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

nuevas, y las ya no tan nuevas, tecnologías, permiten su tratamiento casi de forma instantánea, para el logro de cualesquiera finalidades, no siempre lícitas. La información es hoy un valor estratégico para toda organización, los datos personales son *el recurso fundamental de la sociedad de la información*<sup>12</sup>. El análisis de datos, posibilita conocer el pasado, indagar el presente y con ello obtener los instrumentos para adoptar las decisiones adecuadas para encarar el futuro. Y las nuevas tecnologías permiten recabar datos y procesarlos a velocidades inimaginables. La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de dichos datos<sup>13</sup>.

El problema, como todo en derecho, consiste en determinar cuales son los límites a que deben quedar sujetos la que se ha dado en llamar *minería de datos*, su análisis y el tratamiento de esos datos de carácter personal para su empleo por terceros, sean sujetos públicos o privados, máxime cuando se trata de datos especialmente sensibles, susceptibles de afectar a los derechos fundamentales. Tradicionalmente la regulación de la protección de datos, en relación a su

obtención, registro y tratamiento, entendida como un método de salvaguarda de los derechos de libertad e intimidad de las personas, venía adaptada a las actividades de tratamiento realizadas por las instancias públicas, si bien la nueva realidad exige atender a las llevadas a cabo por manos privadas<sup>14</sup>.

La Constitución Española de 1978 fue de las primeras, siguiendo el modelo de la Portuguesa de 1976<sup>15</sup>, en abordar la cuestión, llamando el artículo 18 CE a la Ley a fin de limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos<sup>16</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha declarado que el contenido del derecho a la protección de datos consiste en “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. Estos poderes de disposición y control “se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”. A su vez, “ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién

<sup>14</sup> Cfr. De Alfonso Laso, D. “Intimidad y protección de datos en el derecho penal” en AA.VV. “Delincuencia informática. Problemas de Responsabilidad”. Cuadernos de Derecho Judicial IX. Madrid 2002, p. 39.

<sup>15</sup> El artículo 35 de la Constitución de la República de Portugal de 1978 regulaba la “Utilización de la informática 1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

<sup>16</sup> El artículo 18 de la Constitución española de 1978 establece “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable (...) 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

<sup>12</sup> Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales, “El carácter central de la información personal tiene aspectos positivos, porque permite nuevos y mejores servicios, productos o hallazgos científicos. Pero tiene también riesgos, pues las informaciones sobre los individuos se multiplican exponencialmente, son más accesibles, por más actores, y cada vez son más fáciles de procesar mientras que es más difícil el control de su destino y uso”.

<sup>13</sup> Cfr. Considerando 6 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos (...) exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”<sup>17</sup> y asimismo, que este derecho “no tiene carácter absoluto. Puede ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad”<sup>18</sup>.

La libertad informática se concibe como derecho instrumental, pues contiene “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos” que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama *la informática*”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ver STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 4 de enero 2001) F.J.5.

<sup>18</sup> Ver STC 76/2019, de 22 de mayo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2019) F.J.5.

<sup>19</sup> Ver STC 254/1993, de 20 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993) F.J. 6. Idénticos razonamientos se reiteran posteriormente en otras como las SSTC 254/1993, F.J. 6, que otorga amparo a un particular frente a la denegación de información solicitada a la administración acerca de los ficheros automatizados en que figurasen datos de carácter personal que le concernían; 143/1994, F.J. 7; 11/1998, F.J. 4, que declara contraria a la libertad sindical la utilización por la empresa del dato de afiliación de los trabajadores a un determinado sindicato, dato recabado a los solos efectos del descuento de la cuota sindical al confeccionar la nómina para su entrega al sindicato, con la finalidad no consentida de detraer sus haberes con ocasión de la huelga promovida por aquel Sindicato; 94/1998 F.J. 6 en asunto similar al anterior; 202/1999, F.J. 2, que otorga amparo frente al almacenamiento sin cobertura legal, en una base de datos “de absentismo con baja médica” de datos referidos a las enfermedades que determinaron las bajas laborales de los empleados de una entidad crediticia sin consentimiento expreso de los afectados, al no concurrir tampoco un interés general en la existencia del fichero como podría ser la preservación de la salud de los trabajadores, sino el mero control del absentismo laboral; 292/2000 F.J. 5, que anula parcialmente varios preceptos de la anterior LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal PD en cuanto a algunas las excepciones que permitían la cesión de datos de carácter personal entre las administraciones públicas; 76/2019, F.J. 5 en relación a la declaración de inconstitucionalidad del precepto introducido por la LO 3/2018 en la LOREG en cuanto permitía sin respetar las debidas garantías la utilización de datos para crear perfiles de opiniones políticas).

La libertad informática es el derecho a controlar el uso de los datos relativos a la propia persona, insertos en un programa informático (*habeas data*). Comparte con el derecho fundamental a la intimidad el objetivo de protección de la vida privada, pero difieren en su función, su objeto y contenido. La función del derecho fundamental a la intimidad es defensiva, faculta a defenderse *frente a invasiones en el ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de intromisiones de terceros, sean poderes públicos o simples particulares*<sup>20</sup>. La libertad informática, garantiza un poder de control sobre los datos personales, su uso y destino. Impone a los poderes públicos la prohibición de convertirse en fuentes de esa información personal y el deber de prevenir los riesgos derivados del acceso o divulgación indebidas de aquella. Y su contenido, más amplio, no se limita a datos relativos a la vida privada o íntima sino que alcanza a cuantos datos sean relevantes para -o tengan incidencia en- el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado, de forma que no se extiende solo a datos íntimos de la persona, sino incluso a los públicos, que no pueden, por el hecho de serlo, escapar a su control. La expresión “carácter personal” no limita la protección a los relativos a la vida privada o íntima de la persona, los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo<sup>21</sup>.

En el ámbito Europeo la protección de datos de carácter personal aparece consagrada en el Título II “Libertades”- de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, en concreto el artículo 8 consagra el derecho a la protección de datos de carácter personal<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> STC 144/1999 de 22 de julio, (BOE núm. 204, de 22 de agosto de 1999) F.J.8.

<sup>21</sup> STC 292/2000 op. cit. FF.JJ. 5 a 7.

<sup>22</sup> Dice el mencionado artículo “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

La Unión Europea ha mostrado una especial preocupación en la protección de datos de carácter personal pretendiendo crear un “marco sólido y coherente para la protección de datos en la UE respaldado por una ejecución estricta” y ello “dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior”<sup>23</sup>. Es por ello que se ha pretendido crear un sistema completo de tutela a través de múltiples instrumentos, de los que han de destacarse el Reglamento General de Protección de Datos, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD); la *Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*; la Directiva sobre el Comercio Interior, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; o el Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y organismos comunitarios y a la libre circulación de esos datos.

Todo este entramado normativo, y singularmente, la obligación derivada de la entrada en vigor el 25 de mayo de 2018 del RGPD ha tenido reflejo en el ordenamiento jurídico español en la reciente Ley Orgánica 3/2008, del 5 de diciembre, de Protección de Datos

derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.<sup>3</sup> El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

<sup>23</sup> Cfr. Considerando 7 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Personales y Garantía de los derechos digitales. El objeto de la Ley Orgánica es doble: adaptar nuestro ordenamiento al Reglamento Europeo en materia de tratamiento de datos y garantizar los derechos y libertades predicables al entorno de internet. En materia de garantía de los derechos digitales se regulan: la neutralidad de la red y el acceso universal, los derechos a la seguridad y educación digital, los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

Se regulan las posibles habilitaciones legales para el tratamiento de datos fundadas en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el RGPD. Se adapta el principio de transparencia y se recoge la denominada “información por capas” ya aceptada en ámbitos como el de la videovigilancia o la instalación de dispositivos de almacenamiento masivo de datos (tales como las “cookies”), facilitando al afectado la información básica, si bien, indicando una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información. Se regulan junto a los derechos tradicionales acceso, rectificación, cancelación, oposición, los introducidos por el RGPD: derecho a la limitación del tratamiento y derecho a la portabilidad. Se contemplan disposiciones específicas sobre tratamientos concretos, incorporando una serie de supuestos no exhaustivos, de tratamientos lícitos que en ningún caso e nervan el deber de los responsables de adoptar las medidas de responsabilidad previstos en la propia Ley Orgánica y el RGPD, en primer lugar, aquellos respecto de los que el legislador establece una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos, y otros, tales como la videovigilancia, los ficheros de exclusión publicitaria o los sistemas de denuncias internas en que la licitud del tratamiento proviene de la existencia de un interés público, en los términos del RGPD, y por último se hace referencia a los presupuestos de licitud de otros tratamientos, como los relacionados con la función estadística o con fines de archivo de interés

general y los relativos a infracciones y sanciones administrativas.

Se refleja la evolución del modelo basado en el control del cumplimiento a otro fundado en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos personales para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan. La figura del delegado de protección de datos adquiere una destacada importancia en la resolución amistosa de reclamaciones no atendidas por el responsable o encargado del tratamiento. Siguiendo al RGPD puede tener un carácter obligatorio o voluntario, estar o no integrado en la organización del responsable o encargado y ser tanto una persona física o jurídica. Gozan de inamovilidad salvo dolo o negligencia grave. Su designación ha de comunicarse a la autoridad de protección de datos competente. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) mantendrá una relación pública y actualizada de los delegados de protección de datos. Se regula el régimen de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), como autoridad administrativa independiente, con facultades de investigación y auditoria y con la facultad de regulación por medio de circulares que fijan los criterios de su actuación. El procedimiento para el caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos, siguiendo las pautas del RGPD, contempla una fase de admisión a trámite por la AEPD, la posibilidad de abrir una investigación previa al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador y la posibilidad de adoptar medidas cautelares de bloqueo de los datos y atención inmediata del derecho recamado, entre otras. Se clasifican las infracciones consistentes en incumplimientos de la normativa en muy graves, graves y leves según el grado de incumplimiento, relegando los meros incumplimientos formales a falta leve y remitiendo al RGPD la concreción de las conductas. Se contemplan elevadas sanciones pecuniarias que pueden alcanzar los 20 000 000 de euros, o para empresas hasta 4 % del volumen de negocio total anual global del ejercicio anterior, optándose por la de mayor cuantía, así como un amplio elenco de criterios de graduación.

Es de destacar que se fija el “régimen sancionador aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento”, cuando se trate de autoridades y organismos públicos, se opta por la sanción

de apercibimiento junto a las medidas que resulten procedentes par el cese de la conducta o la corrección de los efectos de la infracción, sin perjuicio de proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias, en su caso.

### 3. La ciberseguridad como elemento de seguridad nacional.

En 2011 el Gobierno de España publica el primer documento llamado *Estrategia Española de Seguridad. Una Responsabilidad de todos*<sup>24</sup> (en adelante *EES 2011*), en un contexto de crisis económica global, en que hay que afrontar la presencia de “amenazas y riesgos transversales, interconectados y transnacionales” que reclaman respuestas coordinadas no solo en el plano interno, implicando al conjunto de la sociedad, sino también a nivel internacional.

A estos efectos “amenaza es toda circunstancia o agente que ponga en peligro la seguridad o estabilidad de España” y “riesgo es la contingencia o probabilidad de que una amenaza se materialice produciendo un daño”.

El conocimiento de los intereses vitales y estratégicos<sup>25</sup> y el análisis de las amenazas y riesgos que recaen sobre ellos, junto con las capacidades de respuesta, constituyen las bases sobre las que se formulan las directrices y líneas estratégicas necesarias para fortalecer la seguridad y bienestar.

En el análisis de los presupuestos que permitan el diseño de una adecuada estrategia de seguridad nacional, en 2011 ya se identifican las ciberamenazas junto a los riesgos tradicionales<sup>26</sup>. Tomando en consideración que gran parte de la actividad, tanto pública como privada, se desarrolla hoy a través de este nuevo espacio, se adquiere conciencia de la importancia de lograr un ciberespacio seguro, y de los

<sup>24</sup> *La Estrategia Española de Seguridad. Una Responsabilidad de todos*. Gobierno de España, 2011. Se puede consultar en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/c06cac0047612e998806cb6dc6329423/EstrategiaEspañolaDeSeguridad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c06cac0047612e998806cb6dc6329423>

<sup>25</sup> La EES 2011 identifica los intereses vitales como los que afectan a los derechos fundamentales y a los elementos constitutivos del Estado, mientras que los estratégicos son aquellos que afectan a la consecución de un entorno pacífico y seguro.

<sup>26</sup> Enumera como tales la EES conflictos armados, terrorismo, crimen organizado, inseguridad económica y financiera, vulnerabilidad energética, proliferación de armas de destrucción masiva, flujos migratorios incontrolados, emergencias y catástrofes

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

graves daños que pueden generar los ciberataques, en lo público y en lo privado, pudiendo llegar incluso a paralizar la actividad de un país, y, aun asumiendo que la mayoría de atentados se realizan con fines comerciales, “también estamos expuestos a agresiones por parte de grupos criminales, terroristas u otros, incluso de Estados”.

La importancia de los sistemas informáticos y las redes de información y comunicación para ciudadanos y gobiernos hace de la seguridad del ciberespacio un eje fundamental de nuestra sociedad y sistema económico. “La estabilidad y prosperidad económica del país dependerá en buena medida de la seguridad de nuestro ciberespacio”. La seguridad puede sufrir por causas técnicas, fenómenos naturales o por ataques ilícitos. Los ciberataques son una amenaza creciente por su potencial para afectar incluso a las infraestructuras críticas que puede proceder del terrorismo, crimen organizado, Estados o individuos aislados. De hecho, si inicialmente los ataques procedían, por lo general, de individuos aislados que empleaban una infraestructura mínima, hoy se habla ya de una “enorme industria criminal” en torno a la informática<sup>27</sup>. Además, se trata de enfrentar nuevos retos como el ciberespionaje, provenga de agentes criminales o de otros Estados. Pero la mayor parte de ataques se realizan con fines económicos. La captación de información y datos personales a través de la Red, frecuentemente para comerciar con ellos, preocupa más incluso que por su coste en términos económicos, por el efecto desestabilizador para la economía que puede acarrear la pérdida de confianza en los sistemas electrónicos de pago. Pero además se toma conciencia del valor de la ciberseguridad desde la perspectiva competitiva para atraer la confianza de las inversiones.

La estrategia identificaba dos tipos de factores que favorecen las ciberamenazas, legales y tecnológicos. Entre los primeros, la ausencia de una legislación común o de seguridad global que permita combatir las

de modo efectivo, entre los segundos el olvido de la seguridad en los momentos iniciales, ya que la red se creó para ser útil y sencilla, sin pensar en la seguridad. La inclusión en ella de las infraestructuras, suministros y servicios críticos, aumenta los niveles de riesgos sobre estos. El anonimato y la complejidad para rastrear los ataques, dificultan su neutralización. Se hace vital la cooperación tanto internacional como interna público-privada, y la concienciación de todos, sector público, privado y ciudadanos en los riesgos de seguridad.

La política de seguridad se sustenta en el documento de 2011 en seis conceptos básicos: Enfoque integral, coordinación público-privada, eficiencia en el uso de los recursos, anticipación y prevención de las amenazas y riesgos, resistencia y recuperación de sistemas e instrumentos e interdependencia responsable con nuestros socios y aliados. En el plano de la ciberseguridad se marcaban como líneas estratégicas de acción, entre otras, el fortalecimiento de la legislación sin merma de la privacidad, el fomento de la cooperación nacional e internacional, del sector público y privado, la concienciación de todos, administraciones, empresas y ciudadanos sobre los riesgos, la elaboración de mapas de riesgos, catálogos de expertos, recursos y buenas prácticas, y el aumento de la inversión en tecnologías de seguridad y en formación especializada. La estrategia de 2011, consciente de la importancia creciente de la seguridad del ciberespacio en la Seguridad Nacional, concluye precisamente con la previsión de la elaboración de la primera Estrategia específica sobre Ciberseguridad, que vería la luz en 2013.

La Estrategia de Ciberseguridad Nacional aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional el 5 de diciembre de 2013 (en adelante ECN 2013), alerta de los riesgos derivados de la dependencia actual del ciberespacio con el incesante flujo de información que este propicia y de la proliferación de las acciones delictivas en el nuevo espacio, alentadas por la rentabilidad de su explotación en términos económicos e incluso políticos, la facilidad de ejecución y el bajo coste de los elementos empleados para los ataques, el reducido riesgo para los autores por el anonimato que otorga el escenario, la facilidad de ocultación y la posibilidad de atacar desde cualquier punto del planeta, así como por el alto impacto de las consecuencias de los ataques. Considera el carácter transnacional de la

<sup>27</sup> Cfr. González Cussac, J.L. “*Tecnocrimen*”, en AA.VV.: “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, 2013 pág. 216 “(...) las posibilidades de beneficio económico para estos cualificados especialistas capaces de aprovechar ilícitamente las brechas de seguridad en sistemas y programas informáticos de terceros, solo pueden ofrecerlas ahora las redes de delincuencia organizada. Precisamente la evolución de este maridaje es sumamente significativa, desde los comienzos con los fraudes en el comercio electrónico y en la banca electrónica, hasta el mismo nacimiento de grupos especializados en la comisión de ciberdelitos, como por ejemplo, el *malware*”.

ciberseguridad y atribuye carácter esencial a la cooperación con la Unión Europea y otros organismos de ámbito internacional o regional.

Define el ciberespacio como “dominio global y dinámico compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información –incluida internet–, las redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones” reconociendo que, si bien proporciona nuevas oportunidades, también comporta nuevos retos, riesgos y amenazas “conocer sus amenazas, gestionar los riesgos y articular una adecuada capacidad de prevención, defensa, detección, análisis, investigación, recuperación y respuesta constituyen elementos esenciales de la Política de Ciberseguridad Nacional”.

Afronta la ciberseguridad como motor del progreso económico, pues un entorno más seguro es esencial para atraer la inversión, generar empleo e incrementar la competitividad. Pretende establecer un modelo integrado basado en la implicación coordinación y armonización de todos los actores y recursos del Estado, la cooperación público-privada y la participación ciudadana. Esta necesidad de implicar a los propios ciudadanos en la gestión de los riesgos que para la seguridad nacional derivan del nuevo escenario es consecuencia del reconocimiento de la incapacidad misma de los Estados de hacerle frente por sí solos<sup>28</sup>. Y marca las directrices y líneas generales de actuación para enfrentar el desafío de la vulnerabilidad del ciberespacio.

Se consagran como principios rectores de la ciberseguridad: el liderazgo nacional y la coordinación de esfuerzos, la responsabilidad compartida, la proporcionalidad, racionalidad y eficacia y la cooperación internacional.

Entre los objetivos de la política de Ciberseguridad se destaca el objetivo global de lograr un uso seguro de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones, fortaleciendo las capacidades de prevención, defensa y detección, análisis, investigación, recuperación y respuesta a los ciberataques. Se fijan además seis objetivos específicos por ámbitos “(1) para las administraciones públicas, garantizar que sus sistemas de información y telecomunicación utilizadas por estas, posean el adecuado nivel de seguridad y resiliencia; 2) para las empresas y las infraestruc-

turas críticas, impulsar la seguridad y la resiliencia de las redes y los sistemas de información usados por el sector empresarial en general y los operadores de infraestructuras críticas en particular; 3) en el ámbito judicial y policial, potenciar las capacidades de prevención, detección, respuesta, investigación y coordinación frente a las actividades del terrorismo y la delincuencia en el ciberespacio; 4) en materia de sensibilización, concienciar a los ciudadanos, profesionales, empresas y administraciones públicas españolas de los riesgos derivados del ciberespacio; 5) en capacitación, alcanzar y mantener los conocimientos, habilidades, experiencia y capacidades tecnológicas que necesita España para sustentar todos los objetivos de la ciberseguridad; y 6) en lo que se refiere a la colaboración internacional, contribuir en la mejora de la ciberseguridad, apoyando el desarrollo de una política de ciberseguridad coordinada en la Unión Europea y en las organizaciones internacionales, así como colaborar en la capacitación de Estados que lo necesiten a través de la política de cooperación al desarrollo.” Y desarrolla la estructura orgánica de la ciberseguridad dentro del esquema orgánico de la Seguridad Nacional.

En el acuerdo del mismo día, 5 de diciembre de 2013, el Consejo de Seguridad Nacional crea el Consejo Nacional de Ciberseguridad, como órgano de apoyo del Consejo de Seguridad Nacional encargado de la coordinación de los organismos con competencias en la materia a nivel nacional y del desarrollo del Plan Nacional de Ciberseguridad y los planes derivados.

La Ley 36/2015 de Seguridad Nacional del 28 de septiembre<sup>29</sup>, califica la ciberseguridad de “ámbito de especial interés de la seguridad nacional” y en la Estrategia de Seguridad Nacional aprobada en 2017

<sup>28</sup> Fernández Hernández, A. “ciberamenazas a la Seguridad Nacional “en AA.VV “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 162.

<sup>29</sup> El artículo 10 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2015) dispone “ se consideraran ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional aquellos que requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades, así como el bienestar de los ciudadanos, y garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. A los efectos de esa ley, serán, entre otros, la ciberseguridad, la seguridad económica y financiera, la seguridad marítima, la seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre, la seguridad energética, la seguridad sanitaria y la preservación del medio ambiente “. Y el artículo 11 contiene las obligaciones de las administraciones públicas en aquellos ámbitos de especial interés que pasan por establecer mecanismos de coordinación, intercambio de información en especial en lo que refiere a los sistemas de vigilancia y alerta ante posibles riesgos y amenazas.

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

<sup>30</sup>, adquiere un espacio central en cuanto “el proceso de revolución tecnológica está llamado a transformar las sociedades y los modos de vida(...) el desarrollo tecnológico está asociado a una mayor exposición a nuevas amenazas, especialmente las asociadas al ciberespacio. La hiperconectividad actual agudiza algunas de las vulnerabilidades del sistema de seguridad y exige una mejor protección de las redes y sistemas, así como de la privacidad y los derechos digitales del ciudadano(...)”. La ley caracteriza el desarrollo tecnológico como “instrumento de activación económica, crecimiento y progreso” pero reconoce que la tecnología “ha premiado al interconectividad en detrimento de la seguridad” y que “actos como el robo, uso y difusión de la información, acciones hostiles que incluyen actividades de desinformación e interferencias en procesos electorales representan hoy un desafío de grandes dimensiones”. Advierte de las implicaciones que para la seguridad tendrán la inteligencia artificial, la ingeniería genética, el internet de las cosas y la robotización .

Recientemente el Consejo de Seguridad Nacional ha aprobado la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019<sup>31</sup>, que desarrolla las previsiones de la estrategia de Seguridad Nacional de 2017 en este ámbito específico.

La estrategia vigente caracteriza el ciberespacio como “espacio común global” y parte de los desafíos que para la seguridad plantea la ausencia de soberanía, la débil jurisdicción, facilidad de acceso y dificultad de atribución de las acciones. La digitalización acelerada, la inteligencia artificial, la robótica, el *big data*, el *blockchain* y el internet de las cosas son una realidad cuyo potencial transformador excede de lo tecnológico y afecta a los modelos sociales, las relaciones personales y la ética.

Pero el ciberespacio, junto a su naturaleza virtual tiene una base física, los elementos que conforman las redes y sistemas de información y comunicación de los que dependen las infraestructuras críticas y los servicios esenciales, su vulnerabilidad es la de las propias infraestructuras y servicios esenciales, un ataque a las bases físicas puede tener resultados impredecibles.

Por otro lado, se reputa esencial a la seguridad nacional el preservar los valores y principios constitucionales y democráticos, los derechos fundamentales de las personas en el ciberespacio, en especial su privacidad, la protección de los datos personales, la libertad de expresión y el acceso a una información veraz y de calidad. Todos ellos reclaman un enfoque multidisciplinario bajo los principios de unidad y coordinación. En esta línea, González Cussac identificaba como una de las tendencias claras a la hora de abordar un nuevo concepto de seguridad nacional “que resulte eficaz como criterio central de gestión de las nuevas amenazas y necesidades estratégicas” y al tiempo sea compatible con el Estado democrático y de Derecho, este enfoque multidisciplinario, como equivalente a exención de peligros en los ámbitos militar, político, económico, social y medioambiental y, por tanto, “entendida como seguridad colectiva, compartida y global”<sup>32</sup>.

El sector privado, al ser uno de los principales titulares de los activos digitales se convierte en actor principal en materia de ciberseguridad, y se debe implicar en el objetivo de crear un entorno digital seguro y fiable. Es por ello que se ha de potenciar la inversión en ciberseguridad de las empresas, en el entendido, además, de que en el diseño de los elementos se ha hecho primar más el criterio comercial que la seguridad y se trata ahora de revertir dicha situación.

Se pretende pasar de un modelo preventivo y defensivo a otro de mayor capacidad disuasoria lo que eleva a fundamental la acción del Estado dirigida a obtener y potenciar capacidades de ciberdefensa.

Las ciberamenazas entendidas como “disrupciones o manipulaciones maliciosas que afectan a elementos tecnológicos” son transversales, desconocen las barreras geográficas, y pueden afectar a todos los ámbitos de la Seguridad Nacional. El anonimato que proporciona el sistema dificulta aún más su persecución. Pero, sobre todo, son cada vez más variadas, tanto en la intensidad como en la forma de presentarse o en sus motivaciones, y están en constante evolución. De ahí que la ciberinteligencia adquiera un papel clave a la hora de identificar y anticipar riesgos y amenazas en orden a combatirlos con las respuestas rápidas y eficaces que reclama un escenario tan extraordinariamente dinámico. Y el propio desarrollo tecnológico se

<sup>30</sup> Cfr. Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la estrategia de Seguridad Nacional 2017 (BOE núm. 309, de 21 de diciembre de 2017).

<sup>31</sup> Ver Orden PCI/487/2019.

<sup>32</sup> Cfr. González Cussac, J.L. “Tecnocrimen...” op. cit. págs. 207 y 208

presenta como una herramienta extraordinariamente eficaz en este campo. Las tecnologías de la información y la comunicación agilizan significativamente la búsqueda, recopilación y tratamiento de datos para lograr la información que permita una adecuada evaluación de los riesgos y amenazas en orden a anticiparlos y prevenirlos o combatirlos adecuadamente. La nube está propiciando una nueva revolución industrial soportada en las nuevas “fábricas de datos” (centros de datos, *data centers*) y de aplicaciones web (*web apps*). Esta nueva revolución producirá un gran cambio social, tecnológico y económico<sup>33</sup> pero también tiene consecuencias en el campo de los derechos y libertades. Así ha sido puesto de manifiesto por Ramírez Barbosa al analizar el conocido caso Odebrecht<sup>34</sup>.

Pero aquí aparece de nuevo la eterna pugna entre seguridad y libertades<sup>35</sup>, el clásico problema de los límites, revitalizado en un escenario de alarma por las consecuencias del nuevo terrorismo extendido a nivel global, que ha propiciado la armonización de las legislaciones estatales especialmente interesadas en combatir no solo sus acciones sino también los grupos mismos a través de la estrangulación de sus fuentes de captación de adeptos y su financiación<sup>36</sup>. Tan loables fines ciertamente exigen sacrificios pero es necesario poner barreras de modo que se produzca la mínima injerencia en los derechos fundamentales<sup>37</sup>. En esta

línea, no puede olvidarse el empleo por los Estados de las utilidades que ofrecen las nuevas tecnologías con fines de investigación que alcanza cotas, que en muchas ocasiones tienen difícil encaje en un Estado de Derecho. Con acierto señala Cuerda Arnau que “los sistemas tradicionales de observación y seguimiento son “reliquias del pasado”<sup>38</sup> sustituidas por nuevas técnicas de vigilancia cuyo ejemplo paradigmático es el “control estratégico de las telecomunicaciones”, la recogida aleatoria de información y su procesamiento empleando filtros de búsqueda con palabras clave. Destaca que *Echelon*<sup>39</sup> es considerada la mayor red de espionaje de la historia, con capacidad de captar toda clase de comunicaciones en prácticamente todo el mundo, y someterlas a análisis mediante filtros que emplean determinadas palabras clave en función del interés de la investigación concreta<sup>40</sup>. Si el sistema *Echelon* generó la aprobación por el Pleno del Parlamento Europeo de la Resolución del 5 de septiembre de 2001, que concluyó con la recomendación de que se adopten medidas para que los Estados miembros de la Unión Europea se comprometan a prohibir el espionaje industrial y a no participar en él directa o indirectamente, las revelaciones que, desde junio de 2013, derivaron de los documentos filtrados por el excontratista de la Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos, Edward Snowden, sobre los programas de Inteligencia de la Agencia<sup>41</sup> determinaron

<sup>33</sup> Cfr. Joyanes Aguilar, L. “Introducción. Estado del arte de la ciberseguridad”, en “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”; Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia nº 149, Madrid, 2010, pág. 23

<sup>34</sup> Cfr. Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en AAVV “Desafíos del Derecho Penal en la sociedad del Siglo XXI”, Bogotá, 2018, p. 38 y sig.

<sup>35</sup> Como sostiene Silva Sánchez la antinomia entre libertad y seguridad ha sido el detonante de la crisis del derecho penal contemporáneo. Vid Silva Sánchez, J.M. “Aproximación al derecho penal contemporáneo”, Barcelona 1992. P 13 y ss.

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión vid. Ferré Olivé, J.C. “Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo” en AA.VV. “financiación del Terrorismo” Valencia 2018, p 57 y ss.

<sup>37</sup> Ver Lamarca Pérez, C. “Terrorismo transnacional”, en AA.VV. “Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016 , p.460 “ En todo caso , las acciones terroristas lo que han venido propiciando no es solo un reforzamiento de las medidas jurídicas para combatir las sino la aparición de una auténtica legislación de emergencia permanente cuya vis expansiva y excepcionalidad han convertido a la legislación antiterrorista en uno de los mejores bancos de prueba que se puede utilizar para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático pues es precisamente en esta materia donde el

sistema política, incluso el más democrático, muestra de modo patente una tendencia claramente autoritaria, que lesiona de manera muy grave la eficacia de las garantías individuales”

<sup>38</sup> Cuerda Arnau, M.L. “Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes” en AA.VV: “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo , criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 107

<sup>39</sup> En realidad el nombre Echelon solo designa la sección de espionaje de señales destinada a la interceptación de comunicaciones vía satélite , que es parte del sistema más amplio del Sistema de espionaje de Señales de los Estados Unidos ( USSS)

<sup>40</sup> Sobre los métodos prospectivos de vigilancia mediante el empleo de las nuevas tecnologías vid. ampliamente Cuerda Arnau, M.L. “Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes” en AA.VV: “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo , criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch , 2013. p. 103 y ss Vid. también en la misma obra colectiva Górriz Royo, E.M. “ Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas”, p.243 y ss.

<sup>41</sup> Según la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, , se trata de programas que permiten la vigilancia masiva de ciudadanos mediante el acceso directo a los servidores centrales de las empresas estadounidenses líderes en internet ( programa PRISM ) , el análisis de contenido y metadatos ( programa Xkeys-

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

la resolución del Parlamento Europeo del 12 de marzo de 2014, sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos, los órganos de vigilancia en diversos Estados Miembros y su impacto en los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y en la cooperación trasatlántica en materia de justicia y asuntos de interior (P7\_TA(2014)0230)<sup>42</sup>, en que refiere al impacto de la vigilancia masiva, para señalar que las medidas de seguridad incluidas las de la lucha contraterrorista han de sujetarse a las obligaciones en materia de derechos fundamentales incluidas las relacionadas con la intimidad y protección de datos. Destaca asimismo la Resolución, que en un memorando del 7 de enero de 2014, la propia Agencia de Seguridad de los Estados Unidos puso de manifiesto la ineficacia de la vigilancia masiva de datos para la prevención de actos terroristas, que los servicios de inteligencia de las sociedades democráticas están sujetos a una rendición de cuentas democrática y al control judicial y han de usar los poderes y capacidades que se ponen a su disposición dentro de los límites legales impuestos por los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho, y condena la recopilación de datos generalizada, extensa y sistemática que se ha llevado a cabo. Finalmente, presenta una serie de Recomendaciones como un plan de prioridades y un “Habeas corpus digital europeo –proteger los derechos fundamentales en una era digital–” con ocho acciones concretas estableciendo también un plan de seguimiento.

La incidencia de las nuevas tecnologías también se deja sentir en el campo de la respuesta penal con la preocupante introducción de la inteligencia artificial y el uso de algoritmos en orden a condicionar las labores de determinación de las penas, la aplicación de medidas de seguridad y la procedencia de la libertad condicional que se viene imponiendo en el sistema de justicia de los Estados Unidos y se pretende exportar a otros sistemas jurídicos<sup>43</sup>.

core) la elusión del cifrado en línea ( BULLRUN) el acceso a redes informática y telefónicas y a datos de localización, y algunos programas de la Agencia de inteligencia británica GCHQ , como la actividad preliminar de vigilancia ( programa Tempora ) , el programa de descifrado (Edgehill) , los ataques selectivos con intermediarios contra sistemas de información )( programas Quantumtheory y Foxacid) y la recopilación y retención de 200 millones de mensajes de texto al día ( programa Dishfire).

<sup>42</sup> El texto íntegro se puede consultar en la página del Parlamento Europeo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7-TA-2014-0120>

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión vid. ampliamente Romeo Casabona,

Las mismas condiciones que hacen del ciberespacio un motor del progreso, son utilizadas con fines maliciosos, alentadas por la protección que proporciona el anonimato. Internet y las redes sociales pueden ser utilizados perversamente como medios de influencia y poder, el espionaje pasa a ser ciberespionaje facilitado enormemente con el cambio de escenario, y surgen las llamadas Amenazas Persistentes Avanzadas (APTS), que en general funcionan a modo de espías instalados en los sistemas para apoderarse de información durante un cierto periodo y pueden afectar tanto a empresas como al sector público, incluso a gobiernos, las *amenazas híbridas* , entendidas como acciones coordinadas y sincronizadas dirigidas a atacar las vulnerabilidades sistémicas de los Estados democráticos y las instituciones, mediante ciberataques, manipulación de información o elementos de presión económica.

La cibercriminalidad se concibe en la recientemente aprobada Estrategia Nacional de Ciberseguridad como problema de seguridad ciudadana, y comprende todas las “actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas” incluyendo ciberterrorismo, ciberdelito o hacktivismo. Destaca Subijana Zunzunegui que los ilícitos cometidos en el ciberespacio tienen cuatro características específicas: “se cometen fácilmente; requieren escasos recursos en relación al perjuicio que causan; pueden cometerse en una jurisdicción sin estar físicamente presente en el territorio sometido a la misma; y se benefician de lagunas de punibilidad que pueden existir en determinados Estados, los cuales han sido denominados paraísos cibernéticos, debido a su nula voluntad política de tipificar y sancionar estas conductas”.<sup>44</sup> Los grupos terroristas aprovechan vulnerabilidades del ciberespacio para

C.M. “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”. Revista Penal 42, julio 2018. p.166 y ss. Vid. también Miró Llinares, F. “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. Revista de derecho penal y criminología, 20 , 2018. p. 87 y ss. y De la Cuesta Aguado, P. “La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial”. Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal, 44, 2016, p 165 y ss.

<sup>44</sup> Subijana Zunzunegui, J.I., “El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial” Eguzkilore, Número 22. San Sebastián, 2008, p. 171

sus ataques, actividades de radicalización, financiación, adiestramiento o propaganda. La ciberdelincuencia opera con esquemas del crimen organizado, amparada por el anonimato que proporciona el nuevo espacio y el empleo de criptomonedas para el comercio de bienes y servicios ilícitos, la extorsión el fraude y la falsificación de medios de pago, está a la orden del día. De igual modo, el blanqueo de capitales y el fraude fiscal son fuente de ingresos para el crimen organizado que se vale de las nuevas tecnologías para favorecer su actividad. El hacktivismo aprovecha el sistema para realizar ataques con motivaciones ideológicas de gran impacto mediático.

Especial atención merecen por su efecto desestabilizador las campañas de desinformación mediante la difusión de noticias falsas aprovechando el efecto multiplicador de las redes sociales, como medio de ataque a Estados, organizaciones internacionales, personajes públicos e incluso procesos electorales. Y asimismo, dado el creciente valor de la información digital, el uso de los datos personales que circulan en la red para múltiples finalidades incluido el comercio de datos, pone en riesgo la privacidad, la confidencialidad de los datos y la libertad informática de las personas.

Apunta en su introducción la ENC 2019<sup>45</sup> que se ha de tener en cuenta la concepción del ciberespacio

<sup>45</sup> Sin duda recuerda incidentes como los protagonizados por la Compañía *Cambridge Analytica* y su intervención en las últimas campañas electorales de Estados Unidos, Argentina y en el Referéndum para la salida de Reino Unido de la Unión Europea, mediante la explotación de datos personales obtenidos de millones de usuarios de Facebook. Recientemente en julio 2019 la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos ha sancionado a Facebook con una multa de 5.000 millones de dólares por compartir datos de millones de usuarios con la Compañía *Cambridge Analytica*. El Tribunal Constitucional español declaró en la ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que disponía “Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales. 1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas. Parte el TC de asumir que el precepto constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales garantizado por el artículo 18.4 CE. El Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos no excluye que los Estados puedan autorizar la recopilación de datos personales sobre las opiniones políticas en el marco de actividades electorales, si bien esa autorización está expresamente condicionada al establecimiento de “garantías adecua-

das”, como vector de comunicación estratégica, que puede ser utilizado, como ya reconocía la ESN 2017, para influir en la opinión pública y en la forma de pensar de las personas a través de la manipulación de la información, de las campañas de desinformación o las acciones de carácter híbrido.

El objetivo de la ciberseguridad es hoy, en términos de la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017 “garantizar un uso seguro y responsable de las redes y los sistemas de información y comunicaciones a través del fortalecimiento de las capacidades de prevención, detección y respuesta a los ciberataques potenciando y adoptando medidas específicas para contribuir a la promoción de un ciberespacio seguro y fiable” y ello pasa por fomentar la cultura de la ciberseguridad implicando a toda la sociedad, por impulsar la industria de ciberseguridad promoviendo la investigación, el

das”, disponiendo su considerando 56: “Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas”. Concluye el TC, estimando el recurso promovido por el Defensor del Pueblo, que se han producido tres vulneraciones del art 18.4 CE en relación con el 53.1 CE en cuanto la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama la doctrina constitucional, por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. Las tres vulneraciones “autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que solo el legislador puede remediar, y redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental que impone el artículo 53.1 CE, en la medida en que, por una parte, la insuficiente adecuación del precepto cuestionado a los requerimientos de certeza crea, para todos aquellos a los que recopilación de datos personales pudiera aplicarse, un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración y, por otra parte, la indeterminación de la finalidad del tratamiento y la inexistencia de «garantías adecuadas» o las «mínimas exigibles a la Ley» constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear”. Y asimismo razona que “Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate.”

## Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales

desarrollo y la innovación, así como la cooperación internacional.

Los principios rectores de la Seguridad Nacional; unidad de acción, anticipación, eficiencia y resiliencia, se trasladan al ciberespacio. En este campo resulta esencial la unidad de respuesta ante posibles incidentes para asegurar una acción coordinada, rápida, que limite al máximo los tiempos de respuesta y eficaz; ha de primar la prevención sobre la reacción. En tiempos de crisis económica resulta fundamental optimizar los recursos implicados. El fomento de la resiliencia especialmente en lo que afecta a los sistemas e infraestructuras críticas es clave para la Seguridad Nacional. Merece en este punto destacar iniciativas como las de Estonia que desde 2014 iniciaba los trabajos preparatorios de las “embajadas de datos”, esto es centros de datos situados en infraestructuras nacionales en Estados aliados, con réplicas de los sistemas TIC y las bases de datos críticas para asegurar la continuidad del funcionamiento del país en caso de contingencias como invasión, ciberataque o catástrofe natural<sup>46</sup>.

El objetivo general de crear un uso seguro y fiable del ciberespacio protegiendo los derechos y libertades y promoviendo el progreso económico se desarrolla en la estrategia de 2019 en cinco objetivos específicos: seguridad y resiliencia de las redes y los sistemas de información y comunicaciones del sector público y de los servicios esenciales; uso seguro del ciberespacio frente a su uso ilícito o malicioso; protección del ecosistema empresarial y social y de los ciudadanos; cultura y compromiso con el ciberseguridad y potenciación de las capacidades humanas y tecnológicas; y seguridad del ciberespacio en el espacio internacional. Para la consecución de tales objetivos se trazan una serie de líneas de acción y medidas concretas que pasan por el refuerzo de las capacidades ante las amenazas, mediante la mejora de la capacidad de detección y análisis, la potenciación de la cooperación de los sectores público y privado, incluso de organismos internacionales competentes, la intensificación de la inteligencia y el ágil intercambio de información en orden a lograr una alerta temprana que permita acciones preventivas o en su caso, respuestas tempranas, introduciendo útiles sistemas de evaluación, e intensificando la inteligencia y el

AL CIBERCRIMINALIDAD as nciales emprana que permita acciones preventivas o en su caso , respuestas tempranas , introduciendo sistrápido intercambio de información con fines de prevención.

#### 4. Conclusión

Asistimos a un momento de transformación permanente en todos los aspectos de la vida de la mano del imparable desarrollo tecnológico que, obviamente, tiene repercusiones en el ámbito del derecho que se presentan como desafíos que no pueden abordarse desde las perspectivas ni con los instrumentos tradicionales, y exigen, más que nunca, un esfuerzo coordinado a nivel mundial que implique a todos los Estados y a todas las sociedades en orden a lograr que este nuevo espacio en que inevitablemente nos desarrollamos sea un lugar seguro y fiable, sin renunciar a las conquistas que supone el Estado de Derecho.

#### 5. Bibliografía

- Agustina, J.R. “Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización”, Cuadernos de Política Criminal, n° 114, 2014.
- Cuerda Arnau, M.L. “Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes” en AAVV “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. p 103 y ss.
- De Alfonso Laso, D. “Intimidad y protección de datos en el derecho penal “en AAVV “Delincuencia informática. Problemas de Responsabilidad”. Cuadernos de Derecho Judicial IX. Madrid 2002.
- De la Cuesta Aguado, P. “La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial”. Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, 44, 2016.
- Ferré Olivé, J.C. “Tecnologías de información y comunicación, comercio electrónico, precios de transferencia y fraude fiscal”, en AAVV, “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, 2013.

<sup>46</sup> Sobre esta cuestión se puede consultar el artículo “Estonia y las embajadas de datos “ de Fojón Chamorro.E , publicado en “Ciberseguridad y Ciberdefensa” el 5 de julio de 2017 *Blog.real-institutoelcano.org/estonia-y-las-embajadas-de-datos*

- Ferré Olivé, J.C. “Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo” en AA.VV. “Financiación del Terrorismo”, Valencia, 2018.
- González Cussac, J.L. “Tecnocrimen”, en AAVV “Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- González Cussac, J.L., “Estrategias legales frente a las ciberamenazas”, en “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”; Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia nº 149, Madrid, 2010.
- Jacobs, Jane “The death an life or great american cities”. Ed. Random House, New York, 1961.
- Joyanes Aguilar, L. “Introducción. Estado del arte de la ciberseguridad”, en “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”; Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia nº 149, Madrid, 2010.
- Katyal, N.K. “Digital Architecture as Crime Control”. The Yale Law Journal. Vol. 111, nº 5, 2002.
- Katyal, N.K. “Digital Architecture as Crime Control”. The Yale Law Journal. Vol. 112, nº 8, 2003.
- Lamarca Pérez, C. “Terrorismo trasnacional”, en AA.VV. “Política criminal ante el reto de la delincuencia trasnacional”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- Merry, Sally E. “Defensible Space Undefined: Social Factors in Crime Control Through Environmental Design”. Urban Affairs Quarterly, Vol. 16, 1981.
- Miró Llinares, F. “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. Revista de derecho penal y criminología, nº 20, 2018.
- Navarro Cardoso, F. “Corrupción, transparencia y derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información”. Cuadernos de Política Criminal, Número 114, 2014.
- Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en AAVV “Desafíos del Derecho Penal en la sociedad del Siglo XXI”, Bogotá, 2018.
- Romeo Casabona, C.M. “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”. Revista Penal 42, julio 2018.
- Silva Sánchez, J.M. “Aproximación al derecho penal con temporáneo”, Barcelona 1992.
- Pons Gamón, V. “Internet, la nueva era del delito: cibercrimen, ciberterrorismo, legislación y ciberseguridad”. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, nº 20, Quito, 2017.
- Subijana Zunzunegui, J.I. “El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial “Eguzkilore, nº 22. San Sebastián, 2008.
- Vidaurri Aréchiga, M. “Delitos Informáticos. Los retos del derecho penal”. En AAVV “Cibercrimen”. Tirant lo Blanch, México, 2019.



## La responsabilidad penal por la falsificación o alteración de facturas como herramienta de lucha contra el fraude fiscal en el derecho penal polaco

Blanka Julita Stefańska

Profesora adjunta de Derecho Penal  
Lazarski University, Varsovia

**RESUMEN:** La reforma del 10 de febrero de 2017 introdujo en el código penal polaco nuevos tipos de delitos, llamados delitos de facturas, consistentes en la falsificación, alteración o uso de facturas falsas o alteradas relacionados con los fraudes fiscales.

**PALABRAS CLAVE:** Polonia- Código Penal- Código Penal Fiscal- Facturas falsas- Fraude fiscal.

**ABSTRACT:** The reform of 10 February 2017 introduced into the Polish penal code new types of offences, called invoice crimes, consisting of the forgery, alteration or use of false or altered invoices related to tax fraud.

**KEY WORDS:** Poland- Criminal Code- Tax Penal Code- Invoice crime- Tax Fraud.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Bien jurídico protegido. III. Tipos de delitos. 1. Tipo básico. 2. Tipos agravados. 3. Tipo privilegiado. IV. Tipo objetivo. 1. Falsificación de factura. 2. Alteración de factura. 3. Uso de la factura falsa o alterada. 4. Sujeto pasivo del delito. 5. Sujeto activo. V. Tipo subjetivo. VI. Concurso de normas. VII. Sanciones. VIII. La rebaja extraordinaria de la pena. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Rec: 15 jun 2020 | Fav: 15 jul 2020

## 1. Introducción

Mediante la ley del 10 de febrero de 2017 de reforma de la ley-Código penal y algunas otras leyes<sup>1</sup> se introdujeron al código penal polaco del 6 de junio de 1997 preceptos que tipifican la falsificación de facturas como delito que comprende:

Falsedad material, o sea, falsificación o alteración de factura con el fin de usarla como auténtica en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal, o bien el uso de tal factura como auténtica. La criminalización de este tipo de la conducta ha de ser un arma eficaz para la lucha contra el fraude del impuesto sobre el valor añadido (IVA), que se refiere al impuesto debido y al impuesto calculado, así como a la devolución del impuesto (art. 270a c.p.p);

Falsedad intelectual, relativa a la emisión de factura o facturas que contengan el importe total cuyo valor o valor conjunto es significativo, que certifican falsedad en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal, o bien el uso de tal factura o facturas (art. 271a c.p.p.).

Estos delitos son llamados delitos de facturas<sup>3</sup>.

El legislador consideró que, independientemente de la necesidad de prevenir tales prácticas mediante la regulación fiscal y procedimiento administrativo, así como penal fiscal<sup>4</sup>, es imprescindible también luchar contra este fenómeno de fraude del IVA mediante herramientas penales. “Se trata de que –tal como se destaca en los fundamentos de la reforma– este tipo de conducta, que tienden a obtener ilegalmente recursos financieros a costa del presupuesto del Estado se convirtiesen en nada rentables y la pena respectivamente grave tuviese valor disuasivo para los delin-

centes profesionales. Está claro que las personas que cometen delitos penales fiscales en mayor grado que los autores de delitos penales planifican sus acciones, haciendo un particular balance de pérdidas y ganancias relacionadas con la comisión del delito. Las sanciones previstas por estos actos por el código penal-fiscal no son suficientes, en particular en caso cuando causan importante disminución de ingresos del presupuesto”<sup>5</sup>. La emisión de factura o de recibo de forma indebida o el uso de tal documento constituye el delito fiscal previsto en el artículo 62 § 1 del código penal-fiscal<sup>6</sup> sancionado con pena de multa de hasta 720 cuotas diarias, o con la pena de privación de libertad por tiempo no inferior que un año, o con estas dos penas simultáneamente. Dicho código prevé la multa desde 10 hasta 720 cuotas diarias (art. 23 § 1 c.p.f.). La introducción al código penal polaco de los delitos mencionados arriba es una confirmación de la postura existente en la doctrina según la cual los delitos contra la Tesorería del Estado es un producto de una larga evolución legislativa<sup>7</sup>.

## 2. Bien jurídico protegido

El artículo 270a se encuentra en el capítulo XXXIV del código penal titulado “Delitos contra veracidad de documentos”, lo que indica que el legislador lo incluye en los preceptos que protegen la veracidad de documentos. Está ubicado directamente después del precepto que tipifica falsificación o alteración de documento con el fin de usarlo como auténtico o el uso de tal documento como auténtico (art. 270 c.p.p.), que queda considerado como protector de la seguridad de tráfico jurídico que se basa en la confianza en

<sup>1</sup> Dz.U. z 2017r., poz. 244, en adelante como „la reforma”.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm), en adelante como „c.p.p.”

<sup>3</sup> V. Konarska-Wrzošek, Invoice-related crimes: their significance, legal classification and place in the system of Polish criminal law, *Ius Novum* 2017, núm. 2, p. 83; A. Lach, (en): Kodeks karny. Komentarz, V. Konarska-Wrzošek (dir.), Varsovia 2018, p. 1234; L. Wilk, Nowe typy tzw. przestępstw fakturowych w kodeksie karnym, (en): O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. S. Hoca, D. Mucha (dir.), t. II, Opole 2018, p. 281.

<sup>4</sup> En Polonia, aparte del código penal, existe el código penal fiscal que recoge delitos y faltas fiscales.

<sup>5</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 888) <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=888> (fecha de acceso: 1 de julio de 2019).

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1958 ze zm.), en adelante como „c.p.f.”

<sup>7</sup> J. C. Ferré Olivé: The crime of tax fraud in Spain, *Ius Novum* 2018 núm. 4, p. 8.

documento<sup>8</sup>, o de la veracidad del documento<sup>9</sup>, o de la confianza pública en documentos en cuanto a su autenticidad y honestidad<sup>10</sup>, así como de derechos y relaciones jurídicas cuya existencia o falta de existencia certifica el documento en cuestión.<sup>11</sup> Teniendo en cuenta la ubicación del artículo 270 y 270a en el mismo capítulo, cerca de sí mismos y gran similitud entre ellos, habría que estimar, que protegen el mismo bien jurídico. Así lo trata la doctrina que admite que artículo 270a c.p.p. tiene por el bien jurídico principal la veracidad de facturas en el sentido material (autenticidad)<sup>12</sup>, y por bien jurídico lateral –efectuar pagos públicos de manera correcta<sup>13</sup> o el interés patrimonial del presupuesto de Estado en cuanto a pagos de carácter tributario<sup>14</sup>–. Tal determinación de bien jurídico principal es contraria a *ratio legis* del artículo 270a c.p.p. expresado en los fundamentos del proyecto de reforma, tratándose de “lucha contra el fenómeno de fraude del IVA mediante el uso de herramientas jurídico-penales”. La falsificación de facturas constituye una forma de fraude del impuesto sobre el valor añadido, por lo tanto la tipificación de tal conducta tiende a eliminar facturas falsas o alteradas que sirvan como medio básico para el fraude fiscal. Así resulta claramente de los fundamentos de la reforma, ya que se destaca que “centrándose en la penalización de delitos contra documentos (veracidad de facturas),

se puede obtener el resultado que consiste en aniquilar la herramienta más importante que sirve para el fraude del IVA”.

La tipificación de este delito en el código penal y no en el código penal fiscal del 10 de septiembre de 1999, se debe a la voluntad de sancionar este delito con una pena bastante grave. Se dice *expressis verbis* en los fundamentos de la reforma que “Si castigamos estos hechos únicamente con sanciones resultantes del Código penal fiscal, entonces no sería suficiente, en particular cuando producen importantes disminuciones de ingresos del presupuesto”. El código penal fiscal regula conjuntamente cuestiones sustanciales, procesales y ejecutivas relativas a la responsabilidad por delitos y faltas fiscales. Es una norma autónoma e independiente del código penal de 1997 y del código de faltas de 1971/15 que regulan responsabilidad por delitos y faltas comunes. En el código penal fiscal la pena agravada (art. 38 § 2 c.p.f.) no puede exceder de 10 años (art. 28 § 2 c.p.f.). Se acentúa la función preventiva del derecho penal, ya que las penas graves han de disuadir sobre todo a los potenciales delincuentes y la función represiva, expresada en la necesidad de imponer penas graves a los delincuentes.

Por lo tanto, por el bien jurídico principal hay que considerar intereses patrimoniales de la Tesorería del Estado y por el bien jurídico lateral – veracidad de facturas. Con razón se destaca en la literatura que en tal caso el bien jurídico individual prevalece al bien jurídico genérico, además, la protección de veracidad de facturas no tiene carácter completo si no es limitado a las circunstancias de hecho relevantes fiscalmente<sup>16</sup>. Quedan protegidas las facturas *verba legis* “en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal” (art. 270a § 1 c.p.p.). La carga de penalización fue trasladada del fraude fiscal a la falsificación de facturas que constituyen un momento anterior<sup>17</sup>. No se puede aprobar la postura que estima que el bien jurídico principal consiste en veracidad de documentos y no en intereses patrimoniales del Estado, ya que los llamados delitos

<sup>8</sup> J. Piórkowska-Flieger, (en): Kodeks karny. Komentarz, T. Bojarski (dir.), Varsovia 2006, p. 539; R. Zawłocki, (en): Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222-316, A. Wąsek (dir.), R. Zawłocki (dir.), t. II, Varsovia 2010, p. 763; M. Mozgawa, (en): Kodeks karny. Komentarz, M. Mozgawa (dir.), Varsovia 2017, p. 831; wyrok SN z dnia 3 czerwca 1996 r., II KKN 24/96, Prokuratura i Prawo-wkładka 1997, núm. 2, poz. 5; wyrok SN z dnia 4 grudnia 2002 r., III KKN 370/00, Prokuratura i Prawo-wkładka 2003, núm. 7-8, poz. 6.

<sup>9</sup> J. Piórkowska-Flieger, (en): Kodeks karny...p. 539; W. Wróbel, (en): Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 k.k., A. Zoll (dir.), t. II, Varsovia 2013, p. 1537; T. Razowski, (en): Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, J. Giezek (dir.), Varsovia 2014, p. 1013; M. Żelichowski, (en): Kodeks karny. Komentarz, Art.222-316, M. Królikowski (dir.), R. Zawłocki (dir.), t. II, Varsovia 2017, p. 516; A. Lach, (en): Kodeks karny... p. 1209; postanowienie SN z dnia 24 maja 2011 r., II KK 13/11, LEX núm. 847132.

<sup>10</sup> A. Herzog, (en): Kodeks karny. Komentarz, R. A. Stefański (dir.), Varsovia 2018, p. 1679; M. Gałązka, (en): Kodeks karny. Komentarz, A. Grześkowiak (dir.), K. Wiak (dir.), Varsovia 2019, p. 1333.

<sup>11</sup> A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Varsovia 2010, p. 577.

<sup>12</sup> V. Konarska-Wrzosek, Invoice-related crimes...p. 86.

<sup>13</sup> A. Lach, (en): Kodeks karny...p.1216.

<sup>14</sup> A. Herzog, (en): Kodeks karny...p. 1685; M. Gałązka, (en): Kodeks karny...p. 1339.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (tj. Dz. U. z 2019 r, poz. 821 ze zm.).

<sup>16</sup> M. Żelichowski, (en): Kodeks karny, cit. p. 526.

<sup>17</sup> M. Utracka, Przestępstwa fakturowe: czy są przestępstwami przeciwko wiarygodności dokumentów?, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2018, núm. 3, p. 99.

de facturas están incluidos en el código penal y no en el código penal fiscal<sup>18</sup>.

### 3. Tipos de delitos

El delito de falsificación o alteración de factura tiene: a) tipo básico (art. 270a § 1 c.p.p.); b) 2 tipos agravados (art. 270a § 2, art. 277a § 1 c.p.p.); c) 2 tipos privilegiados (art. 270a § 3, art. 277a § 2 c.p.p.).

#### 1. Tipo básico

El delito en tipo básico consiste en falsificar o alterar factura, con el fin de usarla como auténtica, en cuanto a circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal o bien el uso de tal factura o facturas (art. 270a § 1 c.p.p.). El importe en la factura falsificada o alterada es indiferente.

#### 2. Tipos agravados

Dicho delito tiene dos tipos agravados, las agravantes son: a) es el importe total de la factura o facturas falsificadas (art. 270a § 2 y art. 277a § 1 c.p.p.) o bien b) cuando el autor obtiene una fuente estable de ingresos proveniente de estos delitos (art. 270a § 2 c.p.p.). Según los autores de estos artículos, “se aplicarían en principio a los miembros de los grupos criminales más grandes, cuya actividad produce consecuencias negativas más graves para los intereses patrimoniales de la Tesorería del Estado”. Estos preceptos comprenden fraudes más graves cometidos por grupos criminales organizados.

Se trata de importe total, cuyo valor es superior a quintuplo del importe que determina el patrimonio de valor muy grande (art. 270a § 2 c.p.p.) o 10 veces superior al importe que determina el patrimonio de valor muy grande (art. 277a § 1 c.p.p.). Se trata de importe incluido en una o juntamente en más que una factura. El patrimonio de valor muy grande —de acuerdo con la definición contenida en el artículo 115 § 6 c.p.p.— es el patrimonio cuyo valor a la hora de

cometer el delito es superior a 1 000 000 PLN<sup>19</sup>. Por lo tanto, en el artículo 270a § 2 c.p.p. se trata de importe que exceda 5 000 000 PLN y en el artículo 277a § 1 c.p.p. —importe que exceda 10 000 000 PLN—. El importe total comprende el valor de bienes entregados o servicios prestados, incluidos en la operación, sin el importe del impuesto (el valor de venta neto) y el importe de impuesto de la suma de valor de venta neto (art. 106e ap. 1 puntos 11-15 de la ley del 11 de marzo de 2004 del impuesto sobre el valor añadido<sup>20</sup>). Está compuesto por la suma de valor de venta neto y el impuesto de esta suma. Tal importe ha de estar en la factura falsa, es indiferente el valor real de bienes o servicios, ni el valor de posible o real disminución de pago público en perjuicio de la Tesorería del Estado<sup>21</sup>. Se trata de una posibilidad potencial, no del uso real de la factura falsa para cálculos fiscales.

La fuente estable de ingresos constituye actividad durante cierto período de tiempo, emprendida con el fin de obtener ingresos regulares, incluso cuando el autor del delito, aparte de la actividad delictiva tiene otro fuente de ingresos y la actividad delictiva proporciona únicamente ingresos adicionales<sup>22</sup>. La fuente estable de ingresos tiene lugar cuando la actividad delictiva es la única fuente de ingresos y también cuando es una fuente adicional, pero regular. La forma en la cual se percibe ingresos es crucial; ha de ser contraria al ordenamiento jurídico vigente, duradera y reiterada. El importe de ingresos no es importante, ni el objetivo para el cual el delincuente destina beneficio económico procedente del delito. Estos ingresos

<sup>19</sup> Un dólar americano equivale aproximadamente a unos 3,8 PLN, un euro equivale aproximadamente a unos 4,3 PLN.

<sup>20</sup> Dz.U. z 2018r., poz. 2174 ze zm.

<sup>21</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny, p. 837; M. Gałazka, (en): Kodeks karny... p. 1341.

<sup>22</sup> Wyrok SN z dnia 4 maja 1970 r., IV KR 295/69, OSNP 1970, núm. 7-8, poz. 95; wyrok SN z dnia 20 grudnia 1971 r., KR 249/71, OSNKW 1972, núm. 5, poz. 87; wyrok SN z dnia 29 maja 1980 r., I KR 100/80, Gazeta Prawnicza 1980, núm. 20, p. 403; wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1981 r., I KR 103/81, Nowe Prawo 1982, núm. 9—10, p. 201—204; wyrok SN z dnia 18 października 1985 r., RW 862/85, OSNKW 1986, núm. 7-8, poz. 52; wyrok SN z dnia 3 lutego 1989 r., IV KR 3/89 (no publicada); W. Świda, (en): I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Varsovia 1973, p. 663—664; E. Pływaczewski, (en): A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, Kradzież i paserstwo mienia prywatnego, Varsovia 1985, p. 214; J. Bafia, (en): J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Varsovia 1987, p. 314—315; O. Gómiok, (en): System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, I. Andrejew (dir.), L. Kubicki (dir.), J. Waszczyński (dir.), t. IV, parte. II, Varsovia—Cracovia—Gdańsk—Łódź 1989, p. 454—455.

<sup>18</sup> A. Liszewska, Odpowiedzialność karna za wystawienie faktury w sposób nierzetelny lub używanie takiej faktury po nowelizacji Kodeksu karnego, Przegląd Podatkowy 2017, núm. 9, p. 17-23.

no tienen que satisfacer todas las necesidades vitales del delincuente, pueden satisfacerlas parcialmente, lo importante es que sean ingresos estables procedentes del delito<sup>23</sup>. Es indiferente el destino posterior de estos recursos obtenidos ilegalmente<sup>24</sup>. La estabilidad de ingresos significa su invariabilidad, durabilidad y continuidad<sup>25</sup>. El tiempo durante el cual se obtiene beneficios ilegales no es importante, pero puede ser una circunstancia que afecte la dimensión de la pena<sup>26</sup>. El requisito para que sean ingresos estables no significa que ha de ser actividad exclusiva o principal o que proporcione ingresos de importancia significativa para el delincuente<sup>27</sup>. El sujeto hace del delito la fuente estable de ingresos cuando comete delito reiteradamente con cierta regularidad y obtiene de ello ingresos sistemáticos<sup>28</sup>. La jurisprudencia entiende que “Si el acusado durante el período de cinco meses, en espacios cortos, aprovechándose de torpeza de víctimas, causaba que disponían de su patrimonio en su perjuicio, entonces no cabe duda alguna que hizo de estos fraudes una fuente estable de ingresos”<sup>29</sup>.

Se trata de beneficios provenientes no de cualquier delito, sino del delito determinado en el artículo 270a c.p.p., dado la interpretación teleológica<sup>30</sup>.

En cuanto a tipo agravado por esta circunstancia, es imposible alegar adicionalmente el artículo 65 § 1 c.p.p. que prescribe la agravación extraordinaria de

la pena para el delincuente que comete delitos para obtener fuente estable de ingresos<sup>31</sup>.

### 3. Tipo privilegiado

El delito en tipo privilegiado comprende el caso de menor importancia que se refiere tanto al tipo básico como a ambos tipos agravados (art. 270a § 3, art. 277a § 2 c.p.p.). El caso de menor importancia del delito es considerado por la doctrina como tipo privilegiado de delito<sup>32</sup>, pero hay algunos autores que estiman que el caso de menor importancia constituye una directiva de imposición de la pena<sup>33</sup>.

El caso de menor importancia se caracteriza por el menor grado de nocividad social<sup>34</sup> debido a predominio de elementos positivos de carácter objetivo-subjetivo<sup>35</sup>. Sobre el caso de menor importancia deciden elementos objetivos y subjetivos del hecho, considerando en particular elementos que son característicos para el tipo de delito en cuestión (concepción compleja)<sup>36</sup>. La doctrina destaca que las circunstan-

<sup>23</sup> T. Sroka, (en): Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do art. 212–277d, t. II, W. Wróbel (dir.), A. Zoll (dir.), Varsovia 2017, p. 730–731; A. Lach, (en): Kodeks karny... p. 1217.

<sup>32</sup> M. Wąsek, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 8 sierpnia 1996 r., II AKA 91/96, Prokuratura i Prawo 1997, núm. 5, p. 65-71; K. Banasik, Typ uprzywilejowany czynu zabronionego, Prokuratura i Prawo 2013, núm. 9, p. 45-56; E. Plebanek, Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag na temat charakteru instytucji, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, núm. 5, p. 81-98; P. Bogacki, Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju Monitor Prawniczy 2014, núm. 16, p. 851-852, J. Brzezińska, Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. t. XXXI, Wrocław 2014, p. 37-51; B.J. Stefańska, Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym, Ius Novum 2017, núm. 1, p. 51 -53.

<sup>33</sup> P. Lewczyk, Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda), Prokuratura i Prawo 2008, núm. 7-8, p. 28-38; P. Lewczyk, Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 2008 r., II KK 79/08, Orzecznictwo Sądów Polskich 2010, núm. 3, poz. 34; M. Derlatka, Społeczna szkodliwość a definicja przestępstwa, Prokuratura i Prawo 2006, núm. 6, p. 123-127.

<sup>34</sup> La definición del delito en el derecho penal polaco: Hecho humano, prohibido por la ley, antijurídico, culpable, con el grado de nocividad social superior al irrelevante. Este último elemento es subjetivo. Si el juez estima que grado es irrelevante, entonces, no hay delito. A la hora de valorar el grado de la nocividad social, el juez tiene en cuenta: tipo y carácter del bien violado, tamaño de daño ocasionado o inminente, forma y circunstancias de la comisión del hecho, importancia de las obligaciones infringidas por el delincuente, así como la forma de dolo, motivación, tipo de normas de precaución infringidas y grado de su infracción (art. 115 § 2 c.p.p.)

<sup>35</sup> W. Kubala, Wypadek mniejszej wagi, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1972, núm. 3, p. 328.

<sup>36</sup> W. Wolter, Uprzywilejowane typy przestępstw, Państwo

<sup>23</sup> B. Kolasiński, Dyrektywy wymiaru kary wobec sprawców określonych w art. 65 k.k., Prokuratura i Prawo 2002, núm. 5, p. 42-43.

<sup>24</sup> Wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 lutego 2018r., II AKA 94/17, LEX núm. 2601467; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 lipca 2016 r., II AKA 277/16, LEX núm. 2115428; wyrok SA w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2016 r., II AKA 48/16, LEX núm. 2155392; wyrok SA w Poznaniu z dnia 9 czerwca 2015 r., II AKA 70/15, LEX núm. 2122478; wyrok SA w Krakowie z dnia 31 marca 2015 r., II AKA 34/15, LEX núm. 1796982; wyrok SA w Krakowie z dnia 2 lipca 2014 r., II AKA 62/14, LEX núm. 1610156.

<sup>25</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 3 listopada 2016 r., II AKA 211/16, LEX núm. 2310582.

<sup>26</sup> Postanowienie SN z dnia 27 lipca 2017 r., IV KK 233/17, LEX núm. 2382430; postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2015 r., V KK 165/14, OSNKW 2015, núm. 6, poz. 49; wyrok SA w Warszawie z dnia 20 grudnia 2016 r., II AKA 195/16, LEX núm. 2196141.

<sup>27</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 12 lipca 2017r., II AKA 143/17, LEX núm. 2521568.

<sup>28</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 31 marca 2015 r., II AKA 34/15, KZS 2015, núm. 4, poz. 84; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 marca 2014 r., II AKA 31/14, LEX núm. 1454680.

<sup>29</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 marca 2016 r., II AKA 46/16, LEX núm. 2023588.

<sup>30</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny... p. 837- 838.

cias que se refieren a la parte objetiva y la parte subjetiva de hecho que caracterizan totalmente el contenido de hecho permiten cuantificar correctamente el grado de peligrosidad social del hecho y considerarlo como caso de menor importancia<sup>37</sup>. Los elementos objetivos comprenden, sobre todo, el tipo de bien que ataca el delito y el tamaño del daño ocasionado o inminente al bien jurídico protegido, así como la forma de actuación del sujeto, tiempo y lugar de comisión de hecho, por ejemplo, durante una catástrofe natural. Los elementos subjetivos constituyen principalmente el dolo y sus formas, por ejemplo, dolo premeditado (*dolus praemeditatus*), dolo repentino (*dolus repentinus*) e imprudencia, por ejemplo, negligencia, así como móviles, motivos y objetivos del autor<sup>38</sup>. Se trata únicamente de circunstancias que afectan la apreciación del grado de nocividad social del hecho<sup>39</sup>. Para admitir que el hecho concreto constituye el caso de menor importancia no son relevantes las circunstancias relativas a las propiedades y condiciones personales del autor, reparación del daño por el acusado; estas circunstancias solo afectan a la dimensión de la condena<sup>40</sup>.

i Prawo 1976, núm. 1-2, p. 109; T. Bojarski, Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym, Varsovia 1982, p. 145; postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/2000, OSNKW 200, núm. 9-10, poz. 73; postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., V KK 257/08, LEX núm. 449083; postanowienie SN z dnia 15 lipca 2008 r., III KK 162/08, LEX núm. 452387; postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2008 r., II KK 235/08, OSNwSK 2008, núm. 1, poz. 2540; wyrok SA w Białymstoku z dnia 16 listopada 2000 r., II AKa 161/2000, KZS 2001, núm. 10, poz. 33;

<sup>37</sup> R.A. Stefański, Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”, Prokuratura i Prawo 1996, núm. 12, p. 129.

<sup>38</sup> B. J. Stefańska, Wypadek mniejszej wagi... p. 54-55.

<sup>39</sup> R.A. Stefański, Okoliczności uzasadniające... p. 125; K. Buchała, Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, Państwo i Prawo 1997, núm. 9, p. 111 y ss.; T. Hajduk, Wypadki przestępstw mniejszej wagi, Prokuratura i Prawo 2002, núm. 5, p. 57 y ss.; K. Banasik, Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2008, núm. 3, p. 48 y ss.; E. Plebanek, Materialne określenie przestępstwa, Varsovia 2009, p. 146 y ss.

<sup>40</sup> Uchwała sądu siedmiu sędziów z dnia 15 lipca 1972 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, núm. 11, poz. 163; uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 22 grudnia 1978 r. VII KZP 23/77, OSNKW 1979, núm. 1-2, poz. 1, wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, OSNKW 1997, núm. 3-4, poz. 27; uchwała SN z dnia 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, núm. 11, poz. 63; uchwała SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VI KZP 23/77, OSNKW 1979, núm. 1-2, poz. 1, wyrok SN z dnia 18 lutego 1981 r., V KRN 333/80, OSNPG 1982, núm. 1, poz. 5; wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, OSP 1997, núm. 10, poz. 7; wyrok SN z dnia 15 października 1996 r., IV KK 247/96, Prokuratura i Prawo - wkładka 1997, núm. 4, poz.

Para admitir el caso de menor gravedad en cuanto a delitos del artículo 270a § 2 c.p.p. puede ser importante sobre todo el tamaño del daño patrimonial relacionado con la falsificación, alteración o uso de la factura o falta del daño. En los fundamentos de la reforma se señala que: “en casos concretos puede ocurrir que a pesar de que el valor total en la factura sea valor significativo o grande, el beneficio patrimonial antijurídico obtenido de esta manera es relativamente bajo. Entonces, en tal situación atípica, se podrá utilizar el precepto que prevé el tipo privilegiado del hecho –caso de menor importancia (...). La calificación relacionada con el caso de menor importancia puede tener lugar independientemente del importe mencionado en la factura, ya que puede haber casos en los que la emisión de factura por el importe de varios millones no causará importantes consecuencias negativas”.

#### 4. Tipo objetivo

El delito del artículo 270a § 1 c.p.p. puede cometerse de varias formas. Las acciones consisten en: 1) falsificar factura; 2) alterar factura; 3) usar factura falsa o alterada como auténtica. En los dos primeros casos no es necesario usarla, es suficiente su falsificación o alteración con el fin de usarla como auténtica. El tercer caso no requiere el resultado, por ejemplo, en forma de devolución de lo debido de carácter fiscal.

##### 1. Falsificación de factura

La falsificación de la factura consiste en su emisión por otra persona que la persona autorizada para ello. La factura es falsa también cuando no viene de la persona en cuyo nombre se emite<sup>41</sup>. La factura tiene apariencia de autenticidad con el fin de dar la impresión que su contenido viene del emisor, mientras que realmente no es así<sup>42</sup>. Se trata de preparar la factura guardando apariencias que viene de la persona autorizada, o sea, es falsificada, imita la factura auténtica<sup>43</sup>.

5, wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1996 r., V KKN 79/96, Prokuratura i Prawo - wkładka 1997, núm. 10, poz. 7.

<sup>41</sup> Wyrok SN z dnia 27 listopada 2000 r., III KKN 233/98, Prokuratura i Prawo - wkładka 2001, núm. 5, poz. 4.

<sup>42</sup> Wyrok SN z dnia 5 września 2000 r., II KKN 569/97, Prokuratura i Prawo - wkładka 2001, núm. 2, poz. 6; wyrok SN z dnia 9 stycznia 2013 r., V KK 97/12, Prokuratura i Prawo - wkładka 2013, núm. 4, poz. 5.

<sup>43</sup> Wyrok SN z dnia 24 października 2013 r., III KK 373/13,

Es indiferente si la persona, cuya firma ha sido falsificada en la factura sabía o no de esto, o prestó o no su consentimiento.<sup>44</sup> No es importante la forma de su falsificación, por ejemplo, puede ser preparada con el uso de la fotocopiadora<sup>45</sup>.

## 2. *Alteración de factura*

Alteración de factura consiste en efectuar por la persona no autorizada modificaciones en el documento original, dotarla de otro contenido que original. El autor del delito modifica el contenido de factura auténtica existente<sup>46</sup>. No es necesario que los cambios sean duraderos o inamovibles<sup>47</sup>.

## 3. *Uso de la factura falsa o alterada*

El uso de la factura falsa o alterada significa presentar tal factura a otra persona, órgano, institución, organización. No tiene que ser utilizada por el sujeto, puede ser también utilizada por otra persona<sup>48</sup>.

## 4. *Sujeto pasivo de delito*

El sujeto pasivo de delito es la factura. Este elemento queda definido en el artículo 115 § 14a c.p.p. La definición remite al artículo 2 punto 31 de la ley del 11 de marzo de 2004, del impuesto sobre el valor añadido. Según este precepto, se trata de documento en papel o electrónico que contenga datos requeridos por la ley y normas dictadas en virtud de la ley. La factura electrónica es la factura en forma electrónica emitida y recibida en cualquier formato electrónico (art. 2 punto 32 de la ley del impuesto sobre el valor añadido). La factura –de acuerdo con el artículo 106e ap. 1 puntos 1-15 del impuesto sobre el valor añadido– debe con-

tener: 1) la fecha de emisión; 2) el número siguiente en el marco de una o más series que identifica la factura de manera inequívoca; 3) nombres y apellidos o denominación del sujeto y del adquirente de bienes o servicios y sus direcciones 4) número, en virtud del cual el contribuyente queda identificado para las necesidades del impuestos; 5) número, en virtud del cual el adquirente de bienes o servicios queda identificado para fines del impuesto o el impuesto del valor añadido, bajo el cual recibió bienes o servicios; 6) fecha de entrega de bienes o de su fin o fecha de prestación de servicio o fecha de entrega de dinero, si tal fecha queda determinada y es diferente a la fecha de emisión de factura; 7) nombre (tipo) de bienes o servicios; 8) medida y cantidad (número) de bienes entregados o el ámbito de servicios prestados; 9) precio de unidad de bienes o de servicios sin el importe de impuesto (precio de unidad neto); 10) importe de cualquier descuento o reducción de precio, incluyendo descuento por el pago anticipado, a no ser que está incluido en el precio de unidad neto; 11) valor de bienes entregados o servicios prestados comprendido en la operación sin el importe del impuesto (valor de venta neto) 12) tasa del impuesto; 13) suma de valor de venta neto, dividido en la venta sometida a tasa concreta del impuesto y venta exenta del impuesto; 14) importe de impuesto de la suma de valor neto de venta dividido en venta sometida a cada tasa de impuesto y venta exenta del impuesto; 15) importe total de lo debido. No se trata solo de la factura relativa al impuesto sobre el valor añadido, sino también de la factura relativa a otros pagos públicos.

En el contexto del artículo 270a § 1 c.p.p., es relevante solo la factura que contenga datos falsos en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal. En cuanto al pago de naturaleza pública, se trata de datos que afecten al importe a pagar o a ser devuelto, en el caso de otro pago, se trata solo de su devolución. Como ejemplo pueden considerarse: cantidad de unidades de bienes o el ámbito de servicios prestados, su precio. Se trata de tales facturas, cuyo contenido puede afectar la determinación de importe de pagos públicos o su devolución o importe de otros pagos de naturaleza fiscal o de su devolución<sup>49</sup>. Son solo estos datos que po-

LEX núm. 1386041; wyrok SN z dnia 10 maja 2007 r., IV KK 109/07, Prokuratura i Prawo - wkładka 2008, núm. 1, poz. 8.

<sup>44</sup> Wyrok SN z dnia 9 września 2002 r., V KKN 29/01 Prokuratura i Prawo - wkładka 2003, núm. 2, poz. 5.

<sup>45</sup> Postanowienie SN z dnia 28 lutego 2008 r., V KK 238/07, Biuletyn Prawa Karnego 2008, núm. 5, poz. 1.2.12.

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 5 września 2000 r., II KKN 569/97, Prokuratura i Prawo - wkładka, núm. 2, poz. 6.

<sup>47</sup> Postanowienie SN z dnia 19 marca 2003 r., III KKN 207/01, LEX núm. 78408.

<sup>48</sup> Uchwała SN z dnia 17 marca 2005 r., I KZP 2/05, OSNKW 2005, núm. 3, poz. 25; wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2005 r., III KK 190/04, LEX núm. 167315; postanowienie SN z dnia 21 czerwca 2007 r., III KK 122/07, Biuletyn Prawa Karnego 2007, núm. 15, poz. 1.2.16.

<sup>49</sup> A. Lach, (en): Kodeks karny....p. 1217.

tencialmente son importantes para la determinación del importe de pago público, por ejemplo, que puedan llevar a la disminución del impuesto debido o bien a su devolución indebida<sup>50</sup> o a la devolución de otro pago de naturaleza fiscal. No poseen tal carácter: el número siguiente asignado en el marco de una o más series que identifica la factura de manera inequívoca. El juicio, si la circunstancia en cuestión tiene importancia para determinar el importe de pago no se puede hacer *in abstracto*, solamente es posible la valoración de las circunstancias de caso concreto (*in concreto*).

El pago público es el pago estatal, local que sea objeto de delito o falta fiscal; el pago estatal es el impuesto que constituye el ingreso para el presupuesto del Estado, el pago en concepto de liquidación de dotación o subvención o pago aduanero, el pago local –el pago que constituye el ingreso de unidad local territorial o el pago en concepto de liquidación de dotación o subvención (art. 53 § 26 c.p.f.). Lo es también el pago que constituye el ingreso del presupuesto general de las Comunidades Europeas o del presupuesto gestionado por las Comunidades Europeas o en su nombre, conforme con la normativa del derecho de la Unión Europea que vincula la República de Polonia que sea objeto del delito o falta fiscal (art. 53 § 26a c.p.f.).

No se requiere la producción de resultado alguno; son delitos de mera actividad, ponen en peligro abstracto los ingresos y recursos financieros del Estado<sup>51</sup>.

### 5. Sujeto activo

El autor de este delito tanto en el tipo básico como sus variantes puede ser cualquier persona; el sujeto queda determinado mediante el pronombre “El que”. Son delitos comunes (*delicta communa*). Puede tratarse tanto de la persona autorizada o no autorizada para emitir facturas.

### 5. Tipo subjetivo

La conducta delictiva en forma de falsificar o alterar factura tiene por objetivo su uso como auténtica. Esto significa que el delito en estas formas puede ser cometido solo con el dolo directo colorado (*cum dolo directo colorato*). En este aspecto es un delito direc-

cional<sup>52</sup>. En la literatura se limita este dolo en general al dolo directo que, en mi opinión, carece de fundamentos<sup>53</sup>.

La acción “con el fin de su uso como auténtica” pertenece a los elementos del delito, por lo tanto, no contiene los elementos de este delito la conducta del sujeto que falsifica o altera la factura para otros fines que los indicados en la ley. La autenticidad de la factura está relacionada con la veracidad de origen de su contenido procedente de la persona que sea emisor y no con el contenido expresado por tal documento<sup>54</sup>.

Para cometer el delito mediante la acción que consiste en usar la factura falsa como auténtica es suficiente el dolo eventual<sup>55</sup>.

La limitación de la parte subjetiva a la parte dolosa significa que el sujeto ha de ser consciente que falsifica o altera la factura o la usa como auténtica.

### 6. Concurso de normas

El artículo 270a § 1- 3 c.p.p. puede estar en concurso con el artículo 286 § 1 y 3 c.p.p. que tipifica el delito de estafa<sup>56</sup> y con el artículo 296 § 1–3 c.p.p., que tipifica el abuso de confianza<sup>57</sup>. En principio, el artículo 270a c.p.p. no está en concurso con el artículo 270 § 1 c.p.p. que tipifica la falsificación o alteración de un documento o el uso de tal documento como auténtico. Este último precepto queda excluido en virtud de la regla que excluye la multitud de juicios en forma de *lex specialis derogat legi generali*. La factura es un documento<sup>58</sup>, pero cumple con los requisitos determinados en el artículo 270 a § 1 c.p.p. Si la falsificación o alteración de la factura se refiere a las circunstancias que no cumplen con los requisitos señalados en el artículo 270<sup>a</sup> c.p.p., entonces será de aplicación el artículo 270 c.p.p.<sup>59</sup> También es posible el concurso del artículo 270a c.p.p. con el artículo 303 c.p.p. que

<sup>50</sup> V. Konarska-Wrzošek, Invoice-related crimes...p. 86 – 87.

<sup>51</sup> M. Żelichowski, (en): Kodeks karny...p. 529. M. Gałązka, (en): Kodeks karny...p. 1340.

<sup>52</sup> Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2016 r., IV KK 405/15, Prokuratura i Prawo - wkładka 2016, núm. 6, poz. 3.

<sup>53</sup> A. Lach, (en): Kodeks karny...p. 1216; M. Mozgawa, (en): Kodeks karny...p. 837; M. Żelichowski, (en): Kodeks karny...p. 529; A. Herzog, (en): Kodeks karny...p. 1687-1688; M. Gałązka, (en): Kodeks karny...p. 1340.

<sup>54</sup> A. Lach, (en): Kodeks karny...p. 1217.

<sup>55</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny...p. 839.

<sup>56</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 17.07.2012 r., II AKa 128/12, LEX núm. 1235996.

<sup>57</sup> M. Gałązka, (en): Kodeks karny...p. 1340.

<sup>50</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny...p. 836.

<sup>51</sup> V. Konarska-Wrzošek, Invoice-related crimes...p.88.

tipifica el delito de no llevar o llevar indebidamente la documentación de actividad económica<sup>60</sup>.

## 7. Sanciones

El tipo básico de este delito (art. 270a § 1 c.p.p.) está sancionado con la pena de privación de libertad desde seis meses hasta ocho años, el tipo privilegiado (art. 270 § 3 c.p.p.) con pena de multa, pena de restricción de libertad<sup>61</sup> o privación de libertad hasta dos años. El tipo básico de falsificación o alteración de documento o el uso de tal documento como auténtico, que se refiere a varios tipos de documentos prevé sanciones mucho más leves, o sea multa, pena de restricción de libertad o privación de libertad de tres meses hasta cinco años (art. 270 § 1 c.p.p.)

Particularmente graves son sanciones por tipos agravados. El tipo previsto en el artículo 270a § 2 c.p.p. está sancionado con la pena de privación de libertad por el período no inferior a tres años y el tipo determinado en el artículo 277a § 1 c.p.p. con la pena de privación de libertad por el tiempo no inferior a cinco años o con la pena de 25 años de privación de libertad. Estos delitos son crímenes, ya que de conforme con el artículo 7 § 1 c.p.p. el crimen es un hecho sancionado con la pena de privación de libertad por el período no inferior a tres años o con la pena más grave. La gravedad de la pena incrementa junto con el aumento de importes contenidos en la factura o en las facturas<sup>62</sup>. En los fundamentos de la reforma se argumenta la gravedad de penas constatando que “la actividad consistente en el fraude del IVA que, dado a su tamaño podrá incluso amenazar –debido a la dinámica de incremento de disminuciones– la estabilidad del presupuesto del Estado se sitúa en la misma fila con los delitos más graves contra la República de Polonia”. Estas sanciones ciertamente son excesivas.

La doctrina con acierto observa que esta argumentación no justifica sanciones tan severas que infringen el principio de proporcionalidad expresado en el artículo 31 ap. 3 de la Constitución de la República de Polonia<sup>63</sup>. Además, el legislador agravó sustancial-

mente las penas por comportamientos que anticipan el fraude fiscal que es el objetivo de delincuentes; se invierte la proporción<sup>64</sup>. La criminalización de falsificación o alteración de factura comprende de hecho actos preparatorios y en caso de uso de la factura o facturas falsas – la tentativa de atentado contra ingresos del Estado<sup>65</sup>.

De esta manera se viola axiología y cohesión interna del código penal en cuanto a valoración de bienes jurídicos, ya que se castiga más duro a los autores de delitos contra el patrimonio que los que atacan la vida y salud o libertad personal y sexual. Los delitos contra documentos se castigan de manera similar que el homicidio (art. 148 c.p.p.), con la pena más grave que el autor de delito de trata de seres humanos (art. 189 a c.p.p.) o violación con crueldad particular (art. 197 § 4 c.p.p.)<sup>66</sup>. El grado de protección de veracidad de documentos no debería ser analógico al grado de protección de tales bienes más apreciados como la vida humana ante la exterminación (art. 118 § 1 y 2 c.p.p.), u otros crímenes contra la humanidad (art. 118a c.p.p.), existencia independiente o integridad territorial de nuestro país (art. 127 c.p.p.)<sup>67</sup>. Además, los límites bastante altos de la pena mínima infringen el poder discrecional del juez que debe de tener amplias posibilidades de individualización de la pena, dependiendo del grado de la culpa y nocividad social de hecho, lo que se percibe como una forma de disciplinar a los jueces y coaccionarles a imponer las penas mínimas determinadas. No importa si la preparación de la factura falsa actúa en perjuicio o a favor de la persona que sea un supuesto emisor, ni si dicha persona consintió, por ejemplo, la falsificación de su firma en el documento<sup>68</sup>.

El legislador tuvo plena conciencia de la intromisión en la cohesión de sanciones previstas en la parte especial del código penal, alegando en los fundamentos de la reforma que “las sanciones por hechos relativos a delitos que se refieren a los pagos de gran valor total mencionados en las facturas ubican estos hechos entre los delitos sancionados con las penas más graves en el sistema penal polaco, tales como

<sup>60</sup> T. Sroka, (en): Kodeks karny.... p. 733

<sup>61</sup> La pena de restricción de libertad consiste en trabajos en beneficio de la comunidad (de 20 a 40 h. al mes) o bien en retención del 10 % al 25 % de remuneración mensual. Se impone desde 1 mes hasta 2 años (art. 34 y 35 c.p.p.)

<sup>62</sup> L. Wilk, Nowe typy....p. 284.

<sup>63</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny....p. 839.

<sup>64</sup> L. Wilk, Nowe typy....p. 287.

<sup>65</sup> V. Konarska-Wrzošek, Invoice-related crimes...p. 88.

<sup>66</sup> K. Radzikowski, Nowelizacja kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego w zakresie tzw. przestępstw fakturowych, Przegląd Podatkowy 2017, núm. 3, p. 34-46.

<sup>67</sup> V. Konarska-Wrzošek, Invoice-related crimes...p. 89.

<sup>68</sup> A. Lach, (en): Kodeks karny....p. 1211.

homicidio (art. 148 § 1 y 2 c.p.p.), delitos contra la paz o humanidad y delitos de guerra (p.ej. art. 118 § 2 c.p.p., art. 122 c.p.p.). De acuerdo con el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 31 ap. 3 de la Constitución de la República de Polonia, la restricción del ámbito de goce de libertades constitucionales y derechos puede establecerse solo por la ley y solo cuando es necesaria en el estado democrático para su seguridad u orden público o bien para la protección del medioambiente, salud y moralidad pública o libertad y derechos de otras personas. De este principio resulta que el legislador, a la hora de introducir restricciones en el ámbito de disfrute de las libertades y derechos constitucionales, ha de comprobar la existencia de la real necesidad de efectuar esta intromisión. Por otro lado, este principio debe interpretarse como requisito de emplear medidas legales que sean eficaces, o sea, realmente adecuadas para conseguir objetivos propuestos por el legislador. La necesidad de medidas adoptadas por el legislador tiene fundamento en la protección de valores determinados de la forma o el grado que no podría conseguirse mediante la adopción de otras medidas(...). La cuestión básica consiste en hacer ver que las pérdidas de la Tesorería del Estado ocasionadas por los fraudes relativos al IVA son muy altas y notadas de forma significativa por el sistema presupuestario del Estado –los pagos no ingresados al presupuesto del Estado ascienden a decenas de mil millones PLN–.

A los autores de estos delitos se les puede imponer, aparte de la pena de privación de libertad (desde un mes hasta 15 años), la pena de multa. El Tribunal puede condenar a la pena de multa, aparte de tal pena, cuando el delincuente cometió el hecho con el fin de obtener beneficio económico u obtuvo el beneficio económico (art. 33 § 2 c.p.p.). No es posible imponer la multa en caso de condena –en virtud del artículo 277a § 1 c.p.p.– a la pena de 25 años de privación de libertad, porque el artículo 33 § 2 c.p.p. se refiere a la pena prevista en el artículo 32 punto 3 c.p.p.; la pena de 25 años de privación de libertad está prevista en el artículo 33 punto 4 c.p.p.

Los autores de estos delitos por regla general actúan con el fin de obtener el beneficio económico y las circunstancias de la comisión del hecho pueden justificar la imposición de pena de multa. Esta pena se impone en el sistema de cuota/día. Se determina el número cuotas y el importe de una cuota; si la ley no

dispone otra cosa, el número mínimo de cuotas es 10 y el máximo 540 (art. 33 § 1 c.p.p.). A la hora de fijar el importe de la cuota, el tribunal toma en cuenta los ingresos del sujeto, sus condiciones personales, familiares, relaciones patrimoniales y posibilidades de trabajo; el importe de una cuota no puede ser inferior a 10 PLN ni superior a 2.000 PLN (art. 33 § 3 c.p.p.). En caso de autores de estos delitos, excepto tipos privilegiados, el número de cuotas asciende a 3 000 (art. 277b c.p.p.). Teniendo en cuenta que el importe de la cuota ha de establecerse entre 10 y 2 000 PLN, la multa máxima ascendería a 6 000 000 PLN. Con acierto la doctrina denomina este importe como multa extraordinaria<sup>69</sup>. En los fundamentos de la reforma el aumento de este límite se justifica con la necesidad de relacionar profundamente las consecuencias económicas de la condena con el daño ocasionado por los delincuentes. Este argumento es poco convincente, ya que el artículo 33 § 2 c.p.p. que constituye la base para imponer la multa no la relaciona con el daño, sino con acción, con el fin de obtener beneficios económicos o su obtención. Si bien es verdad que en caso de obtención del beneficio económico, la Tesorería del Estado sufrirá daño, pero no habrá daño cuando el sujeto actúa con el fin de obtenerlos.

El límite máximo incrementado de la multa no se aplica a la multa prevista como sanción alternativa por los delitos privilegiados (art. 270a § 3 y art. 277a § 2 c.p.p.). El artículo 277b c.p.p. no hace referencia a estos preceptos, sino a los preceptos que prescriben el tipo básico (art. 270a § 1 c.p.p.) y tipos cualificados (art. 270a § 2 y art. 277a § 1 c.p.p.).

El legislador dio prioridad a la prevención general, pretende desanimar a potenciales delincuentes a hacer este tipo de actos. Con la gravedad excepcional de las penas tanto en la forma de gravedad abstracta, como de las penas impuestas individualmente se pretende disminuir estos delitos. Esta tendencia es ilusoria. Lo confirma un estudio realizado entre 1 306 fiscales y funcionarios de servicios encargados de lucha contra esta delincuencia. Casi 39% indicó, como antídoto a estas actuaciones delictivas, que hay que introducir tales cambios legales que no vayan de forma simple agravar las penas contando con impacto para la prevención general debido a las penas severas, sino que se centren en la lucha contra los motivos de actuaciones delictivas. Tales cambios tendrían por objetivo

<sup>69</sup> V. Konarska-Wrzosek, Invoice-related crimes...p. 89.

eliminar preceptos y regulaciones que, debido a sus vicios, dejan amplio campo de actuación a grupos delictivos organizados. A la pregunta, si la agravación de las penas por delitos de carácter financiero-tributario, por ejemplo, del artículo 277a c.p.p. disminuirá el volumen de delitos relativos al fraude de la devolución indebida del impuesto sobre el valor añadido, más de 54% respuestas fueron negativas<sup>70</sup>.

## 8. La rebaja extraordinaria de la pena

Para romper la complicidad delictiva se prevé la posibilidad de la rebaja extraordinaria de la pena o incluso el desistimiento de imponer la pena a los delincuentes que colaboraron con los órganos de persecución. Las condiciones de aplicación de estas instituciones dependen del tipo de delito cometido.

La aplicación de la rebaja extraordinaria de la pena al autor del delito en el tipo básico (art. 270a § 1 c.p.p.) y agravado por el valor del importe total superior a 5 000 000 PLN o por convertir la comisión de delitos en fuente de ingresos estables (art. 270a § 2 c.p.p.), depende de: 1) la solicitud dirigida por el fiscal al tribunal 2) notificación al órgano de persecución de delitos sobre la comisión de tal delito y revelación de todas circunstancias importantes del delito; 3) indicación de hechos relacionados con el delito cometido y sus autores, antes de que lo supo el órgano (art. 277c § 1 c.p.p.). En caso se cumplan estos requisitos, el tribunal queda obligado a rebajar extraordinariamente la pena. Esta rebaja es obligatoria, ya que el artículo 277c § 1 c.p.p. prescribe que “El tribunal (...) aplica la rebaja extraordinaria de la pena”.

El Tribunal puede rebajar extraordinariamente la pena al autor del delito agravado por el valor debido total superior a 10 000 000 PLN (art. 277a § 1 c.p.p.), quien, aparte de cumplir los requisitos mencionados arriba, devolvió el beneficio económico obtenido del delito en su total o en parte importante (art. 277c § 3 c.p.p.). En este caso la rebaja extraordinaria de la pena es facultativa, depende de la decisión del tribunal.

La rebaja extraordinaria de la pena consiste en imponer la pena por debajo del límite mínimo de la pena prevista o bien imponer la pena más leve. La rebaja

extraordinaria de la pena consiste en imponer por el delito:

- Del artículo 270a § 1 c.p.p., la pena de multa o la pena de restricción de libertad (art. 60 § 6 punto 4 c.p.p.);
- Del artículo 270a § 2 c.p.p., la pena de privación de libertad no inferior a un tercio del límite mínimo de la pena prevista, o sea, no inferior a un año (art. 60 § 6 punto 2 c.p.p.);
- Del artículo 277a § 1 c.p.p. la pena de privación de libertad no inferior a un tercio del límite mínimo de la pena prevista, o sea, no inferior a un año y seis meses (art. 60 § 6 punto 2 c.p.p.).

Es posible desistir de la imposición de la pena al autor del delito en tipo básico (art. 270a § 1 c.p.p.) y agravado por el valor del importe total superior a 5 000 000 PLN o por convertir la comisión de delitos en fuente de ingresos estables (art. 270a § 2 c.p.p.), y ambos tipos privilegiados (art. 270a § 3 y art. 277a § 2 c.p.p.), quien cumple los requisitos de la facultativa rebaja extraordinaria de la pena mencionados arriba (art. 277c § 2 c.p.p.).

La rebaja extraordinaria de la pena se aplica o se puede aplicar también al sujeto que tras la incoación del procedimiento revela a los órganos de persecución de delitos todas las circunstancias importantes del delito que conoce, los que el órgano no conoce e indica hechos relacionados con el delito cometido y sus autores (art. 277d c.p.p.). Se trata del sujeto que antes no haya notificado al órgano de persecución de delitos la comisión de delito, o sea antes de que este órgano recibió información sobre este delito, sino lo hace después de incoación de procedimiento, relevando adicionalmente las circunstancias mencionadas arriba. La rebaja extraordinaria de la pena es posible solo cuando el órgano de persecución de delitos todavía no haya recaudado información sobre todas las circunstancias importantes del delito. Se requiere que el delincuente revele *verba legis* “todas circunstancias importantes del delito que conoce, los que el órgano no conoce” (art. 277d c.p.p.).

El tipo del delito decide si la rebaja extraordinaria de la pena es obligatoria o facultativa. En caso de este sujeto, no es posible el desistimiento de imponer la pena, ya que el legislador considera que el sujeto que no haya notificado al órgano competente el delito que

<sup>70</sup> M. Koldys, Zwalczenie przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku VAT w opinii prokuratorów, Prokuratura i Prawo 2018, núm. 1, p. 44 y 51.

cometió, no merece el privilegio del desistimiento de imponer la pena<sup>71</sup>.

No cabe la posibilidad de la rebaja extraordinaria de la pena ni el desistimiento de imponer la pena en caso del autor de delito que constituye el caso de menor importancia del artículo 270a § 3 o artículo 277a § 2 c.p.p. que ha revelado, tras la incoación del procedimiento, circunstancias de delito y otros hechos relacionados y sus autores.

## 9. Conclusiones

1. La reforma del 10 de febrero de 2017 introdujo al código penal polaco nuevos tipos de delitos, llamados delitos de facturas: 1) falsificación o alteración de factura con el fin de usarla como auténtica en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal, o bien el uso de tal factura como auténtica (art. 270a c.p.p.); 2) emisión de factura o facturas que contengan el importe total cuyo valor o valor conjunto es significativo, que certifican falsedad en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para determinar el importe de pago de naturaleza pública o su devolución o de la devolución de otro pago de naturaleza fiscal, o bien el uso de tal factura o facturas (art. 271a c.p.p.).

2. Dado que el artículo 270a se encuentra en el capítulo XXXIV del código penal “Delitos contra veracidad de documentos”, la doctrina considera que bien jurídico principal es la veracidad de facturas en el sentido material (autenticidad), y el bien jurídico lateral – efectuar pagos públicos de manera correcta. Teniendo en cuenta el *ratio legis* del artículo 270a c.p.p. que consiste en la lucha contra el fenómeno de fraude del IVA mediante el uso de herramientas jurídico-penales y por tanto la tipificación de tal conducta tiende a eliminar facturas falsas o alteradas que sirvan como medio básico para el fraude fiscal, por el bien jurídico principal hay que considerar intereses patrimoniales de la Tesorería del Estado y por el bien jurídico lateral –debido a ubicación de este precepto en el capítulo XXXIV c.p.p.– veracidad de facturas.

3. El delito de falsificación o alteración de factura tiene: a) tipo básico (art. 270a § 1 c.p.p.); b) 2 tipos agravados (art. 270a § 2, art. 277a § 1 c.p.p.); c) 2

tipos privilegiados (art. 270a § 3, art. 277a § 2 c.p.p.). El elemento agravante lo constituye: a) el importe total de la factura o facturas falsificadas (art. 270a § 2 y art. 277a § 1 c.p.p.), o bien, b) cuando el autor obtiene una fuente estable de ingresos proveniente de estos delitos (art. 270a § 2 c.p.p.). Se trata de importe que exceda 5 000 000 PLN (art. 270a § 2 c.p.p.) o el importe que exceda 10 000 000 PLN (art. 277a § 1 c.p.p.). Los delitos en tipo privilegiado comprenden el caso de menor importancia que se refiere tanto al tipo básico como a ambos tipos agravados (art. 270a § 3, artículo 277a § 2 c.p.p.). Para considerar el caso de menor importancia son decisivos elementos objetivos y subjetivos de hecho, en particular estos elementos que son características de tipo de delito en cuestión.

4. La conducta delictiva en forma de falsificar o alterar factura tiene por objetivo su uso como auténtica. Esto significa que el delito en estas formas puede ser cometido solo con el dolo directo colorado (*cum dolo directo colorato*). El delito cometido mediante la acción que consiste en usar la factura falsa como auténtica puede ser cometido también con el dolo eventual.

5. Las sanciones previstas por estos delitos son mucho más severas que las previstas por la falsificación de otro documento (art. 270 § 1 c.p.p.). Particularmente graves son sanciones por los tipos agravados. El tipo previsto en el artículo 270a § 2 c.p.p. está sancionado con la pena de privación de libertad por el período no inferior a tres años y el tipo determinado en el artículo 277a § 1 c.p.p. –con la pena de privación de libertad por el tiempo no inferior a cinco años o con la pena de 25 años de privación de libertad–. Estos delitos son crímenes. Se castigan de manera similar que homicidio (art. 148 c.p.p.), con la pena más grave que el autor de delito de trata de seres humanos (art. 189a c.p.p.) o violación con crueldad particular (art. 197 § 4 c.p.p.). De esta manera se viola axiología y cohesión interna del código penal en cuanto a valoración de bienes jurídicos. de manera similar que homicidio (art. 148 c.p.p.).

## 10. Bibliografía

- Andrejew, I., Świda, W., Wolter, W.: Kodeks karny z komentarzem, Varsovia 1973.  
 Bafia J., Mioduski K., Siewierski M.: Kodeks karny. Komentarz, t. II, Varsovia 1987.  
 Banasik K.: Typ uprzywilejowany czynu zabronionego, Prokuratura i Prawo 2013, núm. 9.

<sup>71</sup> M. Mozgawa, (en): Kodeks karny.....s 857.

- Banasik K.: Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym, *Prokuratura i Prawo* 2008, núm. 3.
- Bogacki P.: Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju *Monitor Prawniczy* 2014, núm. 16.
- Bojarski T. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2006.
- Bojarski T.: *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Varsovia 1982.
- Brzezińska J.: Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*. t. XXXI, Wrocław 2014.
- Buchała K.: Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, *Państwo i Prawo* 1997, núm. 9.
- Derlatka M.: Społeczna szkodliwość a definicja przestępstwa, *Prokuratura i Prawo* 2006, núm. 6.
- Giezek J. (dir.): *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Varsovia 2014.
- Górniok O., (en): *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Andrejew I. (dir.), Kubicki L. (dir.), Waszczyński J. (dir.), t. IV, parte. II, Varsovia—Cracovia—Gdańsk—Łódź 1989.
- Grześkowiak A. (dir.), Wiak K. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2019.
- Hajduk T.: *Wypadki przestępstw mniejszej wagi*, *Prokuratura i Prawo* 2002.
- Kolasiński B., *Dyrektywy wymiaru kary wobec sprawców określonych w art. 65 k.k.*, *Prokuratura i Prawo* 2002, núm. 5.
- Kołodys M.: *Zwalczanie przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku VAT w opinii prokuratorów*, *Prokuratura i Prawo* 2018, núm. 1.
- Konarska-Wrzosek V. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2018.
- Konarska-Wrzosek V.: *Invoice-related crimes: their significance, legal classification and place in the system of Polish criminal law*, *Ius Novum* 2017, núm. 2.
- Królikowski M. (dir.) Zawłocki R. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*. Art.222-316, t. II, Varsovia 2017.
- Kubala W.: *Wypadek mniejszej wagi*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1972, núm. 3.
- Lewczyk P.: Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 2008 r., II KK 79/08, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2010, núm. 3.
- Lewczyk P.: *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, *Prokuratura i Prawo* 2008, núm. 7-8
- Liszewska A.: *Odpowiedzialność karna za wystawienie faktury w sposób nierzetelny lub używanie takiej faktury po nowelizacji Kodeksu karnego*, *Przegląd Podatkowy* 2017, núm. 9.
- Marek A.: *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2010.
- Marek A., Pływaczewski E. Peczeniuk E.: *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Varsovia 1985.
- Mozgawa M. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2017.
- Plebanek E.: *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag na temat charakteru instytucji*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, núm. 5.
- Plebanek E.: *Materialne określenie przestępstwa*, Varsovia 2009.
- Radzikowski K.: *Nowelizacja kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego w zakresie tzw. przestępstw fakturowych*, *Przegląd Podatkowy* 2017, núm. 3.
- Stefańska B. J.: *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, *Ius Novum* 2017, núm. 1.
- Stefański R. A. (dir.): *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2018.
- Stefański R. A. : *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, *Prokuratura i Prawo* 1996, núm. 12.
- Utracka M.: *Przestępstwa fakturowe: czy są przestępstwami przeciwko wiarygodności dokumentów?*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2018, núm. 3.
- Wąsek A. (dir.), Zawłocki, R. (dir.): *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222-316, t. II*, Varsovia 2010.
- Wąsek M.: *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 8 sierpnia 1996 r., II AKa 91/96*, *Prokuratura i Prawo* 1997, núm. 5.
- Wilk L.: *Nowe typy tzw. przestępstw fakturowych w kodeksie karnym*, (en): *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. S. Hoca, D. Mucha* (dir.), t. II, Opole 2018.
- Wolter W.: *Uprzywilejowane typy przestępstw*, *Państwo i Prawo* 1976, núm. 1-2.
- Wróbel W. (dir.), Zoll A. (dir.): *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do art. 212–277d, t. II*, Varsovia 2017.
- Zoll A. (dir.): *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, t. II, Varsovia 2013.



ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES