

The background is a detailed blue-toned illustration of various architectural and geometric forms. It includes spheres, pyramids, rectangular blocks, a staircase, and cylindrical columns, all rendered with fine lines and shading to create a sense of depth and perspective. The overall style is reminiscent of a technical or architectural drawing.

Revista

Real PENAL

MÉXICO

25

julio • diciembre • 2024

ISSN 2007-4700 • e-ISSN en trámite

• SEGUNDA ÉPOCA •

Revista Penal México

Número 25 —————
julio • diciembre 2024
ISSN: 2007-4700 —————
— e-ISSN: en trámite

SEGUNDA ÉPOCA

-
- Universidad de Huelva
 - Universidad de Salamanca
 - Universidad Pablo de Olavide
 - Universidad de
Castilla-La Mancha
 - Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal
 - Instituto Nacional
de Ciencias Penales

Directorio

Revista Penal México

DIRECTORES

Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva

Gabriela Alejandra Rosales Hernández

Secretaria General de Extensión INACIPE

Instituto Nacional de Ciencias Penales Equipo editorial

EDITOR

Juan Carlos Gómez Espinoza

CUIDADO EDITORIAL

Víctor Fernando Gálvez García

Irene Bárcenas Jara

Leticia Escobar Lucrecio

DISEÑO EDITORIAL

Lizeth Violeta Méndez Guadarrama

Daniel Leyte Muñoz

José Antonio Guzmán Maldonado

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

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Universidad de Salamanca

Miguel Bustos Rubio

Universidad UNIR, Madrid

Pablo Galain Palermo

Instituto Max Planck para el Derecho
Penal. Extranjero e internacional

José Luis González Cussac

Catedrático de la Universidad de Valencia

Carmen González Vaz

CUNEF Universidad, Madrid

José León Alapont

Universidad de Valencia

Víctor Manuel Macías Caro

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide

Alberto Enrique Nava Garcés

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Claus Roxin

Universidad de Múnich

Ulrich Sieber

Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e internacional

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad de La Salle en León, Guanajuato

Consejo de redacción.
Investigadores del INACIPE
y sus líneas de investigación

Sofía Magdalena Cobo Téllez

Justicia para adolescentes

Emilio Daniel Cunjama López

Criminología y victimología

Bernardino Esparza Martínez

Derecho penal electoral

Eric García López

Derecho, neurociencia y

psicopatología forense

Ricardo Gluyas Millán

Derecho penal económico -

prevención del delito

Eliseo Lázaro Ruiz

Criminalística y servicios periciales

Alberto Enrique Nava Garcés

Derecho procesal penal

Blanca Ivonne Olvera Lezama

Seguridad pública - feminicidio

Revista Penal México, año 13, núm. 25, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca, Magisterio Nacional número 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, Tel.: 55 5487 1571, página web: www.inacipe.gob.mx, e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gabriela Alejandra Rosales Hernández. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-04 2012493900-102; 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 indizada en la base de datos de Clase y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org

Diseño editorial e ilustración de portada, elaborados por Daniel Leyte.



Contenido

Algunas notas de desigualdad en el marco del derecho penal fiscal y recaudatorio: el caso español

• Miguel Bustos Rubio •

pp. 1-14

La corrupción internacional y los problemas de corrupción en el mundo globalizado

• Carlos Ferré Sánchez •

pp. 15-48

La génesis de la teoría de los tipos abiertos

• Antonio Ma. Javato Martín •

pp. 49-64

El criminal *compliance* antilavado: su desarrollo internacional

• Martín Alexander Martínez Osorio •

pp. 65-92

El testigo protegido en el contexto del crimen organizado. Fases de protección e implicaciones procesales y afectación a la dignidad humana

• Edwin Retana Carrera •

pp. 93-132

El derecho penal ante la obsolescencia programada

• Demelsa Benito Sánchez •

pp. 133-162

La cuestionable deriva legislativa de la mediación penal en España, ¿de solución alternativa a las penas a una pena más sin alternativa?

• Alfonso Galán Muñoz •

pp. 163-178

Más de una década de responsabilidad penal de personas jurídicas: revisión jurisprudencial del artículo 31 bis del Código Penal español a la luz de los principios legitimadores del derecho penal

• María Soledad Gil Nobajas •

pp. 179-212

El uso de herramientas de inteligencia artificial en materia de violencia de género: ¿Una adecuada estrategia preventiva y represiva?

• Sandra López de Zubiría Díaz •

pp. 213-236

**La trata de personas,
¿es una violación de derechos humanos?**

- Carla Elena Solís Echegoyen •
- Manuel Jorge Carreón Perea •

pp. 237-246

**La prisión preventiva oficiosa a través de la dogmática
de los derechos fundamentales. Fundamentos
y desarrollo de su test de proporcionalidad**

- Arnulfo Daniel Mateos Durán •

pp. 247-274

**La expansión del delito de violencia de género
a través del elemento subjetivo del injusto.
La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal
Supremo español en relación con su aceptación**

- Elena Núñez Castaño •

pp. 275-304

**Diligencia debida, cadenas de actividad
y sostenibilidad**

- Ana Isabel Pérez Cepeda •

pp. 305-328

Algunas notas de desigualdad en el marco del derecho penal fiscal y recaudatorio: el caso español*

• Miguel Bustos Rubio •

Profesor titular de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Resumen: En este trabajo, a través de un análisis del sector que se identifica como *Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio*, se exponen algunos rasgos de desigualdad en perspectiva comparada desde una doble visión: una óptica interna (esto es: entre las propias figuras delictivas que aparecen en este sector de la criminalidad), y una óptica externa (esto es: en comparación con otras figuras delictivas). El objetivo es poner de manifiesto la existencia de una doble velocidad en la regulación normativa de estas figuras, dentro del Ordenamiento jurídico-penal español, que supone un palmario ejemplo del actual Derecho Penal de “amigos” y “enemigos”.

Palabras clave: derecho penal económico, derecho penal recaudatorio, desigualdad, discriminación, política criminal

Abstract: This paper presents some examples of inequality within the *Tax Criminal Law* in a comparative perspective from a double perspective: an internal perspective (inequality between the criminal figures that appear in this type of crime), and an external perspective (in comparison with other criminal figures, from other areas of crime). The objective of the research is to affirm the existence of a “double speed” in the legal regulation of these figures (in the case of Spanish regulation), as an example of the current Criminal Law of “Friends” and “enemies”.

Key words: economic criminal law, tax collection criminal law, inequality, discrimination, criminal policy

- **Fecha de recepción**

22-02-2024

- **Fecha de aceptación**

30-04-2024

Sumario:

1. A modo de introducción: de amigos y enemigos en el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio
2. Duplicidad de respuesta ante bienes jurídicos completamente reparables
3. Desigualdad interna: el sistema de cuantías
4. Desigualdad externa: la protección especial de la Hacienda Pública y la Seguridad Social más allá del Título XIV

1. A modo de introducción: de amigos y enemigos en el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio

Cuando en esta contribución hablamos de *Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio* queremos referirnos esencialmente a las disposiciones normativas contenidas en el Código Penal¹ (principalmente, pero no solo, delitos) que tienen por objeto la regulación de la respuesta punitiva frente a la criminalidad económica en el ámbito de la Hacienda Pública (sea del nivel que sea), la Seguridad Social y el fraude de subvenciones, sin excluir la existencia, en paralelo, de otro tipo de figuras delictivas a las que también pueden interesar, directa o indirectamente, la correcta recaudación de recursos por parte del Estado y otros intereses fiscales (como pudiera ser, verbigracia, el caso del blanqueo de capitales).

En este ámbito de la criminalidad encontramos rasgos palmarios de desigualdad frente a otros sectores normativos del Código Penal que hacen presagiar la existencia de un sistema penal de *doble vía* o de una *divergente* respuesta punitiva ante situaciones que pueden antojarse similares. Existiendo ya múltiples estudios sobre el denominado *Derecho penal del enemigo*, expresión inicialmente acuñada por Jakobs (Berlín, año 1999) y posteriormente seguido por otros, entendido como el sector del Ordenamiento jurídico-penal donde confluyen una serie de normas *sui generis* aplicables a un concreto tipo de sujetos que no debieran considerarse “personas” a ojos del sistema penal, sino “enemigos” del mismo requeridos de un reforzado y más crudo tratamiento (material y

* Este trabajo ha sido publicado previamente en España como contribución al Libro Homenaje al Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (referencia completa: Bustos Rubio, M.: “Tres rasgos de desigualdad en el Derecho Penal fiscal y recaudatorio”, en Ferré Olivé, J. C., Serrano-Piedecabras Fernández, J. R., Demetrio Crespo, E., Pérez Cepeda, A. I., Núñez Paz, M. A., Zúñiga Rodríguez, L., y Sanz Mulas, N. (edits.), VV. AA., *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: Liber Amicorum, Derechos Humanos y Derecho Penal*, Tomo II, Ed. Aquilafuente / Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, págs. 531-545). Por tal motivo, todas las referencias que en este trabajo se encuentran lo son al Derecho Penal español y a su normativa de desarrollo.

¹ Aquí y en adelante: Código Penal español.

procesal), es posible identificar también algo similar a un *Derecho penal del amigo* en el ámbito del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, caracterizado, en contraposición al anterior modelo, por ser un sector del Ordenamiento jurídico-penal que otorga un tratamiento más benévolo a los *amigos* del Estado, a quienes se ofrecen multitud de facilidades y comodidades para eludir la respuesta penal, o hacer esta más laxa, estableciéndose mecanismos *ad hoc* que redundan al fin en un mejor tratamiento punitivo de estos sujetos.²

En las páginas que siguen se traen a colación solo tres ejemplos de este estado de desigualdad que deriva de la dicotomía anterior, fruto de la consideración político-criminal, por parte de nuestros legisladores penales, de la existencia de una diferencia entre los *enemigos* y los *amigos* del Estado, y que se articula esencialmente a través de la actual expansión del Derecho penal económico y, de forma especialmente significativa, por medio de este Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio. Los tres ejemplos que se abordan pasan por manifestar, de forma algo contenida dado lo limitado del espacio disponible, la existencia de (1) una doble velocidad penal en la respuesta frente a delitos que afectan a bienes jurídicos totalmente reparables según estén llamados a la comisión por parte de los *amigos* o de los *enemigos* del modelo, (2) una desigualdad interna, dentro del propio sis-

tema penal fiscal o recaudatorio, en función de quién sea el sujeto activo del delito (nuevamente: amigos vs. enemigos), y (3) una desigualdad externa, derivada de la especial y privilegiada protección de intereses de las Haciendas Públicas y/o de la Seguridad Social a lo largo y ancho del Código Penal, más allá del Título XIV.

2. Duplicidad de respuesta ante bienes jurídicos completamente reparables

En el Título XIV del Libro II del Código Penal encontramos, más allá de la regulación de los tipos penales que afectan a la Hacienda Pública (delito fiscal, fraude a la Hacienda de la Unión Europea y a sus presupuestos, y delito contable), a la Seguridad Social y al fraude de subvenciones, una particular y muy atractiva figura que ha venido a denominarse *regularización postdelictiva*, y que permite a quien cometió estos delitos regularizar completamente su situación y terminar eludiendo su responsabilidad penal por los mismos (e incluso por otros delitos concomitantes al hecho). Tal institución se encuentra prevista en términos similares para el delito fiscal (art. 305,4 CP), fraude de cotizaciones a la Seguridad Social (art. 307,3 CP), fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter ap.3 CP) y fraude de subvenciones (art. 308,6 CP), con la particularidad de que en estos dos últimos casos se habla de *reintegración*, y no de regularización, al exigirse algunos requisitos adicionales para beneficiarse de un completo levantamiento de pena (devolviendo “una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió” en el primer caso, o bien devolviendo

2 Bustos Rubio, M.: “Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo ‘Derecho penal del amigo’”, en Pérez Álvarez, F. (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 500 y ss.

“las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió” en el segundo supuesto). Esencialmente, se exime de pena al sujeto defraudador que, habiendo ya consumado el delito, y antes de que se produzca el descubrimiento del hecho (esto es: antes de que se active alguna de las circunstancias de bloqueo temporal previstas en estos preceptos, de carácter administrativo o judicial) lleva a cabo un comportamiento postdelictivo de carácter reparador, reconociendo y pagando la deuda objeto de fraude, ante la Administración correspondiente.³ Por si esto nos pareciera todavía poco, existe también una cláusula de atenuación facultativa de la pena para el caso en que el sujeto reconoce y paga la deuda antes de que transcurra un determinado lapso

3 Una de las cuestiones más debatidas en los foros doctrinales de los últimos años, intensificada aún más tras la reforma de 2012, concierne a la naturaleza jurídica de esta institución. No siendo objeto directo de este trabajo (aunque sí indirecto, en cualquier caso), expresamos que para nosotros la regularización sigue manteniendo su naturaleza jurídica de excusa absolutoria que opera al nivel de la punibilidad, o en la terminología alemana que consideramos más acertada, una *causa de levantamiento de la pena*. Desechamos así todo intento de configurar la misma como un elemento del tipo formulado en sentido negativo, frente a los primeros intentos del legislador del momento y frente al aval de ciertos sectores de nuestra doctrina. A mayor abundamiento, cfr.: Bustos Rubio, M.: *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 75 y ss.

temporal desde su citación como imputado (en este caso, pues, la ventaja se ofrece incluso con posterioridad al descubrimiento de los hechos, por lo que toda hipotética *reparación postdelictiva* del daño cometido mediante el fraude deja de ser voluntaria). Encontramos esta posibilidad para el delito fiscal (art. 305,6 CP), fraude de cotizaciones a la Seguridad Social (art. 307,5 CP), fraude de prestaciones a la Seguridad Social (art. 307 ter 6) y fraude de subvenciones (art. 308,8 CP).

Partiendo, pues, de la consideración (que además es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia)⁴ de la cláusula de regularización como causa de levantamiento de la pena (tradicional excusa absolutoria) puede afirmarse que nos encontramos ante un acto voluntario de reparación postdelictiva del daño, a la que se ha dotado de un alcance especial, y particularmente benévolo, en el caso de los delitos que componen el núcleo esencial de este Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, pues esencialmente elimina la pena que pudiera corresponder por el fraude cometido, e incluso la de otros hechos delictivos anudados a aquel principal (como, por ejemplo, posibles irregularidades contables o falsedades documentales).

En estos delitos, se dice, se protegen bienes jurídicos de contenido esencialmente

4 Entre otros: Ferré Olivé, J. C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; El Mismo: “Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 372, marzo de 2014; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2013.

económico⁵ que, a diferencia de lo que acontece en otros sectores de la criminalidad, pueden ser reparados en su totalidad, lo cual abre la puerta al establecimiento de instituciones que, como ocurre con la regularización, permiten exonerar completamente de pena haciendo que el Derecho Penal dé un paso atrás en supuestos en los que voluntariamente (aunque sea con una *voluntariedad* normativizada) el sujeto reconoce y paga la deuda que inicialmente defraudó. En las ilustrativas palabras de Queralt “no es lo mismo un homicidio que un hurto; el primero no tiene nunca arreglo, el segundo sí: se puede reponer a la víctima lo sustraído”. En este sentido, el Derecho penal debería empezar a contemplar figuras que, como la regularización, intenten “dar respuesta práctica a la víctima”, prescindiéndose de pena si se consigue anular, aunque sea *ex post*, el daño causado.⁶ Se cumple así, al menos *aparentemente*, con los postulados de un Derecho penal mínimo: si el defraudador, antes de que sea descubierto, acude voluntariamente a enmendar el fraude

por completo, no hay razón para seguir manteniendo la respuesta penal (sí, en su caso, la extrapenal, fiscal o administrativa).

En paralelo, y comparativamente, encontramos que, no obstante, existen otros sectores de la criminalidad en los que también pueden existir bienes completamente reparables y que, aun no siendo de carácter eminentemente socioeconómico, se ven revestidos de unas características similares que permiten también hacer efectiva una completa reparación del daño causado. Pensemos, por ejemplo, en delitos de carácter patrimonial no violentos ni intimidatorios como pueda ser el caso de un hurto, de una apropiación indebida o de una administración desleal. No existe, para estas tipologías, ninguna circunstancia similar a la regularización que, desde la perspectiva de una completa reparación del daño, permita finalmente exonerar de pena a quien cometió el hecho delictivo, ni siquiera en supuestos limitados, por ejemplo, a una falta de descubrimiento o enjuiciamiento del sujeto. Existe, a lo sumo, la posibilidad de acudir a la atenuante genérica de reparación del daño del art. 21,5^a CP, pero queda vedada toda posibilidad de levantar o anular por completo la sanción penal.

Tradicionalmente la doctrina ha identificado dos grandes líneas de fundamentación del instituto de la regularización. Pensamos que es perfectamente posible identificar esas dos grandes líneas, aún con las características propias de esta institución, acudiendo al estudio de una teoría de carácter fiscal y a otra de carácter político-criminal (propia-mente penal).

Para la primera de las teorías, la regularización se fundamenta en criterios político-fiscales o recaudatorios, propios del Derecho Fiscal, pero no del Derecho Penal,

5 Algunos autores identifican el bien jurídico en el *patrimonio* de la Hacienda Pública o la Seguridad Social (Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico... cit.*, p. 716) mientras que otros nos inclinamos por una perspectiva funcionalista en la que lo protegido es el correcto funcionamiento de la actividad recaudatoria de estas instituciones, para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente se les encomienda (Bustos Rubio, *La regularización... cit.*, pp. 31 y ss.).

6 Queralt Jiménez, J.: “El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Empresa y Derecho Penal (I)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 228-229.

quedando subordinado el Derecho penal a los intereses recaudatorios del Estado.⁷ Este sector considera que la institución objeto de estudio es el resultado de un juicio de ponderación legislativa, en términos de optimización de costes, utilidad y eficacia, por el que se ha entendido que determinados intereses propios de la Administración (eminente mente recaudatorios) han de primar sobre la aplicación de la sanción penal. El objetivo de la regularización sería así, simplemente, alcanzar la recaudación de impuestos de la Hacienda Pública o bien de las cuotas a la Seguridad Social que han sido dejados de percibir con el fraude. Entendemos, no obstante, que esta tesis puede llegar a significar una manipulación ilegítima del Derecho penal y una instrumentalización del mismo, cuya función queda reducida de este modo a la mera consecución de fines que corresponden a otras ramas del Ordenamiento Jurídico, constituyendo la regularización un mero vehículo dirigido a la consecución de objetivos de cobro que conciernen, originalmente, a la Administración. Ello pone en entredicho el carácter coactivo de la norma penal, la obligatoriedad de perseguir el injusto, y la protección de la intangibilidad de los bienes jurídicos protegidos, principios inderogables en nuestro Derecho penal.

Por ello, la teoría que explica la regularización mediante una fundamentación prioritariamente *penal* se sitúa, pensamos, en el

centro de la exégesis, tomando como punto de partida el estudio de los comportamientos postdelictivos previstos en nuestro Código Penal. De las múltiples tesis explicativas de tales actos de reparación, consideramos que solo dos pueden coadyuvar a establecer el fundamento penal de la regularización en el Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio: por un lado, la *teoría del interés de la víctima*, en la que la razón de la impunidad radica en la existencia de un interés político-criminal del Estado en satisfacer los intereses de la víctima en un concreto delito. Por otro lado, también es apta para fundamentar la regularización de la *teoría de los fines de la pena* y la menor necesidad de pena que se pondría de manifiesto mediante la regularización.

El primer pilar que explica la regularización, a nuestro juicio, se identifica con la idea de una *especial reparación*: el sujeto procede a reparar el daño causado, el entorpecimiento de la correcta función recaudatoria de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, compensando sus efectos y resarciendo el agravio inicialmente producido.

Pero además del interés político-criminal en la reparación, son principalmente razones de falta de necesidad de pena vinculadas a los fines preventivos de aquella las que explican el instituto de la regularización (*strafzwecktheorie*).⁸ En primer lugar, con la regularización espontánea del sujeto se genera un efecto positivo para la colectividad, reafirmando la vigencia de la norma y el respeto por el Ordenamiento jurídico, salvaguardándose de este modo las finalidades preventivo generales-positivas que pretenden alcanzar la pena mediante el voluntario retorno al

7 Así: Ferré Olivé, J. C.: “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Penal*, nº 33, 2014, p. 52; e Iglesias Río, M. A.: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la “autodenuncia”, art. 305,4 CP)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 191.

8 Bustos Rubio, *La regularización... cit.*, pp. 175 y ss.

círculo de la legalidad por parte del sujeto. En segundo lugar, también se respeta la finalidad preventivo general-negativa, pues mediante la regularización se refuerza la vigencia intimidatoria de la norma cara a otros potenciales defraudadores que observan que quien no regulariza se ve inexorablemente abocado a la sanción penal. Por último, mediante la regularización también se consiguen salvaguardar los fines preventivo-especiales perseguidos por la pena, poniéndose de manifiesto una autorresocialización del sujeto, que demuestra, con la ejecución de este comportamiento antes del surgimiento de las denominadas “causas de bloqueo”, una voluntad restauradora del Ordenamiento, un retorno voluntario a la legalidad, y una limitada peligrosidad criminal. Si mediante la regularización, como supuesto de especial reparación, es posible alcanzar los fines que se persiguen con la pena, entonces esta ya no resultará de necesaria imposición, por lo que se posibilita su levantamiento o anulación combinando esta exégesis con el principio de mínima intervención, en virtud del cual se cede el paso al Derecho administrativo sancionador.

Establecido el fundamento de la institución de la regularización cabe preguntarse: ¿no ocurre lo mismo con cualquier acto de reparación total del daño en delitos protectores de bienes jurídicos completamente reparables o restituibles? Evidentemente, sí: se puede (y se debe) proclamar idéntico fundamento, centrado en el cumplimiento de los fines de la pena mediante la ejecución voluntaria de un acto postdelictivo de reparación, sea cual sea el delito, siempre que el bien jurídico (como ocurre en el caso de los delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios) sea completamente reparable. Si la idea nuclear del fundamento apuntado reposa en la innecesariedad de pena al dar-

se cumplimiento a los fines perseguidos por aquella cuando el sujeto voluntariamente procede a una *completa reparación*, no se termina de entender por qué esta posibilidad legal solo se activa expresamente para el caso de delitos que forman parte del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio apuntado, y no para el resto. ¿Nos encontramos ante un Derecho Penal de doble velocidad, y por tanto discriminatorio, que permite a los defraudadores fiscales (los *amigos*) eludir las consecuencias penales de sus actos delictivos mediante el recurso a institutos como el de la regularización, pero impide al resto de ciudadanos que cometen un delito de carácter patrimonial (los *enemigos*) tal posibilidad cuando reparan el daño? Si el principio de igualdad significa que deben tratarse igual los casos iguales (y desigual los desiguales) entonces, desde este punto de vista, la subinclusión de formas de reparación que tienen como consecuencia una completa anulación de pena en unos delitos frente a otros resultará forzosamente desigualitaria.⁹

Como ha señalado entre nosotros Gómez Pavón “es cierto que una vez regularizada la situación ante la Seguridad Social puede pensarse que la norma ha cumplido con su finalidad de prevención general, haciendo prevalecer el cumplimiento del ordenamiento, como también que la regularización ha satisfecho las necesidades de prevención especial con respecto al autor y que, por tanto,

9 Sobre las posibles razones (en realidad matices casi imperceptibles) en las que puede descansar este tratamiento desigual desde la norma, disertamos ampliamente en nuestra Tesis Doctoral publicada en e-Prints UCM: Bustos Rubio, M.: *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social* (2015), pp. 367 y ss.

la pena deviene no necesaria. Pero esto podría predicarse al menos de todos los delitos con un contenido patrimonial como parte de la doctrina sostiene en relación con el delito de defraudación a la Seguridad Social; no se ve la razón por la cual reparar el perjuicio causado en este delito o en el fiscal deba merecer la no imposición de la pena, excluyendo, además, cualquier otra consecuencia, y en el resto de los delitos patrimoniales el mismo comportamiento puede, en su caso, atenuar la responsabilidad penal y la pena, pero no hacerla desaparecer”.¹⁰ También Ferré Olivé ha puesto de manifiesto esta situación en relación con la regularización y el fraude fiscal: “lo que se pone en evidencia es un tratamiento diferenciado del delincuente tributario, que puede solventar sus responsabilidades penales mediante una regularización, del resto de los que cometen los delitos en el Código Penal que una vez consumados, solo pueden aspirar a una atenuación de pena en casos muy limitados”.¹¹

Dado lo anterior el instituto de la regularización, desde la óptica jurídico-penal, queda absurdamente privilegiado respecto de estos delitos en los que la reparación, de *lege data*, tan solo puede dar lugar a una atenuante por la vía de la circunstancia genérica del art. 21,5^a CP. Ello genera una situación que, como decimos, pudiera desbordar los límites del principio de igualdad, pues ante idénticas

posibilidades solo se permitiría acceder a la impunidad a los defraudadores en los delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social, y fraude de subvenciones (en los que está prevista la cláusula de regularización) pero no así en otros de contenido patrimonial, lo que supondría un agravio comparativo respecto de estos últimos.¹²

Coincidiendo con Sánchez Tomás podemos concluir afirmando que “si tan evidente es la necesidad político-criminal de exención cuando se dan estas circunstancias lo lógico es hacerla extensiva a todos los tipos. Lo contrario produce unas disfunciones difíciles de solventar en torno al fundamento de esta exención, que no resulta sino una regulación de emergencia, en este caso privilegiante, dentro del CP”.¹³

¹⁰ Gómez Pavón, P.: “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez de Linares, M. A., Gómez Pavón, P., et. al. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pp. 580-581.

¹¹ Ferré Olivé, *Una nueva trilogía en Derecho penal tributario... cit.*, p. 52.

¹² Morillas Cueva, L.: en Morillas Cueva, L. (coord.), Del Rosal Blasco, B., González Rus, J. J., Peris Riera, J., et. al., VV. AA.: *Sistema de Derecho Penal español, parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 656, quien entiende que a pesar de que puedan existir “sólidas razones político – criminales” para la aceptación de la cláusula de regularización en el Código Penal, no obstante, su presencia puede entenderse como un agravio comparativo respecto a otros delitos como, por ejemplo, los de carácter patrimonial.

¹³ Sánchez Tomás, J. M.: en Rodríguez Ramos, L., Cobos Gómez de Linares, M. A., Sánchez Tomás, J. M.: *Derecho Penal, parte especial III. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I), Delitos contra la Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural. Delitos contra la seguridad colectiva*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 120.

Expuesto, de forma algo contenida, este primer caso de desigualdad en el ámbito del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, a continuación, analizamos otro elemento que acredita tal tratamiento desigual.

3. Desigualdad interna: el sistema de cuantías

Se detecta un nuevo elemento de desigualdad en Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio incluso *ad intra*, esto es, examinada la propia regulación dentro del Título XIV del Libro II del Código Penal. O lo que es lo mismo: existe un tratamiento desigual también dentro del propio Derecho Penal recaudatorio, introduciéndose elementos de discriminación injustificada que se apoyan, esencialmente, en el destinatario de la norma penal (o mejor: en quién puede estar llamado a ser *sujeto activo* del delito).

Tras la reforma operada en estos delitos vía LO 7/2012, de 27 de diciembre, el legislador introdujo, junto al tradicional delito de fraude de cotizaciones a la Seguridad Social del art. 307 CP, un nuevo tipo penal conocido como fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social en el art. 307 ter. Mientras que aquél primero se dirige a sancionar las conductas del empleador que, estando obligado a cotizar por los trabajadores a su cargo, defrauda a la Seguridad Social (por ejemplo, apropiándose de dichas cuotas de cotización o no declarándolas a la Tesorería), este último tipo penal lo puede cometer cualquier ciudadano que, mediante los elementos de *engaño* previstos en el delito, pretenda obtener una prestación de la Seguridad Social a la que no tiene derecho. En suma: mientras que el delito del art. 307 constituye un delito especial, toda vez que la normativa de la Seguridad Social hace residir en determinados

sujetos la responsabilidad del cumplimiento de la obligación de cotización, así como la posibilidad de acceder a ciertas devoluciones o deducciones (esencialmente es un deber del empresario-empleador),¹⁴ el delito del art. 307 ter es un delito común que puede ser cometido por cualquier sujeto sin especiales cualificaciones o características.¹⁵

Es cuanto menos sugerente comprobar cómo el legislador en el art. 307 ter, rompiendo con la sistemática tradicional en este tipo de delitos, abandonó el sistema de cuantías que el Código Penal sí emplea en otras modalidades, como ocurre con la propia defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP (en que la reforma de 2012 rebajó el límite cuantitativo de los 120.000 a los 50.000 euros, en lo que supuso un nuevo endurecimiento del instrumento punitivo del Estado). No deja de resultar llamativo que no exista limitación alguna en esta nueva modalidad de fraude. Ello permitirá sancionar penalmente tanto a quien obtenga una prestación de la Seguridad Social por valor de cincuenta mil euros, como, por ejemplo, a quien disfrute una prestación por valor de cien euros. En definitiva: llama poderosamente la atención comprobar cómo en el delito de fraude a la Seguridad Social sólo se aplicará la pena al empresario que defrauda por encima de 50.000 euros, mientras que al ciudadano (v. gr.: trabajador,

¹⁴ Brandáriz García, J. A.: *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000, pp. 514-515.

¹⁵ Bustos Rubio, M.: “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 35, 2015, pp. 36-37.

pensionista) se le terminará sancionando por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social, con independencia de la cuantía, lo que apareja una pena de prisión de hasta tres años.

Como acertadamente ha subrayado Terradillos Basoco en este punto la norma del art. 307 ter CP. supone una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria: “el sujeto activo del delito de defraudaciones a la Seguridad Social del art. 307 solo lo puede ser el empresario, mientras que en el 307 ter, de ordinario, lo será el trabajador. Ese elemento diferencial, de carácter personal, ha llevado al legislador a criminalizar la obtención o el disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social, tipificando conductas hasta ahora consideradas infracciones de naturaleza administrativa”.¹⁶

Caigamos en la cuenta de que, además, sin el establecimiento de límite cuantitativo alguno el legislador, mediante la aprobación de la LO 7/2012, derogó de facto toda la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social. Es cierto, no obstante, que la jurisprudencia tradicionalmente admite ciertos criterios que permiten en la práctica limitar el tipo penal y diferenciarlo del ilícito administrativo, teniendo en cuenta caracteres que, como pueda ser la existencia de un especial ánimo defraudatorio, pueden permitir finalmente la aplicación de la sanción administrativa y desplazar la penal. Ello no obsta,

para señalar que, de hecho, dada la inexistencia de límite cuantitativo en este delito, en la mayor parte de los casos se superpongan los supuestos prohibidos y, al final, el sujeto acabe respondiendo por un delito y no por un ilícito de carácter administrativo.

Son las mismas razones vinculadas al principio constitucional de igualdad, al que ya aludimos en el primer apartado de este trabajo, las que avalan el establecimiento de un límite cuantitativo en este delito. Dicho principio queda conculcado cuando se criminalizan ciertas conductas de fraude del empresario-empleador contra la Seguridad Social cuando la cuantía supera los 50.000 euros (art. 307 CP) y conductas de fraude de trabajadores o pensionistas contra la Seguridad Social con independencia de cuál sea la cuantía de lo defraudado. En este punto nos encontramos ante un palmario ejemplo, no ya de Derecho penal de autor, sino más bien de Derecho penal de clase.¹⁷

La jurisprudencia recientemente ha tratado de compensar en la práctica dicha desviación. En la STS 355/2020 de 26 de junio de 2020 (ponente: Ferrer García) se interpreta dónde ha de situarse el límite cuantitativo para la aplicación del actual subtipo atenuado en el delito de fraude de prestaciones al sistema de Seguridad Social.¹⁸ En definitiva: viene a amarrar, desde una óptica cuantitativa (que siempre aporta una mayor seguridad

¹⁶ Terradillos Basoco, J. M.: “Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)”, en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez – Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 856.

¹⁷ Bustos Rubio, *La tipificación del fraude en las prestaciones... cit.*, p. 37.

¹⁸ Dice el art. 307 ter 1, párrafo 2º: “cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo”.

jurídica) qué debe entenderse por “especial gravedad”. En esta sentencia se reconoce que “una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante” (FD 2º). El TS considera necesario establecer un criterio unitario para dar mayor seguridad jurídica ante las muy diversas interpretaciones que vienen realizando las Audiencias Provinciales: “dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia “el importe de la defraudación”, que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación” (FD 2º). Y, afirmando el carácter patrimonial de este delito (cuestión también ampliamente discutida en el seno de la doctrina) finalmente se establece dicha cuantía en 10.000 euros. Para llegar a esa cantidad, y pese a que inicialmente se reconoce que la estructura típica del art. 307 ter CP “es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial”, la STS (FD 2º) rechaza primeramente un paralelismo automático con la cuantía de 400 euros fijados para el delito de estafa, en atención a las particularidades de la conducta típica defraudatoria contra la Seguridad Social y su propia ubicación sistemática y capitular. Y también desecha, en segundo término, es-

tablecer la cuantía en 4.000 euros, tal como solicitaba el Ministerio Fiscal aludiendo proximidad con la malversación de caudales públicos del art. 433 CP, pues se razona por parte del Tribunal Supremo que no hay paralelismo con tal delito y que, además, en el título de Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no se maneja en ningún caso dicho límite cuantitativo.

La cuantía, pues, por la que finalmente se decanta el TS son los 10.000 euros. Y apoya tal decisión, esencialmente, en el paralelismo con el párrafo segundo del art. 305.3 CP y el art. 308.4 CP, ambos dentro del mismo Título en el que se adscribe el delito: “ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener prevista una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave” (FD 2º). No obstante, como se adelantó, se insiste nuevamente en que para acudir a la aplicación del subtipo será siempre necesario valorar tres pilares a los que alude el precepto: la cantidad defraudada (ahora 10.000 euros), los medios empleados (por ejemplo, la constitución fraudulenta de sociedades) y las circunstancias personales del autor (por ejemplo, edad, grado de formación, familia, etc.).

A pesar de este buen hacer de nuestra jurisprudencia, en el sentido de limitar en la práctica la aplicación del tipo penal, lo cierto es que la norma sigue completamente silenciada en este punto, al no establecerse, como se dijo, ningún elemento cuantitativo que ejerza de barrera entre el ilícito penal y el extrapenal. Esto ocurre solo para el caso del art. 307 ter, que está llamado a cometerse por parte de cualquier sujeto, frente a lo que acontece en el resto de delitos que conforman el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio en los que sí es tradicional el recurso al régimen de cuantías a tal efecto. Y especialmente ocurre para el caso del art. 307 CP que, como se ha apuntado, es un delito especial que solo podrá cometerse en la práctica por quien sea *empleador*. O en otras palabras: cualquier ciudadano o trabajador podrá caer con más facilidad en el terreno del injusto penal, mientras que el empresario quedará sometido a superar ciertos límites o barreras para responder por el delito en cuestión.

4. Desigualdad externa: la protección especial de la Hacienda Pública y la Seguridad Social más allá del Título XIV

Ya por último es posible hallar un tercer ejemplo de discriminación para el caso del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio. Si en el apartado anterior expusimos un caso de desigualdad *ad intra* en el Título XIV del Libro II del CP, queremos en este momento dejar expuesta una desigualdad *ad extra*, que se produce más allá de dicha ubicación sistemática, ejemplificando la especial y significativa protección de la que gozan los intereses fiscales y recaudatorios a lo largo y ancho del Código Penal.

Para ello nos queremos detener en dos ámbitos concretos:

Por un lado, en el ámbito de los delitos de frustración de la ejecución y de insolvencias punibles (divididos, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en dos Capítulos, VII y VII bis, dentro del Título XIII del Libro II CP), donde encontramos en el art. 257,3, párrafo 2º, una agravación de la pena para el caso de que en el delito de alzamiento de bienes “la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social”. Igualmente, en el art. 259 bis 3ª se agrava la pena para el caso del delito de bancarrota “cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social”. La doctrina mayoritaria ya ha puesto de relieve lo cuestionable de esta hipervaloración del crédito que ostentan las Haciendas Públicas o la Seguridad Social (nada se dice de la europea),¹⁹ a quienes se

19 Bustos Rubio, M.: “Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, 2018, p. 228; Martínez – Buján Pérez, C.: “Los delitos de insolvencias punibles tras la reforma realizada por la LO 1/2015”, en Bacigalupo Sagesse, S., Feijoo Sánchez, B., Echano Basaldena, J. I.: *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 1080; Souto García, E.: “La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los ‘nuevos’ delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, 2015, p. 169; Faraldo Cabana, P.: “Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insol-

da un tratamiento privilegiado frente a otros créditos de carácter privado o particular, sin que exista una aparente justificación (al menos dentro de los parámetros del principio de igualdad ya apuntado). Y aunque para otros autores la previsión estaría justificada al aparecer de fondo *intereses generales*,²⁰ coincidimos con Quintero Olivares cuando apunta que “ninguna justificación hay para agravar la pena porque más de la mitad del importe se deba a las Haciendas Públicas o a la Seguridad Social, que ya han sido privilegiadas en el régimen del alzamiento de bienes. De nuevo flota la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos es “menos grave”²¹.

Y, por otro lado, encontramos el curioso art. 398 CP en donde, al albur de los delitos de falsedad documental, se establece un tipo privilegiado para el caso de “la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico” a quien se castigará con la pena de suspensión de seis meses a dos años, pero instituyéndose que “este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Segu-

ridad Social y a la Hacienda Pública”, con lo que, nuevamente, encontramos una especial y mejor protección de intereses fiscales o recaudatorios más allá del Título XIV que regula los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, desechándose toda posibilidad de aplicar este tipo atenuado para el caso de los certificados que se libren en relación con la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

Ambos ejemplos revelan la existencia de claros intereses recaudatorios que exceden del Título XIV y que vuelven a poner de manifiesto el empleo del Código Penal, por parte del legislador, para fines no-siempre-penales sino más bien eminentemente fiscales. Si se rompe con el punto de equilibrio necesario entonces, es obvio, nos encontraremos ante una rechazable perversión del instrumento penal configurado (al menos en origen) para otros fines.

vencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, p. 67; y Monge Fernández, A.: *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 151.

20 López Barja de Quiroga, J.: *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Civitas, Navarra, 2015, p. 289.

21 Quintero Olivares, G.: “Insolvencias punibles”, en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 751.

La corrupción internacional y los problemas de corrupción en el mundo globalizado

• **Carlos Ferré Sánchez** •

Investigador

Universidad de Huelva

Máster en Derecho. Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad de Huelva SEJ 460. Esta investigación resume la presentada como Trabajo de Fin de Máster en el título oficial de Máster en Acceso a la Abogacía de la Universidad de Huelva, que obtuvo la máxima calificación de 10 puntos y Matrícula de Honor.

Resumen: Con los recientes cambios producidos en nuestra sociedad desde un punto de vista social, económico, político y tecnológico, vivimos en un mundo cada vez más globalizado y de rápido cambio en el que las conductas corruptas proliferan y son más difíciles de perseguir. En el presente artículo se analizarán las cuestiones más determinantes en la actualidad sobre el fenómeno de la corrupción, con especial atención en la corrupción internacional. Además, se hará una revisión de los casos y tramas de corrupción más significativos y de la respuesta que la comunidad internacional ha intentado dar a este fenómeno.

Palabras clave: corrupción internacional, sobornos internacionales, caso Odebrecht, caso Lockheed, Foreign Corrupt Practices Act, internacionalización.

Abstract: With the recent changes in our society from a social, economic, political and technological point of view, we live in an increasingly globalized and rapidly changing world in which corrupt conduct is proliferating and more difficult to prosecute. This article will analyze the most decisive issues currently affecting the phenomenon of corruption, with a special focus on international corruption. It will also review the most significant corruption cases and schemes and the response that the international community has attempted to give to this phenomenon.

Keywords: international corruption, international bribery, Odebrecht case, Lockheed case, Foreign Corrupt Practices Act, internationalization.

- **Fecha de recepción**

20-02-2024

- **Fecha de aceptación**

29-03-2024

Sumario:

1. Corrupción internacional
 - 1.1. Concepto de corrupción
 - 1.2. Internacionalización y globalización como motor de la corrupción internacional
 - 1.3. Efectos de la corrupción
2. Convenios internacionales de prevención y lucha contra la corrupción
 - 2.1. Convención Interamericana contra la corrupción (1996)
 - 2.2. Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (1997)
 - 2.3. Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)
 - 2.4. Convenio penal sobre la corrupción y Convenio civil sobre la corrupción (1999)
 - 2.5. Convenio para la prevención y lucha contra la corrupción (Unión Africana -2003)
 - 2.6. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)
3. Defensa contra la corrupción internacional. Posible legislación internacional y propuestas frente a los problemas

- 3.1. Foreign Corrupt Practices Act.

- 3.2. Bribery Act

- 3.3. El GRECO

- 3.4. La Fiscalía Europea

- 3.5. Agencias anticorrupción

- 3.6. La privatización de la lucha contra la corrupción

4. Revisión de casos de corrupción internacional

- 4.1. Caso Lava Jato

- 4.2. Caso Lockheed

- 4.3. Caso Mani Pulite

5. Bibliografía

1. Corrupción internacional

1.1. Concepto de corrupción

Por corrupción entendemos, en su definición más básica, el abuso del poder público en beneficio privado.¹ Estamos por tanto hablando de una conducta de abuso que es llevada a cabo por un sujeto que posee poder de decisión en el sector público (pudiendo también ocurrir en el privado), o bien por alguien que tiene la capacidad de influir en la toma de decisiones. Tomando esta definición como punto de partida, podemos observar que las diferentes acciones en las que se puede plasmar la corrupción son muy numerosas, abarcando innumerables

1 Cfr. Benito Sánchez, D. “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *Revista Estudios de Deusto*, vol 63/1, enero/junio 2015, p. 1.

conductas ilícitas.² Entre los ejemplos más habituales encontramos los sobornos, malversación, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y abuso de poder.³ También hay que tener en cuenta que no todas las conductas que encajan en la anterior definición de corrupción son consideradas delictivas: el alcance de la definición es amplio.

Todas estas conductas tienen en común la existencia de un abuso que beneficia a quien no debiera salir beneficiado, lo que nos hace hablar del fenómeno de la corrupción (aunque llevado a la práctica se suele identificar con los delitos anteriormente enumerados). Este beneficio puede ser de muchos tipos, no únicamente económico. Podemos afirmar que la corrupción supone un fenómeno que posee un importante efecto corrosivo en la sociedad y en las instituciones públicas, que lleva a que las necesidades de muchos no sean satisfechas como consecuencia del desvío de fondos. La corrupción es capaz de asentarse en un país y frenar su desarrollo, su credibilidad institucional y la competitividad de sus mercados. El fenómeno de la corrupción atenta directamente contra las bases democráticas del Estado, en el momento en el que los responsables de la administración se dedican a buscar su interés privado en detrimento del interés general que deberían custodiar, por lo que el Estado pasaría de

perseguir el interés de la mayoría a buscar el interés de la minoría lo suficientemente rica o poderosa como para ejercer la corrupción. Es por tanto fundamental crear una legislación efectiva que logre combatir las prácticas corruptas.

Sin embargo, al encontrar conductas tan diferentes entre sí en el ámbito de la corrupción, es necesario realizar un estudio pormenorizado de las mismas, dado que pueden ostentar unas características (y frecuentemente, un grado de gravedad) muy distintas. Esta diversidad de conductas no hace sino dificultar en buena medida la lucha contra la corrupción, puesto que supone un impedimento para elaborar una legislación coordinada para todas ellas.

Naturalmente, la corrupción ha estado siempre presente en los poderes públicos de la sociedad, pero la noción de corrupción internacional es relativamente reciente, dado que la comunidad internacional no se ha enfrentado activamente a la corrupción hasta hace apenas unas décadas.

El matiz diferenciador que nos hace hablar de corrupción internacional es el carácter transnacional, es decir, la presencia de personas vinculadas a países diferentes en el pacto corrupto.⁴ Es frecuente encontrar empresas transnacionales como actores de los delitos de corrupción internacional, dada la cada vez más habitual capacidad de ciertas personas jurídicas para influir en la política de países enteros y obtener de ello un beneficio.

La corrupción en numerosas ocasiones viene acompañada de otros tipos de actividades criminales, como puede ser el crimen

² Cfr. Nougues Cossio, R. "Corrupción y Derechos humanos. Una aproximación desde la doctrina de la imputación objetiva", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2020, p. 7.

³ Cfr. Benito Sánchez, D. "The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts", *Polít. Crim.* Vol. 15, N°27, 2019, p. 523.

⁴ Cfr. Benito Sánchez, D. "Análisis de las novedades...", *op. cit.* 2.

organizado, causando consecuencias todavía más graves. Otro fenómeno peligroso relativo a la corrupción es la conocida como

“gran corrupción” o corrupción a gran escala, definida por Transparencia Internacional como “actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse del bien común”.⁵

Por tanto, nos estaríamos refiriendo a un tipo de corrupción que pudiera resultar aún más peligrosa, que se produce en los mayores niveles de poder de un Estado y afecta a las grandes decisiones adoptadas en el poder ejecutivo, legislativo y judicial. Las figuras que ostentan suficiente influencia como para participar en la gran corrupción son muy pocas, personalidades y entidades poderosas y bien conectadas cuya persecución y sanción será más difícil de lo normal al tener más facilidad para eludir la acción de la justicia.

1.2. Internacionalización y globalización como motor de la corrupción internacional

La corrupción ha dejado de ser un problema local cuya repercusión queda limitada a la administración pública. A través de la globalización, producto de los cambios sociales y tecnológicos que se han ido sucediendo recientemente, la corrupción es ahora un fenómeno fuertemente extendido también en el

plano internacional, pudiendo hablarse de una “explosión de la corrupción” cuyos efectos dificultan la convivencia dentro de la sociedad. Y si bien es cierto que la globalización ha mejorado la vida de millones de personas en todo el mundo (especialmente en países desarrollados), también tiene fuertes repercusiones negativas como lo es esta, extendiendo la delincuencia y haciéndola más grave en determinados ámbitos. Como consecuencia de la globalización, actualmente podemos encontrar la presencia de corrupción en todo tipo de ámbitos, proyectándose sobre la cultura, economía, política, y sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas el derecho penal.⁶ Este crecimiento también nos deja grandes tramas de corrupción internacional, en las que se defraudan enormes cantidades de dinero público utilizando medios que hasta hace no mucho no existían.

Podemos comprender mejor la gravedad de esta situación si observamos a modo de ejemplo el caso Odebrecht, el que es sin duda uno de los escándalos de corrupción internacional más mediáticos y relevantes de la historia reciente. Se trata de una trama de corrupción producida en Latinoamérica, donde se extendió durante más de 30 años. Odebrecht es un conglomerado de negocios brasileño fundado por el empresario Norberto Odebrecht, que se dedica principalmente al campo de la construcción y de la ingeniería. No es el único escándalo de corrupción de la historia reciente de Brasil, podemos encontrar otros escándalos con cierta relación,

⁵ Cfr. Hava García, E. “Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional”, *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, p. 64.

⁶ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas”, *Revista Derecho y Sociedad*, N.º 52, 2019, p. 166.

como la trama de Petrobras, la mayor trama de corrupción de la historia de Brasil, pero sí que podríamos considerarlo el caso más reciente con el que podemos observar la fuerte incidencia negativa de la corrupción en las relaciones internacionales,⁷ y que ilustra a la perfección cómo la corrupción encuentra en la globalización un medio para extenderse en el plano internacional.

El caso de corrupción estalló en 2016, cuando el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó una investigación sobre el grupo Odebrecht, revelando que había sobornado durante años con un valor total de 439 millones de dólares a funcionarios de los gobiernos de hasta 12 países americanos y africanos con el fin de obtener contrataciones públicas en estos países (Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela). De esta manera, mediante el empleo de cientos de millones de dólares en sobornos a políticos, funcionarios y candidatos, los directivos de Odebrecht lograron obtener aproximadamente 100 proyectos en múltiples países.⁸ Para ello, Odebrecht creó una división específica, la División de Operaciones Estructuradas, y una Caja B llamada “Sector de Relaciones Estratégicas” a finales de la década de los años 2010.

Dado que la empresa cotizaba en la bolsa de Estados Unidos, fue posible investigar la por supuesta infracción de la normativa de contabilidad aplicando la legislación del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), haciendo

uso del principio de extraterritorialidad de esta ley estadounidense. La justicia norteamericana investigó a esta empresa debido a que si una empresa se enriquece a través de la corrupción y los funcionarios extranjeros aceptan sobornos, esta situación está atentando contra la seguridad nacional y contra el sistema de mercado libre internacional. En el proceso penal de Estados Unidos, se acusó a Odebrecht de conspirar para violar las disposiciones antisoborno del FCPA, motivo por el que tuvo que pagar una multa de 4.500 millones de dólares en 2016.⁹ La empresa fue severamente castigada por la justicia estadounidense, con una multa de gran cuantía y la imposición de controles de la administración.

Se calcula que la empresa obtuvo ganancias de más de 1.4 billones de dólares ayudada por estas operaciones corruptas, siendo por tanto cuestionable si terminó resultando rentable para la compañía tras la imposición de sanciones. Son muchos los llamados a responsabilidades penales individuales a raíz del caso Odebrecht, como lo es Eduardo Cunha, expresidente de la Cámara de Diputados de Brasil, que fue condenado a la pena de 15 años de prisión por corrupción, lavado de activos y evasión de impuestos, o incluso el expresidente de la República Michel Temer, que ha sido investigado por cargos de corrupción (incluidos los relacionados con la petrolera Petrobras).

La corrupción internacional afecta a gobiernos enteros, los funcionarios son fácilmente sobornables (y lo son aún más en gobiernos de países menos desarrollados).

7 Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno internacional...”, *op. cit.* p. 166.

8 Cfr. Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La fcpa...” *op. cit.* p. 19.

9 Cfr. Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La fcpa...” *op. cit.* p. 18.

Podemos comprender el origen de estos casos de escándalos de corrupción, como el recién expuesto caso Odebrecht, si tenemos en cuenta el desorbitado (y todavía creciente) poder económico que poseen determinadas corporaciones transnacionales que han encontrado en la internacionalización y globalización una oportunidad para crecer, y a través de ese poder económico generado, conseguir una capacidad de influencia que llega incluso a los poderes públicos, y que es plenamente capaz de generar corrupción. Estas corporaciones suponen una fuente generadora de riqueza, pero también pueden suscitar consecuencias negativas sobre la ordenación de la economía y sobre el hombre y sus derechos.¹⁰ Es decir, el tradicional modelo de corrupción que se manejaba hasta hace unas décadas, en el que aquel capaz de realizar acciones corruptas era el poder público, es transformado ahora hacia un modelo en el que el poder obtenido por las grandes corporaciones de carácter privado les permite también acceder a la corrupción, y no solo en el plano nacional, sino también en el internacional. Encontramos países con empresas más poderosas que el propio gobierno, en los que además habitualmente es más difícil perseguir y castigar estos delitos, al tener sistemas judiciales más débiles. En estos casos, las instituciones no son capaces de hacer cumplir imparcialmente las normas de funcionamiento de la sociedad; el mal funcionamiento de las instituciones favorece la corrupción. Los grandes patrimonios consiguen ocultar fácilmente su identidad a través de herramientas como el secreto bancario o las facilidades para construir ciertas figuras jurídicas sin demasia-

¹⁰ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno internacional...”, *op. cit.* p. 166.

das medidas de identificación.¹¹ Además, se produce una transformación del fenómeno como lo conocíamos: antes la corrupción estaba protagonizada por funcionarios, pero ahora aparecen sujetos nuevos con los que anteriormente no contábamos, como son las personas políticamente expuestas (PEP).¹² Y esto nos lleva también a un posible cambio de bien jurídico, pasando del clásico buen funcionamiento de la Administración (que pasaría a un segundo plano) al orden económico y la libre y leal competencia en las relaciones económicas internacionales como bien jurídico protegido. Por tanto, como consecuencia del crecimiento de la corrupción en las últimas décadas, observamos tanto una ampliación de los sujetos susceptibles de corromperse, como una variación en el bien jurídico protegido.¹³ La aparición de organizaciones internacionales trae consigo nuevos funcionarios públicos que no pertenecen a los Estados, pero con la capacidad de corromperse en la toma de decisiones que les corresponde.¹⁴

¹¹ Cfr. Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción...”, *op. cit.* p. 183.

¹² Sobre la idea de riesgo asociada a las personas políticamente expuestas (PEP) cfr. Morón Pendás, I. “La exposición a la corrupción como factor de riesgo en el sistema de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo” en *AAVV VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.-

¹³ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”. Universidad de Salamanca, p. 76.

¹⁴ Cfr. Perez Cepeda, A. y Benito Sánchez, D. “Estudios sobre la corrupción. Una reflexión

No es de extrañar la existencia de esta “explosión de la corrupción”, si tenemos en cuenta que la globalización ha ido generando paulatinamente condiciones muy específicas donde a la corrupción le ha resultado muy fácil extenderse y asentarse. A nuestro alrededor encontramos una gigantesca evolución en la comunicación, en la innovación, la existencia de iniciativas empresariales independientes y desvinculadas de referencias territoriales, el crecimiento arrollador de las transacciones internacionales, la globalización de las finanzas y la desregularización de los mercados financieros... son solo algunas de las características que han generado un entorno favorecedor de nuevas prácticas corruptas y delictivas.

Por tanto, las manifestaciones de la globalización respecto a la corrupción son múltiples y su análisis nos permite acercarnos a las causas de la expansión de la corrupción internacional. Encontramos entre ellas el surgimiento de paraísos fiscales que facilitan la ocultación de la identidad de grandes corruptos, el auge de medios informáticos y de comunicación, la desaparición de fronteras con la subsiguiente eliminación de múltiples restricciones impuestas por los Estados y la internacionalización de mercados y libre circulación de capitales.¹⁵ Otra manifestación interesante de la globalización a este respecto es el fenómeno del *jurisdiction shopping*,¹⁶ consistente en la posibilidad que encuentra

el corrupto internacional de elegir el foro jurídico más favorable para sí mismo, para el que la globalización implica una serie de facilidades de cara a realizar esta operación. Así, escoge el sistema penal más adecuado para realizar sus actividades ilícitas. Los paraísos fiscales también fomentan la impunidad de los corruptos, a través del secreto bancario y el rechazo a la colaboración internacional en lo referido a la lucha contra la criminalidad económica.¹⁷ Resulta especialmente interesante lo reciente que es la expansión de la corrupción internacional. Y esto se debe a que no fue hasta los años 70 cuando algunos países comenzaron a preocuparse por la corrupción que ocurría más allá de sus fronteras.¹⁸ Los Estados miembros de las Comunidades Europeas desarrollaron un borrador de Tratado en 1976, con el que pretendían la penalización del soborno por los Estados miembros, pero el borrador fue abandonado. Fue en torno a la década de los 90 cuando, como producto de la globalización, se produce un crecimiento desorbitado de la corrupción en el ámbito internacional,¹⁹ afectando al mundo entero, desde países democráticos a regímenes autoritarios, y extendiéndose a organizaciones internacionales y empresas multinacionales. Posteriormente, y facilitado por el fin de la Guerra Fría, se comenzarían a elaborar herramientas de lucha contra la corrupción mediante dos vías: por un lado, armonización de las legislaciones nacionales

Hispano Brasileña”, p. 14.

15 Cfr. Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo”, *Revista Penal México*, núm. 10, p. 183.

16 Cfr. Cerina, G. “La Comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado”, *Revista Iustitia*, núm. 9, 2011, p. 99.

17 Cfr. Perez Cepeda, A. y Benito Sánchez, D. “Estudios sobre la corrupción. Una reflexión...”, *op. cit.* p. 15.

18 Cfr. Benito Sánchez, D. “The European Union Criminal Policy...”, *op. cit.* p. 526.

19 Cfr. Benito Sánchez, D. “Análisis de las novedades incorporadas...”, *op. cit.* p. 2.

en materia de corrupción, y por otro, adopción de nuevos mecanismos que incentivasen la cooperación entre los Estados.²⁰ Es entonces cuando se comienzan a desarrollar leyes que tratan de hacer frente al auge de la corrupción internacional, encontrando como resultado múltiples documentos internacionales con carácter vinculante con los que los Estados quedaban comprometidos a castigar estas conductas como delito, y que estudiaremos más adelante.

Podemos por tanto decir que, si bien la globalización de las últimas décadas ha generado una tendencia generalizada hacia la corrupción a nivel mundial, ha ido también acompañada de una progresiva intencionalidad de los Estados y organismos internacionales de prevenir y luchar contra esta clase de conductas ilícitas, plasmándose tanto en legislación como en la creación de organismos dedicados a la investigación y castigo de la corrupción por todo el mundo.

1.3. Efectos de la corrupción

1.3.1. Los efectos de la corrupción

La corrupción tiene multitud de efectos adversos sobre la sociedad en la que se manifiesta, y conviene analizarlos para comprender su impacto, su gravedad y la importancia que se le debe prestar desde los organismos públicos del Estado. Sánchez Bernal realiza una interesante clasificación de efectos de las conductas corruptas que tomaré como refe-

rencia para este apartado.²¹ a) Efectos de carácter general:

En primer lugar, destacamos el conocido como “efecto espiral de la corrupción”, un fenómeno producto de la corrupción que nos ayuda a comprender su rápido crecimiento en los últimos años y nos alerta sobre la peligrosidad que rodea a estas conductas. Este efecto espiral se fundamenta en cómo la realización de actos corruptos favorece la realización de más actos irregulares y corruptos, es decir, la propia corrupción se expande ella misma con su realización, en sentido vertical y horizontal. La corrupción atrae más corrupción a su alrededor. Cuando alguien realiza un acto corrupto presiona a los demás para que hagan lo mismo, creándose una cadena de corrupción en la que se puede perder el reproche general de la misma, dado que todo el mundo la comete y se convierte en lo habitual. La indudable existencia de este fenómeno dota a la corrupción de una altísima peligrosidad, y justifica aún más la necesidad de prevenir su aparición, dado que cuando comienza a implantarse en algún ámbito de la sociedad esta puede continuar expandiéndose exponencialmente dañando a las instituciones públicas y con consecuencias económicas graves, como la huida de “capitales honestos” hacia otros territorios donde la corrupción no esté sistematizada.²² Además, la corrupción perjudica a la ciudadanía de varias maneras: la corrupción frena el desarrollo del país, al suponer una traba al desarrollo del Estado en el que se produce en

²⁰ Cfr. Cerina, G. “La Comunidad internacional y la lucha...”, *op. cit.* p.100.

²¹ Cfr. Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción...”, *op. cit.* p. 185.

²² Cfr. Perez Cepeda, A. y Benito Sánchez, D. “Estudios sobre la corrupción. Una reflexión...”, *op. cit.* p. 19.

todo tipo de ámbitos. El primero que consideramos es el desarrollo económico, probablemente el más resentido por la corrupción, pero también ocurre con el desarrollo cultural, social, institucional, etc. La corrupción también es un incrementador de la pobreza, que puede provocar el empobrecimiento de un país y de su ciudadanía y el freno del desarrollo humano, como consecuencia de la mala gestión de los recursos públicos. Hace que las personas desfavorecidas se encuentren en situaciones aún más desfavorables, aumentando las desigualdades e inequidades dentro de la sociedad. Según múltiples investigaciones, la máxima corrupción coincide con la máxima pobreza, mientras que los países en los que encontramos las mejores condiciones de vida son los que tienen las administraciones menos corruptas.²³ b) Efectos sobre el sistema y la legitimidad democráticos. La corrupción trae consecuencias que afectan al ámbito político y al sistema democrático. Por un lado, la corrupción afecta a los derechos fundamentales. Indudablemente, la corrupción tiene influencia en la calidad de vida de las personas y sus derechos básicos. De hecho, algunos derechos humanos son lesionados por la corrupción, aunque dedicaremos un estudio más detenido a esta cuestión más adelante.

La corrupción daña la legitimidad del sistema democrático en el que se produce. En aquellos países donde la corrupción está fuertemente arraigada, con instituciones débiles e inestables como consecuencia de las malas prácticas, es habitual que la ciudada-

nía desconfíe de sus instituciones y del funcionamiento de su propio Estado. Por último, la corrupción supone una amenaza para la paz, dado que, según un informe de *Transparency International Deutschland*, la corrupción incrementa el riesgo de conflicto y el conflicto incrementa el riesgo de corrupción. En líneas generales, existe un vínculo entre la corrupción y la violencia armada en un país, estando peligrosamente relacionadas.

c) Vamos ahora a revisar los efectos sobre el sistema económico y la economía, que son probablemente los primeros que se nos vienen a la mente al hablar de corrupción y que son en muchas ocasiones los más peligrosos. En primer lugar, la corrupción tiene como efecto la creación de economía sumergida. La corrupción se produce en contextos de ocultación de información y secretos que también admite la ocultación de recursos económicos, generando grandes cantidades de dinero opaco (que además suelen transmitirse a paraísos fiscales), lo que nos lleva a una economía sumergida que perjudicará directamente a los ciudadanos contribuyentes.

Por otra parte, encontramos repercusiones muy importantes relacionadas con la corrupción en las mega adjudicaciones. Las adjudicaciones de este tipo, que involucran grandes cantidades de dinero que se mueve entre los diversos intervinientes, son un foco habitual de corrupción muy costosa que repercute directamente sobre los ciudadanos que acabarán soportando las consecuencias de estos actos ilícitos. Ante operaciones tan beneficiosas para las empresas elegidas para llevar a cabo los servicios, se pagan también sobornos muy elevados para garantizar la adjudicación. Además, esto no hace sino perjudicar la calidad de la adjudicación, que en numerosas ocasiones dejan de tener el control exhaustivo de la administración que se espera que tengan. Esto se relaciona con otra

²³ Cfr. Terradillos Basoco, J.M. “Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española”. *Revista Penal México* N.º 11-12, p. 243.

idea, la de que la corrupción es soportada por los ciudadanos como si se tratara de un impuesto: la corrupción origina una mayor carga fiscal a los contribuyentes, que deben llevar a cabo un gran esfuerzo fiscal sin que ello se traduzca en mayor bienestar social.²⁴ La corrupción frena el crecimiento económico de un país perjudicando las bases de la inversión, y altera la composición del gasto público en detrimento de servicios de interés social como sanidad y educación, que reciben una financiación menor. La parte de recaudación que deriva en corrupción pasa al patrimonio privado de los sujetos corruptos disminuyendo el patrimonio y recursos que posee la administración pública. La corrupción puede ser un desincentivo para invertir, tanto de inversores nacionales como internacionales.

Finalmente, la corrupción favorece el mantenimiento de oligopolios y monopolios como consecuencia de la alteración que supone la corrupción para la competencia, impidiendo que entren nuevos agentes a los mercados. Es frecuente la utilización del pago de sobornos para exigir exclusividad en un mercado, estableciendo monopolios de hecho. Se produce también el efecto multiplicador:²⁵ si un empresario no corrompe, no puede competir en ese mercado en el que prevalecen los que han corrompido, por lo que deberá abandonar su puesto en beneficio del competidor desleal, el cual no dedicará sus recursos al desarrollo de mejores tecnologías, una mejora de la calidad del producto o del

servicio, sino a sobornar para mantener su posición en el mercado. Podemos considerar el caso de la empresa SIEMENS A.G., que en 2008 reconoció sobornos de millones de dólares a funcionarios de múltiples países, debido a que según la empresa era imposible mantener la competitividad de la empresa en el extranjero de otra manera. Según el contador de la empresa R. Siekaczek, supervisó durante cuatro años un presupuesto anual de sobornos de entre 40 y 50 millones de dólares.²⁶ Estando establecido este sistema de mercado, muchas de las grandes empresas acaban sucumbiendo para no renunciar a su competitividad, comenzando redes de sobornos con funcionarios alrededor del mundo y que terminan por afectar al ciudadano, especialmente al más desfavorecido. En este sentido, la distorsión de la competencia generada por la corrupción internacional no hace sino incrementar las desigualdades.²⁷

d) Efectos en el ámbito social y cultural. Estos efectos pueden ser considerados menos nocivos que los anteriormente descritos, pero muestran otros contextos diferentes en los que podemos observar hasta dónde pueden extenderse los efectos de la corrupción. El primero de los efectos que podemos considerar a estos efectos es el del empeoramiento de la imagen del país en el que se produce la corrupción, junto a la degradación de su confiabilidad que supone para los ciudadanos y otros Estados, perjudicando también la convivencia social. Además, como consecuencia del desvío de dinero público en la

²⁴ Cfr. Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción...”, *op. cit.* p. 193.

²⁵ Cfr. Terradillos Basoco, J.M. “Estrategias político-criminales frente a la corrupción...”, *op. cit.* p. 243.

²⁶ Vid. <https://www.eluniverso.com/2008/12/28/1/1128/34403A9E062242199CA1AFC9BFE82617.html/>

²⁷ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “Reflexiones penales desde Salamanca...”, *op. cit.* p. 78.

corrupción, los sectores a los que les correspondía parte del presupuesto, como la educación, reciben menos de lo que deberían con el consiguiente empeoramiento del servicio, aumentando las desigualdades e incluso limitando el acceso a ella a grupos desfavorecidos.

1.3.2. Corrupción y derechos humanos

Muchos autores han considerado que la corrupción tiene como efecto una lesión importante en los derechos humanos, que serían afectados por estas prácticas debido a la forma en la que la democracia y el Estado, protectores de los derechos humanos, son dañados por los corruptos. Desde este punto de vista, el corrupto está atacando los derechos humanos. Sería por ejemplo el caso de personas necesitadas que no ven algunas de sus necesidades cubiertas como convendría, dado que los fondos que teóricamente les corresponden se disuelven y desvían por la corrupción. En situaciones de este tipo, la lesión de los derechos humanos se produce en cuanto la corrupción atenta contra el Estado social, no permitiendo cubrir las necesidades humanas de las que debiera encargarse el presupuesto público, como es el caso de la sanidad pública, es decir, produciendo una lesión en los que podríamos llamar bienes jurídicos colectivos.²⁸ La corrupción vulnera la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la medida en que vulnera el derecho a la igualdad contenido en ella, puesto que el pago de un soborno enfocado a la obtención de un servicio público excluye de su

disfrute al que no es capaz de realizar dicho pago.²⁹ En ocasiones, esta lesión producida por el vínculo entre corrupción y derechos humanos es jurídicamente relevante, produciendo un ilícito internacional. Encontramos esta situación en aquellos casos en los que, como consecuencia de la conducta corrupta, se produce el incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos y un daño a la víctima, de lo que surgiría la responsabilidad internacional del Estado de reparar este daño, así como de sancionar a sus autores y prevenir la repetición de las conductas. Como condiciones para que se genere responsabilidad para el Estado, el acto corrupto debe suponer el incumplimiento de una obligación internacional, y se debe atribuir ese incumplimiento al Estado, es decir, que sea realizado por personas, órganos o instituciones de carácter público dentro del Estado.

En el ámbito de los derechos humanos, Nogués Cossio considera que los Estados tienen dos obligaciones generales, la de respeto y la de garantía,³⁰ es decir, el compromiso de no interferir en el disfrute de los derechos humanos de su población (que no sea el propio Estado el que los vulnera), y simultáneamente la obligación de hacer efectivos estos, protegiendo a sus ciudadanos de las posibles violaciones de derechos fundamentales de cualquier procedencia, debiendo adoptar las medidas necesarias para poder garantizar esta protección.

²⁸ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. "Reflexiones penales desde Salamanca...", *op. cit.* p. 74.

²⁹ Cfr. Perez Cepeda, A. y Benito Sánchez, D. "Estudios sobre la corrupción. Una reflexión...", *op. cit.* p. 18.

³⁰ Cfr. Nogués Cossio, R. "Corrupción y Derechos humanos..." *op. cit.* p. 7.

Para determinar si existe una relación entre el hecho producido por el Estado y el daño, habitualmente (en base a la práctica judicial internacional) se recurre al conocido como “test de la causa próxima”,³¹ fundamentado en dos conceptos: secuencia natural en cuanto al aspecto objetivo y previsibilidad en cuanto al aspecto subjetivo. En cuanto al elemento objetivo debemos atender a si el daño es consecuencia natural o lógica del hecho ilícito o no, es decir, si la acción corrupta es causa próxima del daño y por tanto existe una secuencia natural entre ambos. En cuanto al elemento subjetivo, la previsibilidad, debemos tener en cuenta el grado de atención y precaución que ha tenido el Estado de cara a evitar producir el daño.

1.3.3. Efectos positivos de la corrupción

Una cuestión especialmente interesante es la idea de los efectos positivos de la corrupción. Cuando pensamos en corrupción la relacionamos inmediatamente con un fenómeno dañino, como es lógico teniendo en cuenta su impacto en el desvío de fondos de un país, la deslegitimación de instituciones y demás efectos negativos que ya hemos enumerado anteriormente. La teoría de los efectos positivos de la corrupción es ampliamente rechazada hoy en día, si bien es cierto que la corrupción tiene un efecto positivo para quienes se benefician de ella,³² para el que soborna y para el sobornado, una relación de la que ambos salen beneficiados. De hecho, el efecto

económico de la corrupción ha sido muy importante para algunos Estados en las últimas décadas, y hay quien afirma que pequeñas dosis de corrupción impulsan el crecimiento económico.

Podríamos tomar como ejemplo el caso de Brasil, que a través de los contratos envueltos en corrupción de empresas como Odebrecht o Petrobras se enriquecieron no solo los empresarios y políticos implicados directamente en las conductas corruptas (que disponen de mayor renta y, por tanto, mayor capacidad de realizar inversiones), sino que generaron beneficios para todo el país, favoreciendo la modernización y la creación de puestos de trabajo para muchos brasileños.

Siguiendo esa idea, algunos autores plantean la conveniencia de no solo no castigar los actos de corrupción, sino de incentivarlos. Sin embargo, estas ideas han quedado descartadas por los efectos perniciosos de las conductas corruptas, y por su incompatibilidad con los estándares de democracia y criterios de gobernanza seguidos actualmente.

Hasta el momento hemos logrado definir la corrupción y estudiar su origen, su situación actual y cuáles son sus muchos efectos. Tras estudiar el caso Odebrecht, hemos observado la magnitud que puede llegar a tener la corrupción, un fenómeno dañino para todo Estado en el que se produce, y que resulta difícil de detener, especialmente en gobiernos de países menos desarrollados donde los funcionarios pueden ser más fácilmente corruptibles. Todo ello nos lleva a plantearnos qué respuesta debemos dar a este fenómeno, que al estar dotado de gran complejidad y alcance, no ofrece una respuesta fácil. Pero lo que queda claro es que requiere respuestas internacionales, y nos dedicaremos a continuación al estudio de las respuestas que se han ido aportando en los últimos años, es decir, los Convenios internacionales en materia

31 Cfr. Nougués Cossio, R. “Corrupción y Derechos humanos...”, *op. cit.* p. 9.

32 Cfr. Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción...” *op. cit.* p. 185.

de corrupción y el grado de eficacia que han tenido en su ámbito de actuación.

2. Convenios internacionales de prevención y lucha contra la corrupción

En la década de los años '90, como ya hemos comentado anteriormente, se inicia una nueva etapa en la lucha contra la corrupción en la que comienzan a desarrollarse en todo el mundo distintas convenciones de carácter vinculante (en contraposición a los previos mecanismos de *soft law*) que supondrán al fin una vía efectiva para enfrentarse a este fenómeno internacional. En ese momento las organizaciones internacionales de más renombre decidieron crear cada una sus propios instrumentos jurídicos de lucha contra la corrupción, teniendo como resultado las convenciones que estudiaremos a continuación. Algunos autores, como Giorgio Cerina, consideran que toda esta legislación no es sino una hipertrofia legislativa, que es innecesariamente compleja e ineficaz.³³ Otro factor que debemos tener en cuenta es que, como siempre ocurre con los instrumentos internacionales de este tipo, se presenta una dificultad relativa al control de su cumplimiento por parte de los Estados firmantes del Convenio, de lo que dependerá la eficacia de estos instrumentos.

Las convenciones más importantes a este respecto son las siguientes: la Convención Interamericana contra la Corrupción, por parte de la Organización de Estados Americanos (1996), el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que es-

tén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, en 1997, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, por parte de la OCDE en 1997, el Convenio penal sobre la corrupción y el Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa en 1999, el Convenio para la prevención y lucha contra la corrupción de la Unión Africana (2003) y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003).

2.1. Convención Interamericana contra la corrupción (1996)

En 1996 se aprueba el primer instrumento supranacional de lucha contra la corrupción con carácter vinculante, la Convención Interamericana contra la corrupción firmada por la Organización de Estados Americanos, en la ciudad de Caracas, Venezuela. En este documento se incluyen delitos que los Estados firmantes deben castigar, como es el soborno internacional. También destaca la posibilidad de tipificar como delito autónomo el enriquecimiento ilícito para funcionarios y autoridades, delito que se recoge en la mayor parte de legislaciones de Sudamérica, pero que en otros países generó polémica (como en el caso español, donde ha sido muy recientemente recogido). No fue un convenio de gran efectividad, al tener una difícil aplicación por los Estados parte y estar limitado a una zona geográfica muy concreta, pero sentó un precedente como primer in-

33 Cfr. Cerina, G. "La comunidad internacional y la lucha...", *op. cit.* p. 103.

tento de armonización de legislación anticorrupción internacional.³⁴

2.2. Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (1997)

La Unión Europea comenzó su lucha contra la corrupción a través del Primer Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en el cual se exigía a los Estados miembros de la Unión Europea la tipificación como delito en sus ordenamientos del cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, comunitarios y del resto de Estados miembros de la Unión Europea cuando causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Por lo tanto, establece ese perjuicio financiero a la Unión como requisito en la tipificación de la conducta por los Estados miembros, teniendo un alcance muy concreto. Ciertamente, el objetivo principal de la Unión Europea con ese primer protocolo era la protección de sus intereses financieros.

Posteriormente, se creó un nuevo documento inspirado en el Primer Protocolo, que también buscaba sancionar el cohecho, pero con un ámbito de aplicación mayor. El resultado es el documento más importante de la Unión Europea en materia de corrupción, el Convenio relativo a la lucha contra los actos

de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Las conductas castigadas por el Convenio son las mismas que las del Primer Protocolo, pero esta vez no están limitadas a los casos en los que los intereses financieros de la Unión Europea sufran un perjuicio.

2.3. Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)

Este Convenio al que ya nos referimos anteriormente fue aprobado por la OCDE en 1997, y pretende la tipificación del delito de soborno internacional por los países firmantes del Convenio. Toma influencias del FCPA de Estados Unidos, y se dedica a castigar la conducta del sobornador (el sujeto activo del soborno) y no la del sobornado,³⁵ el funcionario corrupto, la cual será delictiva o no en función de lo contemplado en el ordenamiento de su país independientemente del Convenio. Este Convenio obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos esta conducta de sobornar a un funcionario extranjero para conseguir un beneficio en el marco de actividades económicas internacionales. Tampoco se trata en el Convenio la corrupción entre particulares, por lo que observamos que el Convenio de la OCDE está dedicado a un sector bastante concreto del ámbito de la corrupción. La OCDE trata de poner fin mediante este convenio a aquellas

34 Cfr. Benito Sánchez, D. "Análisis de las novedades incorporadas...", *op. cit.* p. 6.

35 Cfr. Benito Sánchez, D. "Análisis de las novedades incorporadas...", *op. cit.* p. 7.

conductas que vulneran las normas de competencia leal en el ámbito del mercado internacional.

2.4. Convenio penal sobre la corrupción y Convenio civil sobre la corrupción (1999)

El Consejo de Europa creó dos instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción: uno desde la perspectiva penal, y otro, sorprendentemente, desde la perspectiva civil. Para ello, en el año 1999, el Consejo de Europa llevó a cabo la Convención de Derecho Civil de lucha contra la Corrupción en Estrasburgo, que podía ser firmada por cualquier Estado (no solo aquellos miembros del Consejo de Europa). Se fundamenta en el uso que se puede dar del derecho civil para combatir la corrupción, o al menos a reducir sus efectos, permitiendo a aquellas personas que han sufrido como consecuencia de la corrupción recibir una compensación por el daño producido a sus derechos. Para ello, establece que cada Estado internamente creará las vías adecuadas para llevar a cabo el resarcimiento de daños pertinente.

La Convención de Derecho penal contra la Corrupción se llevó a cabo también en 1999 y entró en vigor en el año 2002, cuando obtuvo las 14 ratificaciones necesarias para ello. Esta convención extiende la responsabilidad criminal no solo a la corrupción pública, también al cohecho en el sector privado, dado que estas acciones también vulneran valores de gran importancia para la sociedad en la que se producen. Desde ese enfoque, tanto la corrupción pública como la privada están atentando contra las ideas de confianza que sustentan las relaciones sociales y económicas, y por tanto el Consejo de Europa consideró conveniente regular ambos fenómenos de la misma manera. Es una convención que

trata la corrupción desde todos los ámbitos posibles: la corrupción activa y pasiva en el ámbito público, privado e internacional, convirtiéndola en una convención muy completa y amplia. Esta convención contempla la incorporación de 13 delitos de corrupción a la legislación de los Estados signatarios, y crea el Grupo Europeo contra la corrupción (GRECO).³⁶ Las trece conductas de corrupción contempladas en la Convención de Derecho penal contra la corrupción son las siguientes: la corrupción activa y pasiva de agentes públicos nacionales, la corrupción de miembros de las asambleas públicas nacionales, la corrupción de agentes públicos extranjeros, la corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, la corrupción activa y pasiva en el sector privado, la corrupción de funcionarios internacionales, la corrupción de miembros de asambleas parlamentarias internacionales, la corrupción de jueces y de agentes de tribunales internacionales, el tráfico de influencias, el blanqueo del producto de delitos de corrupción y los delitos contables.

Los pilares de esta convención son la armonización de las normas europeas relativas a delitos de corrupción y la capacitación técnica de los Estados partícipes de la Convención para que sean aptos para prevenirla y perseguirla a través de programas de cooperación, así como también ciertas medidas penales.³⁷

³⁶ Cfr. Ferré Olivé, J.C. “Instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción”, en *AAVV, Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, 2017, p. 498.

³⁷ Cfr. Vázquez-Portomeñe Seijas, F. “El tráfico de influencias...”, *op. cit.* p. 6.

2.5. Convenio para la prevención y lucha contra la corrupción (Unión Africana -2003)

Este convenio fue llevado a cabo por la Cumbre de Jefes de Estado de la Unión Africana en el año 2003. A 1 de enero de 2020, este tratado había sido firmado por 49 Estados y ratificado por 43 de los 54 Estados miembros de la Unión Africana. Esta convención tiene como objeto la corrupción pública y privada, a gran y pequeña escala. Establece una serie de obligaciones que persiguen la prevención, criminalización y cooperación de las partes, y para ello se impulsa la criminalización armonizada de una serie de actos de corrupción.³⁸ En este convenio se crea un órgano especializado de cara al control del cumplimiento de su contenido por parte de los Estados, el Consejo Asesor sobre Corrupción constituido en el seno de la Unión Africana. Este órgano conformado por once expertos se dedica a informar al Consejo Ejecutivo de la Unión Africana aquello que las agencias nacionales anti-corrupción han descubierto, aunque el Consejo Asesor no posee poderes investigadores ni puede establecer sanciones a aquellos Estados cuyas agencias anti-corrupción no realizan sus funciones adecuadamente.

2.6. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)

El último convenio internacional de lucha contra la corrupción al que nos referiremos es el llevado a cabo por las Naciones Unidas en 2003, también conocido como Con-

vención de Mérida o UNCAC. Es considerado el instrumento jurídico internacional más importante en materia de lucha contra la corrupción.³⁹ Esta organización lanzó previamente, en 1999, el Programa Global contra la Corrupción con el fin de crear instrumentos para combatir la corrupción. Un año después se adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la cual se instaba a los Estados miembros a tipificar la corrupción (en este caso, activa y pasiva) como delito, y que este fuese perseguido como modalidad de delincuencia organizada internacional. Se distingue entre las actividades de los funcionarios nacionales, para los cuales la disposición de tipificar su actividad de corrupción como delito tenía carácter obligatorio, y las actividades de funcionarios internacionales y extranjeros, para los cuales esta disposición era únicamente facultativa.

De todas formas, se consideró necesario establecer en el seno de la ONU un documento específico en materia de corrupción y que la abordase desde todos sus aspectos,⁴⁰ lo que nos lleva a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en el año 2003, un instrumento que ha sido aprobado por 187 países hasta la fecha y que entró en vigor en diciembre de 2005. Tan solo 12 estados no han ratificado por el momento esta convención.

La Convención de Mérida se divide en cinco capítulos: en el primero se realizan

³⁸ Cfr. Vázquez-Portomeñe Seijas, F. “El tráfico de influencias...”. *op. cit.* p. 8.

³⁹ Cfr. Benito Sánchez, D. “Análisis de las novedades incorporadas...”, *op. cit.* p. 2.

⁴⁰ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “La respuesta penal internacional frente a la corrupción”, *Revista Estudios de Deusto*, 2015, p. 9.

consideraciones generales, el segundo expone una extensa relación de medidas preventivas, el tercero es dedicado a las medidas represivas, el cuarto se centra en la cooperación judicial internacional y el quinto muestra una serie de reglas enfocadas a la recuperación de activos. Un amplio articulado que ejemplifica la práctica que se venía llevando a cabo años anteriores; los convenios internacionales en materia de corrupción fueron aumentando progresivamente su extensión, encontrando 28 artículos en el primero de ellos, la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996, a los 71 que presenta esta Convención de las Naciones Unidas.⁴¹A pesar de su detallado tratamiento de la corrupción, su aplicación se encuentra con dificultades al no haber dispuesto mecanismos que se dediquen a garantizar el cumplimiento de la Convención.⁴² Además, dentro de las medidas represivas contempladas en el capítulo 4, algunas son de cumplimiento obligatorio y otras simples recomendaciones, disposiciones con carácter de *soft law*, lo que nos lleva a que en algunos de los muy numerosos países firmantes no se lleven a la práctica dichas medidas que pudieran ser muy eficaces en la lucha contra la corrupción, limitando la aplicación de este instrumento. El que muchas de sus disposiciones sean *soft law* ha supuesto una gran limitación para la UNCAC a la hora de emprender una lucha real y efectiva contra las formas más graves de corrupción.⁴³

3. Defensa contra la corrupción internacional. Posible legislación internacional y propuestas frente a los problemas

3.1. *Foreing Corrupt Practices Act.*

El *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA), del que ya hemos hablado anteriormente, es el germen de la política criminal contra la corrupción actual, que se aplica a la corrupción llevada a cabo por el empresario y no por el funcionario público. El FCPA se crea en un momento de extendida práctica de sobornos corporativos de empresas estadounidenses a funcionarios extranjeros⁴⁴ (especialmente el caso Lockheed), y que como ya comentamos anteriormente, estaba generando una ruptura peligrosa en la competencia de los mercados. Esto sucede dado que las empresas comienzan a obtener negocios a través de sobornos y actos ilícitos, conductas que se extienden e implantan pudiendo incluso pasar a sustituir a la competencia de mercados con la inestabilidad que esto puede suponer. Fue por ello por lo que el legislador estadounidense decidió crear una severa normativa que sancionase ese tipo de prácticas, el resultado de ello es el FCPA. Hasta ese momento, las empresas multinacionales podían pagar sobornos por todo el mundo para poste-

41 Cfr. Cerina, G. “La comunidad internacional y la lucha...”, *op. cit.* p. 103.

42 Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “La respuesta penal...”, *op. cit.* p. 10.

43 Cfr. Hava García, E. “Gran corrupción: estrategias para evitar...”, *op. cit.* p. 62.

44 Cfr. Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad penal de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en AAVV, “Desafíos del Derecho Penal en la sociedad del siglo XXI”. *Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Bogotá 2018, p. 7.

riormente descontar esos pagos como gastos cuando fuesen a declarar sus impuestos en los Estados correspondientes.⁴⁵ Es esta ley la que supone el fin de esa tendencia. Nieto Martín señala tres pilares que convierten al FCPA en el precedente de la legislación de la lucha contra la corrupción:⁴⁶

- a. La corrupción en el sector privado lesiona gravemente la competencia. Cuando una empresa consigue un contrato a través de un soborno, supone un caso de competencia desleal respecto a sus competidores y que también perjudica a toda la sociedad en la medida en que la competencia tiene una función social que resulta frustrada. La FCPA enfoca la lucha contra la corrupción desde esta perspectiva, tratando de minimizar los efectos perjudiciales que esta causa en el ámbito de la competencia.
- b. La FCPA fue la primera en corresponsabilizar a empresas en prevenir la corrupción, mediante el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas aplicable en aquellos casos en los que las empresas no se implican como deberían en la prevención y detección de actividades corruptas en el marco de la empresa.

- c. Se introduce mediante la FCPA la extraterritorialidad del derecho penal nacional, dado que hasta entonces cada Estado se ocupaba de la corrupción que podía generarse entre sus funcionarios, pasando a sancionar ahora la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizadas por empresas norteamericanas. Numerosas compañías de todo el mundo fueron sancionadas por actos de corrupción por las autoridades estadounidenses, independientemente de donde se cometiesen dichos actos.⁴⁷ La aplicación extraterritorial de esta ley fue objeto de fuertes críticas por castigar a empresas de terceros Estados por actividades que además se llevaban a cabo fuera del territorio de Estados Unidos, el cual argumentaba que dichas empresas eran sujetos pasivos de su jurisdicción cuando utilizaban la bolsa de valores norteamericana o el dólar, entre otros medios estadounidenses.

El FCPA empleó dos vías principales para lograr sus objetivos: en primer lugar, previsiones antisoborno, prohibiendo este tipo de conductas en la legislación. Por otra parte, se comenzó a exigir que todos los movimientos contables de las empresas estuvieran recogidos y registrados en los libros contables de las mismas, libros que no podían ser falsificados. La violación de las disposiciones del FCPA suponía una multa para la empresa infractora de hasta dos millones de dólares, así como una multa de 250.000 dólares y pena de prisión de hasta cinco años

45 Cfr. Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional”, Grupo de Investigación en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, N.º 85, 2020, p. 13.

46 Cfr. Nieto Martín, A. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Revista Penal México*, N.º 4, 2013, p. 135.

47 Cfr. Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional”, p. 15.

para los individuos que dentro de la empresa tomen la decisión de llevar a cabo un soborno o conducta corrupta. Las penas para los casos de infracción de las normas de contabilidad de la FCPA son aún más severas, llegando a 20 años de prisión y 5 millones de dólares como multa para individuos infractores, y hasta 25 millones de dólares para la empresa.⁴⁸ El FCPA fue pionero en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, en el momento de su adopción no resultó precisamente beneficioso para Estados Unidos, puesto que el resto de Estados (que no poseían una legislación anticorrupción propia como lo era el FCPA) contaban con la ventaja comercial de no prohibir la corrupción, que no dejaba de ser una estrategia comercial efectiva que las empresas de Estados Unidos no podían utilizar en sus negocios.⁴⁹ Fue por ello por lo que este país comenzó a presionar a organizaciones internacionales y al resto de países para que estos creasen instrumentos normativos que, siguiendo a la FCPA, prohibiesen también la corrupción. Sin embargo, esta presión no fue exitosa y tan solo consiguió la redacción de instrumentos de *soft law* que no cumplían con las exigencias de los empresarios americanos. La presión de Estados Unidos a ese respecto no obtuvo resultados hasta los años 90, cuando se firmaron los primeros convenios internacionales anticorrupción tras el final de la Guerra Fría.⁵⁰

3.2. *Bribery Act*

La *Bribery Act* 2010 es una ley contra el soborno del Parlamento de Reino Unido. Esta ley derogó todas las disposiciones legales anteriores relativas al cohecho, reemplazándolas por una nueva serie de delitos regulados novedosamente, como el de soborno activo y pasivo y el soborno de funcionarios extranjeros. Esta ley establece un máximo de 10 años de prisión, multa ilimitada y la posibilidad de confiscación de bienes, y cuenta con jurisdicción universal permitiendo el enjuiciamiento de personas y empresas vinculadas con Reino Unido independientemente de dónde se cometa el delito, de forma similar al FCPA. Ha sido descrita como la legislación anticorrupción más severa del mundo en la actualidad.

Hasta la creación del *Bribery Act*, la legislación antisoborno de Reino Unido se fundamentaba en leyes de finales del siglo XIX y comienzos del XX, que como cabe esperar, estaban muy desactualizadas haciéndose ya imprescindible crear un instrumento más acorde con los medios de corrupción actuales.

3.3. *El GRECO*

El GRECO o Grupo Europeo contra la corrupción es un grupo creado por el Consejo de Europa en 1999 a través de la Convención de Derecho Penal contra la corrupción, con el que se pretende mejorar la capacidad de los Estados miembros del Consejo de Europa para combatir la corrupción. Este grupo se dedica a la supervisión del cumplimiento de los instrumentos anticorrupción por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, a través de dos instrumentos, el de evaluación y el de cumplimiento.

⁴⁸ Cfr. Ramírez Barbosa, P.A. “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA...” *op. cit.* p. 14.

⁴⁹ Cfr. Benito Sánchez, D. “Análisis de las novedades incorporadas...” *op. cit.* p. 4.

⁵⁰ Cfr. Cerina, G. “La comunidad internacional y la lucha...” *op. cit.* p. 101.

Actualmente está formado por los 47 Estados que forman parte del Consejo de Europa, además de Bielorrusia y Estados Unidos. España forma parte del GRECO desde su fundación en 1999. Para llevar a cabo su propósito, el GRECO se encarga de velar por el respeto de los 20 principios rectores de lucha contra la corrupción, así como el cumplimiento de lo establecido en los dos Convenios anticorrupción del Consejo de Europa de los que ya hemos hablado (el Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción y el Convenio de Derecho Penal contra la corrupción). El GRECO lleva a cabo un sistema de rondas para realizar sus evaluaciones, que comprenden la visita al país, la elaboración de informes con recomendaciones del GRECO relativas a la corrupción de dicho Estado y la presentación de un informe de cumplimiento de dichas recomendaciones por parte del Estado en cuestión.

Llegaba recientemente (29 de marzo de 2022) la noticia⁵¹ de que el Greco ha concluido que España no ha cumplido satisfactoriamente ninguna de las 19 recomendaciones que fueron señaladas en el informe más reciente de esta agrupación, del año 2019. Estas recomendaciones estaban relacionadas con altos cargos y con miembros de las Fuerzas de Seguridad, siendo muy negativo el balance hecho por el GRECO respecto al cumplimiento de España, que ha ejecutado parcialmente 7 medidas y ha inaplicado por completo 12.

3.4. La Fiscalía Europea

La Fiscalía Europea (*European Public Prosecutor's Office* o EPPO) es una institución que comenzó a operar recientemente, el 1 de junio de 2021, y que estaba prevista en el Tratado de Lisboa de la Unión Europea del año 2007, con el objetivo de proteger sus intereses financieros. Asimismo, esta fiscalía se dedica a combatir la corrupción en los Estados miembros de la Unión Europea, si bien es cierto que la participación en ella es voluntaria. Esta voluntariedad ha llevado a que algunos países como Polonia o Hungría se nieguen a cooperar con la Fiscalía. La fiscalía cuenta con un órgano fijo de 23 fiscales que deciden si se abre juicio a los casos de corrupción investigados, ejerciendo la acción penal para llevar a juicio a los autores de delitos de fraude, corrupción y blanqueo de dinero entre otros.⁵² En nuestro país, esta fiscalía ha sido creada por la *Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*.

3.5. Agencias anticorrupción

Recientemente han comenzado a establecerse por todo el mundo agencias anticorrupción como otro método para enfrentar la explosión de la corrupción. Estas agencias son una vía novedosa para luchar contra este tipo de criminalidad, y poseen un interés adicional dado que algunas agencias son establecidas a nivel internacional como sería

51 Vid. <https://www.elmundo.es/espana/2022/03/29/6242ce3921efa052198b45ab.html>

52 Vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/>

la OLAF en la Unión Europea. Además, se establecen otras agencias con un alcance más limitado, a nivel nacional. En España estas agencias se establecen a nivel autonómico y local: encontramos seis agencias autonómicas (Cataluña, Galicia, Valencia, Aragón, Baleares y Navarra) y dos locales (Madrid y Barcelona), existiendo además propuestas en otras regiones de España donde pudieran establecerse nuevas agencias, como en Castilla y León o el País Vasco. El origen de estas agencias está relacionado con instrumentos como el Convenio de Naciones Unidas para la prevención de la corrupción, que establece directrices generales acerca del funcionamiento de las agencias anticorrupción e indica que estas deben ser independientes y eficaces.⁵³ Las agencias anticorrupción son un mecanismo útil que permite implantar fácilmente programas de cumplimiento dentro de las administraciones públicas y favorecer la autorregulación de estas, lidiando exitosamente con la ineficacia habitual de la administración para realizar estos objetivos y permitiendo por tanto mejoras en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, las organizaciones públicas deben facilitar la actividad de las agencias anticorrupción para que estas sean eficaces.

La OLAF es una agencia anticorrupción con un perfil investigador,⁵⁴ y nace tras las dificultades encontradas a la hora de crear una Fiscalía Europea y de la necesidad de establecer un órgano que se encargue de in-

vestigar las irregularidades de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, y simultáneamente contar con un cuerpo especializado que investigase irregularidades en los funcionarios de instituciones europeas. Sin embargo, encontró dificultades en el ejercicio de sus funciones, lo que llevó a que el mal uso de fondos europeos quedase prácticamente impune al no haber fiscales que llevasen esos casos ante la justicia. Ello hizo necesaria la creación de la Fiscalía Europea que pudiese enfrentar más eficazmente este tipo de situaciones.

Además de la OLAF, en la Unión Europea encontramos agrupaciones como la EACN (*European Anti-corruption contact point network*) y en el Consejo de Europa la EPAC (*European Partners Against Corruption*), dos foros independientes para profesionales que tratan de combatir la corrupción, que trabajan conjuntamente al tener la misma misión y objetivos (la mayoría de sus integrantes pertenecen a ambos foros).⁵⁵ Los profesionales que trabajan en estas instituciones intercambian información y experiencia en lo relativo a anticorrupción, ayudándose mutuamente en sus objetivos. La EPAC fue fundada en 2004 y está compuesta por autoridades anticorrupción y órganos de supervisión policial de los países miembros del Consejo de Europa, siendo la OLAF otro de sus miembros. Por su parte, la EACN se creó en 2008 siguiendo el modelo utilizado para la EPAC, y consiste en una red más formal que reúne a las autoridades anticorrupción de los Estados miembros de la Unión Europea.

53 Cfr. Nieto Martín, A. "Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria", *Revista Penal México* Nº18, p. 28.

54 Cfr. Nieto Martín, A. "Las agencias anticorrupción...", *op. cit.* p. 31.

55 Vid. <https://www.epac-eacn.org/about>

3.6. La privatización de la lucha contra la corrupción

3.6.1. Compliance y figura del Whistleblower

Hasta hace no mucho, el legislador focalizaba todos sus esfuerzos en la lucha y persecución de la corrupción llevada a cabo por organismos públicos, mientras que la corrupción llevada a cabo por particulares era tratada como un acto de menor gravedad. Ejemplo de ello es la legislación española, que hasta 2010 castigaba con menor severidad la corrupción de particulares que la de funcionarios públicos.⁵⁶ Hasta aquel momento, los Estados miembros de la Unión Europea solo estaban obligados a sancionar la corrupción entre privados que implicase o pudiese implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes y servicios comerciales, lo cual era una prohibición bastante laxa. Incluso hoy en día, en buena parte del mundo occidental las conductas de corrupción en el sector privado siguen siendo lícitas (así en la mayoría de los países hispanohablantes), pero la comunidad internacional ha comenzado un intento armonizador que trata de conseguir que el mayor número de países posible incorpore medidas semejantes a las que poseen aquellos países en los que la corrupción en el sector privado es ilícita.⁵⁷ Ahora comienza una nueva etapa de lucha contra la corrupción en el ámbito empresarial, donde se prohíbe que unas empresas sobornen tanto a funcionarios como a otras empresas, y además se busca responsa-

bilizar a las propias empresas para que adopten medidas de prevención de la corrupción, a través de una institución jurídica de origen estadounidense conocida como *compliance*, cuyas normas obligan a las compañías a proteger valores jurídicamente relevantes y establecen severas sanciones para evitar el incumplimiento normativo.⁵⁸ Este cambio de perspectiva comenzó con el FCPA, con el que se castigaba al empresario y no al funcionario corrupto y que influenció toda la legislación anticorrupción que manejamos hoy en día. La *Foreign Corrupt Practices Act* instauró en Estados Unidos un modelo de responsabilidad penal de la empresa que penalizaba directamente a las corporaciones por los actos de sus dirigentes, siguiendo una tradición legal norteamericana. Lo cierto es que fue la aplicación extraterritorial de la FCPA lo que aceleró la adopción de instituciones de *compliance* en algunos países,⁵⁹ dado que a través de esta ley el gobierno estadounidense sancionaba a empresas de países extranjeros, por lo que la mejor manera que tenía el gobierno de un país de proteger a las empresas de estas grandes sanciones era obligarlas a adoptar técnicas de *compliance* para detener la corrupción y así evitar las sanciones. Sin embargo, el paso definitivo se encuentra en 2010, cuando, a través del Informe de la Comisión sobre la transposición de una directiva, se comienza a exigir a los Estados miembros de la Unión Europea que sancionen la corrupción por el solo hecho de ofrecer sobornos a alguien para que infrinja sus obligaciones en el marco de su actividad profesional.

56 Cfr. Nieto Martín, A. “La privatización de la lucha...”, *op. cit.* p. 134.

57 Cfr. Cerina, G. “La comunidad internacional y la lucha...”, *op. cit.* p. 105.

58 Cfr. Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción...”, *op. cit.* p. 13.

59 Cfr. Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción...”, *op. cit.* p. 16.

Como hemos comentado, ahora encontramos la responsabilidad penal de personas jurídicas que, aplicada a la corrupción de las empresas, genera una privatización de funciones públicas; en buena medida pasa a ser la empresa la que se encarga de prevenir las conductas corruptas entre sus empleados para evitar ser sancionada penalmente si estas ocurren, alineando el interés general con el interés privado de la empresa, que pasan a ser el mismo: evitar la corrupción. De esta forma, los dirigentes de la persona jurídica son motivados a establecer un sistema interno que impida la comisión de delitos de corrupción y así ayude al Estado en su tarea. Y esta delegación es lógica si tenemos en cuenta el poder que ha conseguido la empresa privada en el siglo XXI, siendo incluso posible para algunas empresas superar el poder del propio Estado. Además, las empresas tienden a poseer una administración cada vez más desarrollada que hace posible perseguir estos objetivos con facilidad, y un impacto más potente en la sociedad, pasando a tener fuerza no solo como grupo comercial, sino como institución política. Considerando esta evolución, es razonable pensar que las empresas están llamadas a asumir nuevas responsabilidades en la protección de bienes jurídicos, como estaría ocurriendo en este caso: una tarea tradicionalmente correspondiente a las autoridades, la inspección y vigilancia para evitar corrupción, se estaría delegando al menos parcialmente en la empresa privada. Sin embargo, las prácticas de *compliance* se llevan a cabo partiendo de una base de regulación Estatal, el derecho profiere los preceptos y además establece mecanismos destinados a asegurarse de la efectividad de estos. Comenzar a considerar a la empresa privada como un sujeto obligado a proteger valores de interés general es posible siempre que dichas exigencias provengan del Estado.

Las normas de *compliance* no se limitan a prohibir la corrupción como otras normas, sino que establecen estrategias que las empresas han de adoptar de cara a prevenirla.⁶⁰ En la práctica, el *compliance* se plasma habitualmente de la siguiente manera: las empresas señalan a sus empleados unas reglas claras de comportamiento,⁶¹ utilizando la formación para transmitir la idea de la lucha contra la corrupción acompañada de normativa interna, códigos de ética y políticas de empresa. Actualmente, la mayor parte de las grandes empresas poseen códigos de conducta, que son una de las herramientas de *compliance* más utilizadas a nivel mundial. Además, será preciso crear procedimientos internos en la empresa que aseguren el cumplimiento de las normas, ya que, sin sistemas como investigaciones internas o sanciones disciplinarias para los infractores, difícilmente los empleados comprenderán la obligatoriedad de los códigos de ética. Estos son los programas de cumplimiento o *Compliance Programs*, que permiten eximir la responsabilidad penal a la persona jurídica si la empresa ha implementado un modelo correcto para prevenir delitos, y cuya eficacia dependerá en buena medida en el grado de compromiso que tenga la directiva de la empresa en cumplir con las exigencias de *compliance*. Para lograr esta exención de responsabilidad, hay que analizar si ha existido una ausencia de cultura de respeto del derecho dentro de la empresa.

En España, la STS 154/2016 de 29 de febrero es la primera sentencia del Tribunal

60 Cfr. Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción...”, *op. cit.* p. 14.

61 Cfr. Nieto Martín, A. “La privatización de la lucha...”, *op. cit.* p. 139.

Supremo que condena a la persona jurídica por ausencia absoluta de instrumentos de prevención de delitos, en los siguientes términos:

... responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica.

Desde hace muchos años, los tribunales españoles vienen recomendando la implantación de programas de cumplimiento normativo dentro de las empresas para prevenir tanto los delitos de sus empleados y responsables como los delitos de los que pueden ser autoras como empresas. Otros ejemplos son las sentencias del Tribunal Supremo 316/2018, de 28 de junio, y la 365/2018 de 18 de julio.

Es frecuente la utilización de sistemas de denuncias internas (*whistleblowing*), que son eficaces siempre que se asegure la protección del denunciante, llevando a establecer un canal de denuncias anónimas y confidenciales que premien a quien revele actos deshonestos en la empresa de la que forme parte sin sufrir consecuencias negativas. El protocolo exige la investigación interna una vez se denuncia alguna irregularidad por los canales de denuncia. Es importante permitir las denuncias anónimas, que son validadas por los tribunales cuando son emitidas a través del canal de denuncias. Ejemplo a nivel español es la Sentencia del Tribunal Supremo 35/2020 de 6 de febrero. El denunciante precisa en su denuncia que se mantiene en el anonimato para evitar represalias a su persona tras lo que va a exponer en la denuncia.

Es un sistema muy práctico si tenemos en cuenta que las estructuras organizativas de las empresas son cada vez más complejas, e investigar la delincuencia económica dentro de las mismas resultaría muy costoso para la administración.⁶² Por ello resulta preferible que se encarguen de ello *insiders*, personas que denuncien las amenazas que puedan surgir desde dentro de la empresa, sujetos que son ahora protegidos por la Ley 2/2023 que estudiaremos con más detalle.

Cabe destacar la diferencia que existe en lo relativo al *whistleblower* entre diferentes sistemas jurídicos; en Estados Unidos encontramos un extendidísimo mecanismo de compensación económica al denunciante, que no es siempre desinteresado. Este sistema recompensa al denunciante en función de la cuantía de las sanciones que son finalmente impuestas al infractor, además de poder aportar otros beneficios como el ascenso en la empresa. Además, en algunos países se apuesta también por los acuerdos con el Ministerio Fiscal como en el caso de Argentina, para lograr que sea la propia persona jurídica la que confiese los delitos. A través de los acuerdos de colaboración eficaz, las empresas argentinas tienen la opción de cooperar dando información precisa y datos sobre las ganancias del delito a cambio de la suspensión de la persecución y de la reducción de las futuras penas, además de tener que cumplir con las condiciones que se estipulan en el acuerdo.

62 Cfr. Jericó Ojer, L. “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal”, p. 5.

Si una empresa no cumple con las exigencias de *compliance* se le aplican severas sanciones para estimular el cumplimiento normativo y que a los agentes económicos no les resulte rentable violar la legislación anticorrupción. Mientras tanto, se aplican algunos incentivos para que las empresas instauren este tipo de medidas, como sanciones menores respecto a aquellas empresas que no las cumplan (o evitar caer en la lista negra en la contratación pública). Para asegurar el correcto cumplimiento de las exigencias de *compliance*, se crea la figura del *compliance officer*, a quien se le otorga la responsabilidad de dirigir la política de *compliance* dentro de la empresa, controlando el cumplimiento del código de conducta y coordinando los procedimientos de sanción en caso de incumplimiento de aquellos. Es fundamental la dotación de recursos al *compliance officer* y la garantía de su independencia respecto a la directiva de la empresa, permitiendo que cumpla con su cometido sin restricciones.

Adán Nieto presenta una nueva estrategia anticorrupción, llamada cumplimiento público,⁶³ que aplica los instrumentos propios de los programas de *compliance* de las empresas en las administraciones públicas con el fin de prevenir la corrupción. Nieto expresa que no encuentra sentido a que el Estado obligue a las empresas a adoptar medidas preventivas internas (programas de cumplimiento) privatizando la lucha contra la corrupción, pero que no adopte medidas similares para sus propios integrantes. A tal efecto, cada administración pública debería contar con su propio código ético y un programa

anticorrupción, así como un responsable de prevención de la corrupción independiente de los cargos políticos que puedan formar parte de la administración. De igual manera, sería necesario dotar a la administración de la capacidad de investigar y sancionar adecuadamente los incumplimientos que pudieran ser llevados a cabo por los funcionarios. Beatriz García-Moreno añade la importancia de establecer canales de denuncia o *whistleblowing* en el ámbito público como existen en el privado.⁶⁴

3.6.2. Las novedades de la Ley 2/2023 en España

Conociendo la utilidad que puede tener la figura del whistleblower en la lucha contra la corrupción y demás actividades ilegales que pueden producirse en el seno de una empresa, es interesante estudiar la reciente aprobación de la *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, que conlleva una serie de obligaciones para las empresas y corporaciones en España para proteger a los denunciantes. Supone una transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Europea de “*whistleblowing*”, Directiva 2019/1937.

Esta ley está destinada a las empresas que tengan una plantilla superior a 50 trabajadores, y su incumplimiento acarrea importantes multas que pueden ascender hasta el millón de euros en las personas jurídicas infractoras y 300.000 euros en las físicas, ade-

⁶³ Cfr. Nieto Martín, A. “Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos”, p. 17.

⁶⁴ Cfr. García-Moreno, B. “Public Compliance. Prevención de la corrupción...”, *op. cit.* p. 44.

más de sancionar a aquellas empresas que decidan tomar represalias contra los denunciantes. Como represalias podemos entender aquellas conductas que supongan un trato desfavorable hacia los denunciantes respecto a las demás en el contexto profesional por su condición de informantes, como por ejemplo despido, discriminación, suspensión del contrato, referencias negativas sobre el desempeño laboral u otras previstas en el art. 36 de la Ley 2/2023. Para castigar estas represalias, además de las multas económicas se plantean otras sanciones, como la exclusión de la contratación pública o la pérdida de beneficios fiscales o subvenciones, todo ello sometido a un límite de tiempo de dos años tras la revelación pública (extensible por causa justificada), invierte la carga de la prueba en lo relativo a las represalias y obliga a las empresas a implementar canales internos de información.

En este sentido, el legislador se inclina por proteger al *whistleblower*, la colaboración ciudadana a través de “conductas valientes de utilidad pública” y “actividades cívicas y de respeto democrático” de los ciudadanos informantes que no pueden ser perjudicados por su denuncia. Además, está consiguiendo promocionar una suerte de cultura ética dentro de las empresas y organizaciones que velarán por prevenir y evitar los actos de delincuencia y corrupción.⁶⁵ En su propósito de proteger al informante, la Ley 2/2023 crea la Autoridad Independiente de Protección al Informante, que tiene potestad sancionadora en esta materia y múltiples funciones en relación con los canales externos de denuncias

que son simultáneamente creados por la ley. Esta autoridad funciona como canal de denuncia externo, que permite que la denuncia del informante sea llevada a cabo fuera de la empresa si no tiene confianza en el sistema interno.

Las personas protegidas por la ley son todas aquellas que hayan obtenido información sobre una posible infracción o ilegalidad en su contexto laboral ya sea en el sector público o privado. Esto abarca trabajadores por cuenta ajena, autónomos, empleados públicos, voluntarios, becarios, etc., y la protección se extiende a los sujetos relacionados con el denunciante, como su familia o compañeros de trabajo. La ley prevé una serie de medidas de apoyo y protección para los informantes, como asesoramiento gratuito sobre procedimientos y recursos, protección frente a represalias, asistencia jurídica en procesos penales, apoyo financiero y psicológico, etc.

El sistema interno de información que solicita esta ley debe ser puesto en marcha y gestionado por el órgano de administración de cada entidad, y será responsable del tratamiento de datos personales en el sistema de información. Cada entidad debe tener un responsable del sistema interno de información (que puede ser una persona o un órgano colegiado), designado por el órgano de administración y que debe contar con completa independencia y autonomía del resto de órganos de la entidad. Su nombramiento o su cese deben ser notificados a la recién creada Autoridad Independiente de Protección del Informante.

En el sistema interno de información de las empresas, el canal de comunicación establecido ha de permitir que las comunicaciones sean realizadas verbalmente o por escrito, ya sea por medios electrónicos o presencialmente, y deben poder ser confidenciales o

⁶⁵ Cfr. Jericó Ojer, L. “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección...”, *op. cit.* p. 6.

identificadas. Por otra parte, existe el canal externo de información que permite informar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante al que el denunciante puede acudir directamente, sin recurrir con anterioridad a los canales internos existentes. Es por tanto el denunciante el que elige cual de estas dos vías tomar en función de sus circunstancias particulares. El denunciante siempre estará protegido si concurren dos circunstancias; que la revelación se realice conforme a los requerimientos de la Ley 2/2023 y que tenga motivos para pensar que la información objeto de la comunicación es veraz en ese momento, incluso si no se aportan pruebas concluyentes.

4. Revisión de casos de corrupción internacional

A continuación, se llevará a cabo una revisión de casos y tramas de corrupción que tienen una especial relevancia internacional para poder ejemplificar los efectos de la corrupción, las redes de sobornos que son creadas para permitirlos y el tratamiento que han tenido por el derecho internacional como ya pudimos observar con el caso Odebrecht.

4.1. Caso Lava Jato

El caso Petrobras, también conocido como caso Lava Jato (Lavado de Autos), es el mayor caso de corrupción de la historia de Brasil, en el cual están vinculados importantes políticos del país: sudamericano, entre ellos dos expresidentes del país, Lula da Silva y Dilma Rousseff. Este caso se desarrolla alrededor de la empresa estatal Petrobras, la más grande del país. El juez Vallisney Oliveira determinó la existencia de una organización criminal

formada por miembros del Partido de los Trabajadores de Brasil, de la cual formarían parte los políticos investigados, y que habría cometido delitos contra la administración pública, como lavado de dinero y corrupción. Según la investigación, dirigentes del Partido de los Trabajadores obtuvieron 387 millones de dólares de la corrupción, en una red en la que se desviaron más de 2.700 millones de dólares.

El caso recibe el nombre *Lava Jato* (lo que en portugués significaría lavadero de coches a presión) debido al uso de redes de estaciones de servicio y lavaderos de coches que se hizo desde el año 1997 para mover valores de origen ilícito. Las investigaciones comenzaron a raíz de una denuncia del empresario Hermes Magnus en el año 2008, que alegó que los acusados trataron de lavar dinero en su empresa fabricante de componentes electrónicos.

Decenas de personas fueron acusadas por la participación en la organización de estos crímenes, entre los que se destacan delitos contra el sistema financiero nacional, falsedad documental y lavado de dinero. El expresidente Lula fue detenido en 2018 y condenado a 12 años y un mes de prisión por corrupción pasiva y lavado de dinero en otro proceso penal relacionado con Petrobras, además de estar inmerso en más procesos por corrupción. El juez Moro le acusó de corrupción por beneficiar a la constructora OAS, de la que habría recibido un departamento de lujo en Guarujá a cambio de favorecerla en sus negocios con Petrobras. El fallo sobre Lula estuvo inmerso en polémica al considerarse que el juez Moro fue parcial al procesar al expresidente. Pasó 580 días en prisión, hasta su salida a finales de 2019. Su sucesora, Dilma Rousseff, fue destituida en un juicio político por haber maquillado cuentas fiscales y demás irregularidades durante el ejercicio de su cargo. El

exdirector de Petrobras, Paulo Roberto Costa, fue apresado, acusado de crímenes como lavado de dinero o falsedad documental una vez se encontraron evidencias de que tanto él como su familia habían cometido actos ilícitos de esta naturaleza. Decidió colaborar con el Ministerio Público Federal a través de un Acuerdo de culpabilidad para reducir su pena.

En 2016 el fiscal Rodrigo Janot afirmó que como resultado del esquema de corrupción de Petrobras 357,9 millones de reales fueron desviados de las arcas públicas entre 2006 y 2014, a través de 161 hechos de corrupción en 34 contratos distintos.

Se considera que los procedimientos para enjuiciar este caso estuvieron teñidos de selectividad y parcialidad y que las reglas de defensa mínimas fueron violadas en varios acusados, como en el caso del expresidente Lula da Silva.

4.2. Caso Lockheed

El escándalo de los sobornos de Lockheed, al que ya hicimos una pequeña referencia al hablar del soborno internacional, es un caso clave para comprender el desarrollo de la legislación contra la corrupción en Estados Unidos, específicamente en el campo de los sobornos internacionales, y que supuso el inicio una nueva etapa en la política criminal frente a este delito.⁶⁶ Como dijimos anteriormente, durante la década de los 70 la mayoría de los países apenas comenzaba a enfrentar la corrupción internacional a través de

soft law,⁶⁷ y no sería hasta más de veinte años después que se traduciría en acuerdos vinculantes a nivel internacional, pero todo ello con una excepción. Estados Unidos fue pionero en la lucha contra la corrupción internacional a finales de los años 70, aprobando en 1977 el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) que prohibía a los ciudadanos americanos la realización de estas conductas corruptas.

La innovación que supone el FCPA radica en que, hasta su promulgación, el problema de los sobornos internacionales era entendido en todo el mundo de una manera distinta, siendo estas conductas corruptas perseguidas por el país del sobornado y no por el del sobornador, para el cual el soborno resultaba incluso beneficioso en ocasiones gracias a la existencia de múltiples contratos internacionales de inmenso valor que sus empresas firmaban a través de esos sobornos a funcionarios extranjeros. Esto ocurrió durante años en Estados Unidos, y si bien podía repercutir positivamente en la economía, indudablemente la imagen del país quedaba dañada en el plano internacional.

En la aprobación de esta ley fueron influyentes los escándalos de corrupción (y especialmente de sobornos), que el país llevaba años arrastrando, siendo el más influyente de todos ellos el caso Lockheed,⁶⁸ un escándalo de sobornos que se extendieron desde la década de los 50 hasta la década de los 70 por parte de altos ejecutivos de la compañía aeroespacial estadounidense Lockheed, que a través de sobornos millonarios influía en el proceso de negociación de venta de aviones a diferentes países.

66 Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno internacional...”, *op. cit.* p. 171.

67 Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno internacional...”, *op. cit.* p. 170.

68 Cfr. Cerina, G. “La comunidad internacional y la lucha...”, *op. cit.* p. 101.

El día 2 de junio de 1979, la compañía Lockheed se declaró culpable ante un tribunal federal de Washington. Sus abogados admitieron haber sobornado con 2.600.000 dólares a importantes funcionarios y políticos japoneses, y en particular con 1.800.000 dólares dirigidos a la oficina del primer ministro Kakuei Tanaka, con el fin de potenciar las ventas de Lockheed en Japón.⁶⁹ Con estos sobornos se pretendía lograr la firma de contratos de compraventa del modelo L-1011 de la compañía Lockheed, y que estos modelos fuesen utilizados por las líneas aéreas japonesas. Y el escándalo no se limita a sus relaciones con Japón: Lockheed reconoció haber pagado sobornos a funcionarios gubernamentales de más de quince países, con un valor que supera los treinta millones de dólares. La revelación de esta trama de corrupción supuso un escándalo internacional y provocó crisis gubernamentales en diversos países como Italia y Holanda. Respecto a esta última, destacamos cómo la empresa Lockheed reconoció haber hecho un regalo de un millón de dólares a un miembro de la familia real holandesa (supuestamente, el ya fallecido príncipe Bernardo). En España, dos oficiales del Ejército del Aire también recibieron pagos ilegales por parte de la compañía estadounidense, y las repercusiones se extendieron a más países.

4.3. Caso Mani Pulite

El caso *Mani pulite* (Manos limpias), también conocido como *Tangentopoli*, es un proceso italiano del año 1992 que descubrió una gi-

gantesca red de corrupción a la que pertenecían los grandes grupos políticos italianos de aquel momento, así como importantes grupos empresariales e industriales. Para ello fue preciso llevar a cabo una macrooperación judicial por parte de un equipo de magistrados dirigidos por Francesco Saverio Borrelli. En el caso estaban involucrados ministros, senadores, diputados y empresarios, todo ello en un contexto político fuertemente involucrado en corrupción, extorsión y financiación ilegal de partidos políticos. Si bien no es un caso de corrupción internacional, sí que alberga un análisis interesante al ser un perfecto ejemplo de corrupción sistémica que se extiende a todos los rincones de un Estado y de su política y economía.

Para hacer posible semejante red de corrupción, los políticos italianos aprobaron desde el gobierno y de la mano del ministro de Justicia Giovanni Conso, una ley, “el decreto Conso”, que despenalizaba la financiación ilegal de los partidos políticos incluso retroactivamente. Los partidos regularon un entramado del que recibían comisiones de todas las obras públicas realizadas en función de los votos electorales que hubieran obtenido.⁷⁰ La figura más relevante de este caso es el ex-primer ministro italiano Bettino Craxi, una de las grandes figuras del Partido Socialista Italiano que tras el descubrimiento de la trama de corrupción tuvo que dimitir del partido, que poco después desaparecería, y huyó de la justicia italiana que le condenaba a 27 años de prisión trasladándose a Túnez en 1994, donde residió en el exilio hasta su muerte en el año 2000. El Gobierno de Craxi propuso ante el Parlamento el esta-

⁶⁹ Vid. https://elpais.com/diario/1979/06/03/ultima/297208803_850215.html

⁷⁰ Cfr. Ferré Olivé, J.C. “Instrumentos internacionales...”, *op. cit.* p. 486.

blecimiento de una ley que estableciese una comisión del 7,5% sobre todas las obras públicas para que fuese destinado a los partidos como gravamen.

El proceso comenzó el 17 de febrero de 1992, cuando el fiscal Antonio Di Pietro ordenó la detención de Mario Chiesa, un empresario socialista, y al que siguieron cientos de detenciones de importantes líderes y empresarios de todos los partidos políticos. Como resultado de la investigación judicial y el proceso *Mani Pulite*, fueron condenados más de 1.200 políticos y empresarios italianos, llegándose a investigar a 4.520 personas y habiéndose solicitado al cierre de los sumarios el procesamiento de otros 3.200. Además, algunos de los más importantes partidos políticos italianos desaparecieron a los pocos años de este escándalo de corrupción: el Partido Socialista de Bettino Craxi desapareció, así como el PSDI socialdemócrata. La Democracia Cristiana se disolvió dividiéndose en tres partidos. El único que permaneció tras el *Tangentopoli* fue el Partido Comunista Italiano, aunque transformándose primero en Los Progresistas, luego en PDS, DS y por último el Partido Democrático actual.

5. Bibliografía

- Barrero Ortega, A. (Cord.). *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Basilico, R., y Terradillos Basoco, J. (Dirs.). *Delitos contra la administración pública*. Bdef, Montevideo ; Buenos Aires, 2019.
- Benito Sánchez, D. “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”. *Estudios De Deusto*, 63(1), 205-228. 2015. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/182/297>
- Benito Sánchez, D. “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. *Iustel*, España.
- Benito Sánchez, D. “Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español”. *IUSTITIA*, (12), 14-40. 2014. DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.voi12.1486>
- Benito Sánchez, D. “The Directive to the Fight against Fraud to the Union’s Financial Interests and its Transposition into the Spanish Law”. *Perspectives on Federalism*, 11(3), 122-154. 2019. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/539013>
- Benito Sánchez, D. “The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts”. *Polít. crim*, 15(27), 520-548. 2019. <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v14n27/o718-3399-politcrim-14-27-520.pdf>
- Berdugo Gómez de la Torre, I. “El soborno Internacional: normas, obstáculos y propuestas”. *Derecho y Sociedad*, (52), 165-181. 2019. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21219>
- Berdugo Gómez de la Torre, I. “La respuesta penal internacional frente a la corrupción”. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios De Deusto*, 63(1), 229-265. 2015. DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-63\(1\)-2015pp229-265](https://doi.org/10.18543/ed-63(1)-2015pp229-265)
- Berdugo Gómez de la Torre, I. “Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”. *Iustel*. 2018.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., y Liberatore S. Bechara, A. (Coords.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión Hispano Brasileña*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- Blanco Cordero, I. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente

- el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-16), 1-35. 2017. <https://revistacriminologia.com/19/re-cpc19-16.pdf>
- Bustos Rubio, M. y Abadías Selma, A. (Dir.). “Una década de reformas penales”. *Penalcrim*, 493-514pp., 2020.
- Carpio Delgado, J del. “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”. *Revista General de Derecho Penal*, (23), 1-67. 2015. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364817
- Cerina, G. “La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado”. *IUSTITIA*, (9), 95-138. 2011. [HT-TPS://DOI.ORG/10.15332/IUST.VO19.893](https://doi.org/10.15332/IUST.VO19.893)
- Corbino, M. “La corrupción y su vínculo con el lavado de dinero”. Instituto de Relaciones Internacionales, Argentina. 2019. Disponible en: https://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2019/04/articulo_corbino-1-convertido.pdf
- Espina Ramos, J., y Vicente Carbajosa, I. (Dirs.). *The Future European Public Prosecutor’s Office*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009.
- Etzioni, A. “Political Corruption in the United States: A Design Draft”. *PS: Political Science y Politicis*. 47(1), 141-144. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1049096513001492>
- Freydel Mesa, F., y Sánchez Sarmiento, A. (Coords.). *Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- Gallego Sánchez, G. *La protección de los intereses financieros de la Unión Europea. La Directiva 2017/1371. La Fiscalía General Europea*. ELDERECHO.COM, 16 de mayo de 2018. <https://elderecho.com/la-proteccion-de-los-intereses-financieros-de-la-union-europea-la-directiva-20171371-la-fiscalia-general-europea>
- Hava García, E. “Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional”. *Nuevo Foro Penal*, 12(87), 60-98. 2016. DOI: <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.2>
- Heidenheimer, A. y Johnston, M. (Eds.). *Political Corruption, Concepts and Contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick; London, 2002. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-246
- Jericó, Ojer, L. “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25(08), 1-55. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-08.pdf>
- Kotkin, S., y Sajo, A. (Eds.). *Political Corruption in Transition: A Sceptic’s Handbook*. Central European University Press.
- Mata Barranco, Norberto de la. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Comares, Granada. 2004.
- Mir Puig, C. “El delito de enriquecimiento ilícito o injusto”. En Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez Martín (Coords.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. (pp. 1245-1257). Imprenta Nacional de la Agencia Estatal del Boletín Estatal del Estado, Madrid, 2022. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-246
- Morales Hernández, M. “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra

- la corrupción?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25(14), 1-48. 2023. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-14.pdf>
- Morón Pendas, I. “La exposición a la corrupción como factor de riesgo en el sistema de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo”. En Miguel A. Suoto, José M. Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (Coords.). *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. (pp. 921-922). Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Muñoz Conde, Francisco. [Cursos de Especialización en Derecho USAL]. *La reforma del delito de cohecho. Corrupción transnacional* [Vídeo]. 11 de junio de 2015. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=FckM1xHmro>
- Nieto Martin, A. “La privatización de la lucha contra la corrupción”. *Revista Penal México*, 2(24), 133-143. 2013. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/153>
- Nieto Martin, A. “Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria”. *Revista Penal México*. 10(18), 27-42. 2021. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/378>
- Nieto Martín, A., y Maroto Calatayud, M. (Dirs.). *Public Compliance prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.
- Nougués Cossio, R. “Corrupción y Derechos Humanos. Una aproximación desde la doctrina de la imputación objetiva”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. (7), 1-18. 2021. <https://www.ejc-reeps.com/numeros-antiores/numero-extraordinario-7-2021>
- Nuñez Castaño, E. “A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares”. *Revista Penal México*, 11(20), 155-174. 2022. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/532>
- Nuñez Castaño, E. “El delito de enriquecimiento ilícito”. *Revista Penal*, (53), 257-328. 2024. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/651487>
- Nuñez Paz, M. A. “Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea”. *Revista Penal*, (49), 101-115. 2022. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/599676>
- Nuñez Paz, M. A. Cuestiones relativas a la transposición de la llamada “quinta Directiva” en relación al tipo agravado de blanqueo de bienes procedentes de la corrupción y las personas con presencia política y funciones públicas. En Miguel A. Suoto, José M. Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (Coords.). *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. (pp. 627-642). Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Olaizola Nogales, I. El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito? *Revista Penal*, (52). 179-200. 2023.
- Pablo Serrano, A de. El expolio de recursos naturales. De la Green Criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente. *Revista General de Derecho Penal*, (33), 1-77. 2020. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/65854>
- Quintero Olivares, G. (30 de diciembre de 2022) *Una guarnición: el delito de enriquecimiento ilícito*. Almacén de Derecho. Recuperado el 14-12-2023 de <https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito>

- Raga i Vives, A. Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. *Revista General de Derecho Penal*, (39). 2023.
- Ramírez Barbosa, P. A. La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extra-territorialidad y responsabilidad penal de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht. En Paula Andrea Ramírez Barbosa (Dir). *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. (pp. 3-44). Temis, Colombia. 2018.
- Sánchez Bernal, J. “Efectos globales de la corrupción: un obstáculo para el desarrollo”. *Revista Penal México*, 5(10), 181-201. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/233>
- Sanclemente-Arciniegas, J. “Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional”. *Derecho PUCP*, (85), 9-40. 2020. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001>
- Terradillos Basoco, J. “Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española”. *Revista Penal México*. 6(11-12), 227-246. 2016. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/261>
- Underkuffler, Laura S. “Captured by Evil: The Idea of Corruption in Law”. *Duke Law Scholarship Repository*. 2005. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1245/
- Valiente Ivañez, V., y Ramírez Martín, G. (Coords.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal del Boletín Estatal del Estado, Madrid, 2022.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. “El tráfico de influencias y su criminalización en el contexto internacional”. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milán. 2015.

La génesis de la teoría de los tipos abiertos

• **Antonio Ma. Javato Martín** •

Profesor titular de Derecho Penal

Universidad de Valladolid

amjavato@uva.es

Resumen: En este artículo se analiza la teoría de los tipos abiertos de Welzel y su reinterpretación, la teoría de los elementos de valoración global del hecho de Roxin, tratando de demostrar la trascendencia que tiene en su elaboración la polémica en la inteligencia del requisito de legalidad de la acción del cargo del delito de resistencia del Código Penal alemán.

Palabras clave: tipos abiertos, elementos de valoración global del hecho, delito de resistencia, legalidad de la acción del cargo, teoría del error.

Abstract: This article analyses Welzel's theory of open types and its reinterpretation, Roxin's theory of the elements of global assessment of the act, trying to demonstrate the importance of the polemic in the interpretation of the requirement of legality of the action of the charge of the crime of resistance in the German Criminal Code in its elaboration.

Keywords: open types, elements of global assessment of the act, crime of resistance, legality of the action of the charge, theory of mistake

Fecha de recepción

02-04-2024

Fecha de aceptación

08-05-2024

Sumario:

1. Introducción
2. El requisito de legalidad de la acción del servicio del delito de resistencia. Clasificación dogmática
3. La teoría de los tipos abiertos
 - 3.1. La crítica de Roxin
4. La teoría de los elementos de valoración global del hecho
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

En 1952, en una serie de artículos publicados en la revista *Juristen Zeitung*¹ Welzel acuña la categoría de los “especiales elementos del deber jurídico” o “características especiales de la antijuricidad” presentes en los que él denomina tipos abiertos, con el objetivo de auxiliar a la praxis en la solución de las dificultades dogmáticas que presentaban determinados conceptos jurídico-penales residenciados a lo largo del Código Penal alemán (en adelante *StGB*).

El primero de los citados artículos aparece referido al requisito de legalidad de la actuación del funcionario establecido en el delito de resistencia del *StGB* (§113). Respecto al mismo Welzel trataba, con aquella categoría, de dar solución satisfactoria a la enconada polémica que se había suscitado sobre su naturaleza dogmática.

Mediante la presente contribución pretendemos aproximarnos a la teoría de los tipos abiertos y la de los elementos de valoración global del hecho, teoría esta última elaborada por Roxin partiendo de la crítica a la primera; intentando demostrar que el origen de la teoría de Welzel se sitúa en el §113 *StGB*.

1 “Der Irrtung über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung”, pp. 19-20; “Der Irrtung über die Zuständigkeit einer Behörde”, pp. 133-136; “Der Irrtung über die Amtspflicht”, pp. 208-209; “Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952” (§§ 240,59), pp. 335-344.

2. El requisito de legalidad de la acción del servicio del delito de resistencia. Clasificación dogmática

El parágrafo 113 del *StGB* contiene el delito de resistencia a funcionario ejecutor,² equiva-

2 “Resistencia contra funcionario ejecutor.

- (1) El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa.
- (2) En casos especialmente graves la pena de prisión será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:
 1. el autor u otro partícipe llevan un arma u otro medio peligroso consigo, o
 2. el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.
 3. El hecho es cometido conjuntamente con otros partícipes.
- (3) El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.
- (4) Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad. Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta ac-

ción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella. (§113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)

- (1) Wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn: 1.der Täter oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 2.der Täter durch eine Gewalttätigkeit den Angegriffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt oder 3.die Tat mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen wird.
- (3) Die Tat ist nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Täter irrig annimmt, die Diensthandlung sei rechtmäßig.
- (4) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig an, die Diensthandlung sei nicht rechtmäßig, und konnte er den Irrtum vermeiden, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder bei geringer Schuld von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden und war ihm nach den ihm bekannten Umständen auch nicht zuzumuten, sich mit Rechtsbehelfen

lente a nuestro delito de atentado a la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos (art. 550 y ss. Código Penal español). A diferencia de este el §113 consagra expresamente en el tipo la exigencia de que la acción del servicio efectuada por el funcionario sea legal, conforme a derecho.

Este requisito se introdujo en el Código Penal alemán imperial de 1871. Su inserción supuso la aceptación de la teoría de la obediencia limitada del ciudadano, propia del Estado de derecho, rompiendo de esta forma con el modelo autoritario sostenido por el Código Penal prusiano de 1851. Sin embargo, la interpretación del mencionado requisito va a ser objeto de una encendida polémica,

que se prolonga hasta nuestros días, y que viene motivada por el conflicto que subyace en el mismo, y en general en el delito de resistencia, entre dos tipos de valores o intereses: la eficiencia del aparato estatal por una parte y la libertad del ciudadano frente a intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales por otra.

Dicha polémica se canaliza a través de dos tipos de cuestiones: la determinación del contenido del citado requisito, esto es, de sus presupuestos materiales;³ y su clasificación dogmática ligada al tema del error. En este estudio nos centraremos en la última.

La incardinación del requisito de legalidad en la descripción típica en el Código de 1871 tuvo como consecuencia inmediata que la mayoría de la doctrina lo calificara como elemento del tipo que debía ser abarcado por el dolo del autor.⁴ En caso de que el autor

gegen die vermeintlich rechtswidrige Diensthandlung zu wehren, so ist die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar; war ihm dies zuzumuten, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen)".

El texto del precepto ha sido consultado en <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Conviene resaltar que los números 3 y 4 del precepto tienen la misma redacción que la otorgada por la Tercera Ley de Reforma Penal 20-5-1970 (3. StRÄG). Lo que sí se ha modificado con el paso del tiempo es la acción típica y los tipos agravados. En este sentido, la 52 Ley de Reforma Penal de 2017 desgaja del §113 la conducta de "agresión a funcionario" que hasta entonces aparecía en el mismo junto a la conducta de resistencia y la traslada al § 114 creando una figura autónoma de un perfil más amplio. Véase RENGIE, R., *Strafrecht. BT II, München*, 2021, pp. 553 y ss.

-
- 3 Con respecto a esta cuestión se han planteado las siguientes teorías: a) la teoría del deber del cargo, más conocida como el concepto penal de conformidad a derecho b) la teoría objetivo-material; c) la teoría de la eficacia; d) la teoría de la ejecutabilidad. A ellas habría que añadir el concepto constitucional de conformidad a derecho, articulado sobre un modelo de doble perspectiva (*ein Zwei-Schichten-Modell*), que el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) elabora en el seno del derecho administrativo sancionador y que se ha pretendido trasladar por un cierto sector de la doctrina al §113 *StGB*. Véase BOSCH, N., "§113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte" en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3, §§ 80-184 k* (Bandredakteur SCHÄFER, J.), 4. Aufl., München, 2021, pp. 480 y ss.
- 4 Pormenorizada relación de la doctrina de la época favorable a esta solución en SCHWARZAT, E., *Zur Auslegung des Begriffs*

supusiese erróneamente que la acción del cargo (*Amtshandlung*) no era conforme a derecho (*unrechtmässig*) resultaría aplicable el §59 RStGB (a la sazón regulador de la culpabilidad y el error, hoy §16 StGB —error de tipo—) en virtud del cual se le exoneraría de todo tipo de responsabilidad dado que la resistencia no era susceptible de comisión culposa.

Sin embargo, frente a esta solución coherente con el tenor literal del precepto, el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) empezó a sostener tempranamente la naturaleza de condición objetiva de punibilidad del requisito, sustrayéndolo así de toda exigencia de culpabilidad. El error sobre el mismo, a diferencia de la tesis anterior, era absolutamente irrelevante produciéndose por lo tanto un deslizamiento del “riesgo de error” hacia la parcela del particular y la consiguiente exclusión de la legítima defensa putativa.⁵

Con ello se pretendía evitar el debilitamiento que, a juicio de este Alto Tribunal, una solución como la anterior acarrearía para el fin de protección del §113 StGB; hacer depender el castigo de la resistencia del juicio del autor no solo repercutiría en una menor protección de la actividad estatal, de sus funcionarios ejecutores, sino que en última instancia podría conducir a la disolución del orden estatal. Lo cierto es que tras este posicionamiento de marcado carácter práctico (finalidad político-criminal utilitaria) se escondía una clara maniobra defensiva del aparato (ejecutivo) estatal en detrimento

del individuo, inconciliable, por otra parte, con el principio de culpabilidad (*keine Strafe ohne Schuld*), y que va a ser catalogada lapidariamente “como el rescate de una parte del antiguo Estado Policia” o “una diáfana concesión al Estado autoritario” en el que la *Amtshandlung* debe ser respetada porque es *Amtshandlung*.⁶

A pesar de ello dicho planteamiento fue asumido ulteriormente por el Tribunal Supremo Federal suscitando un importante respaldo doctrinal, lo que le hizo merecedor del calificativo de dominante hasta el año 1970, fecha en que se reforma el parágrafo, introduciéndose unas previsiones específicas referidas al error sobre la legalidad de la actuación funcional.⁷ A partir de esta nueva regulación se ve relegado a un papel marginal o testimonial.⁸

Para intentar soslayar los inconvenientes que presentaban ambas interpretaciones, la del tipo, de corte liberal y la de la condición objetiva de punibilidad, de sesgo de defensa, ofreciendo una adecuada nivelación entre los intereses ciudadanos y estatales, Welzel elabora la teoría de los tipos abiertos, que posteriormente va a ser reinterpretada por Roxin, teoría que abordamos a continuación.

ffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in §113 Reichsstrafgesetzbuch, Diss. Düsseldorf, 1933, p.29, n. 19.

5 STÖCKEL, H., “Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§113 StGB)”, en JR, 1967, p.283.

6 MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht. B.T 2*, Heidelberg, 1991, p. 187 y BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, B.T. II*, Neudruck der 2. Aufl., Leipzig, 1904, Aalen, 1969, p. 779.

7 § 113-4 StGB. Sobre las mismas véase, LACKNER/KÜHL/HEGER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl. 2023, pp. 869 y ss.

8 Estado de la cuestión tras la reforma de 1970 en: ESER “§113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte” en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München, 2019, pp. 1471 y ss.

3. La teoría de los tipos abiertos

Según esta doctrina, plasmada originariamente en los artículos anteriormente mencionados, los tipos contienen una serie de elementos o momentos mediante los cuales no se describe objetivamente la acción típica del autor sino (en terminología de Welzel) su deber jurídico (*sein rechtliches Sollen oder Dürfen*); es decir, elementos fundadores de la total antijuricidad del hecho, comprensivos del juicio total sobre la prohibición.⁹ Ello supone que, en los tipos en los que se encuentran, la antijuricidad de la conducta no pueda determinarse de forma negativa mediante la

exclusión de la presencia de causas de justificación, sino que la misma vendrá condicionada por la verificación positiva (previa) de los mismos a realizar por el juez.¹⁰ De ahí que este autor propusiera el calificativo de tipos abiertos en contraposición a los tradicionales, que él denominó cerrados “pues el círculo de características indicadoras de lo injusto es cerrado”.¹¹ Entre estas “impropias características típicas”¹² a las que inicialmente denominó del deber jurídico, se contarían además de la legalidad, objeto de nuestro estudio, la validez jurídica (*rechtgültig* § 110 *StGB*), la competencia (*zuständig*, en numerosos párrafos: §§ 110, 116, 137, 153, 164, 360 *StGB*), la fal-

9 WELZEL, H., en sus artículos de 1952 pp. 19-20, 135, 208, y *passim*. Del mismo “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem” en *ZStW* 1967 pp. 224 a 228. Véase, ENGISCH, K., “Die normative Tatbestandelemente im Strafrecht” en *FS für E.MEZGER*, Berlin, 1954, p. 145 y 157; ROXIN, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959, especialmente a lo largo en su primera parte, pp. 1-52 (hay traducción al español de Bacigalupo, Buenos Aires 1979); KAUFMANN, Armin, *Lebendiges un Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, particularmente en la páginas 101, 257 /8 y 285 (hay traducción al español de la edición de 1970, de Bacigalupo y Garzón, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977). BERGMANN, A., *Das Unrecht der Nötigung* (§ 240 *StGB*), Berlin, 1983, pp. 156 y ss. Muy recientemente, sobre esta teoría de WELZEL, PETERSEN, J., *Die “neutrale Handlung” im Strafrecht. Eine Untersuchung insbesondere der neutralen Beihilfe*, Berlin, 2023, pp. 302 y ss.

10 WELZEL, H., *JZ* 1952 p. 343; Del mismo *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre* 4ª ed. Göttingen, 1961, pp. 24-25. Hay traducción española anotada de Cerezo Mir, *El nuevo sistema del derecho penal. (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)*, Barcelona, 1964.

11 Por primera vez utiliza esta terminología en su comentario a la sentencia del BGH de 18.3. 1952, *JZ* p.344, referida al delito de coacciones: ...Ich möchte diese Tatbestände “offene” nennen. Zu ihnen gehört § 240. Der Richter ist hier vor die Aufgabe gestellt, durch ein soziales Werturteil über die Verwirklichung des Nötigungsmittels mit dem Nötigungszweck die Rechtswidrigkeit der Tat zu ermitteln. Además del exhaustivo estudio crítico de Roxin, C., puede consultarse sobre los tipos abiertos entre otros, ENGISCH, K., “Die normative...”, *op. cit.*, p. 127 y ss.; KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes ...*, *op. cit.*, 101, 257/8 y 285; GALLAS, W., “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *ZStW* 67 1955, p.15; HERZBERG, R. D., “Tatbestands- oder Verbotirrtum”, en *GA* 1993, p. 439.

12 Así denominadas por ENGISCH, K., *idem*.

ta de autorización (*unbefugt* §§ 132, 168 *StGB* y otros), etcétera.¹³

Concretamente, respecto a la expresión “*Rechtmässigkeit*” (conformidad a Derecho) del delito de resistencia a la autoridad dice Welzel que no pertenecería al tipo del §113 *StGB*, el cual se colmaría con la resistencia a funcionario ejecutor en el desempeño de su cargo, sino que vendría referida exclusivamente a la antijuricidad de la resistencia.¹⁴ A través de ella no se pretende describir la conducta prohibida, sino únicamente resaltar que un deber jurídico de omitir toda resistencia solo existe si el funcionario obra conforme a derecho (“conforme al derecho funcional”), extremo este último que debe ser acreditado (positivamente) por el juez.¹⁵ Y en este sentido, su mención expresa apa-

rece como superflua, pues se limita a poner de relieve una exigencia ya presupuesta en el § 53 *StGB* –regulador a la sazón de la legítima defensa–, a saber, solo es antijurídica, y en su caso punible, la resistencia ejecutada contra la actuación funcional legítima.¹⁶ Establece así Welzel una rigurosa correspondencia entre la legitimidad de la actuación del cargo por una parte y la antijuricidad de la resistencia por otra y a la inversa.¹⁷ Si la actuación del funcionario ejecutor de los tribunales (*Gerichtsvollzieher*) se atiene a los presupuestos de legitimidad de un acto de ejecución, las acciones por él desarrolladas susceptibles de integrar algún tipo serían legítimas y la resistencia del deudor antijurídica. Al contrario, si su proceder no está amparado por el derecho de su cargo (*Amstrecht*), entonces las acciones típicas en las que incurriera (*allanamiento de morada, daños, coacciones*) serían antijurídicas y la resistencia del deudor estaría justificada como legítima defensa.¹⁸

13 Véase el detallado estudio de Roxin, C., *Offene Tatbestände ...*, *op. cit.* p. 17 y ss. de todos y cada uno de ellos. También los enumera parcialmente, entre otros ENGISCH, K., “Die normative, ..., *op. cit.*, p. 157. No obstante, la primigenia lista de los mencionados elementos fue modificada por Welzel, con el paso del tiempo. Así excluyó de la misma a la competencia de los §§ 153 y ss. de la que opina que no es una característica de la antijuricidad sino un concepto en blanco (*ein Blankettbegriff*). Véase su 9ªed. de *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, Berlín, p. 76. Sintetiza las diversas contribuciones de Welzel de 1952 así como lo expresado respecto a estos elementos en diversas ediciones de su manual, KUNERT, K.H., *Die normative Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, pp. 63 y ss.

14 WELZEL, H., *Der Irrtung...*, *op. cit.*, p. 20; KUNERT, K.H., *Die normative...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

15 WELZEL, H., *Der Irrtung...*, *op. cit.*, p. 20 ROXIN, C., *Offene Tatbestände...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

16 WELZEL, H., *Der Irrtung...*, *op. cit.*, p. 20; del mismo “Die Regelung, ..., *op. cit.*, p. 226; ROXIN, C., *Offene Tatbestände...*, *op. cit.*, pp. 4 y 61: el contenido total del elemento “legitimidad” estaría cubierto por otro concepto, la legítima defensa que cumpliría ya su misión; en esto se sustentaría su prescindibilidad; KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes...*, *op. cit.*, p. 257.

17 WELZEL, H., *Idem*. Véase asimismo KUNERT, K.H., *Die normative...*, *op. cit.*, p. 64.

18 WELZEL, H., “Die Regelung..., *op. cit.*, p. 226. Destaca HIRSCH, H.J., *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, 1960, p. 299 apoyándose en KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes*, p. 257 (también citada como Normentheorie), que tras esta construcción se escondería una simple remisión al juego normal de las causas de justificación.

En virtud de ello, en las hipótesis de error sobre la *Rechtmässigkeit* nos hallaríamos ante un error sobre el carácter antijurídico de la resistencia, a considerar con arreglo a los principios de la teoría de la culpabilidad como error de prohibición (error impropio de prohibición dada la correlación que Welzel establece con la causa de justificación de legítima defensa).¹⁹ En caso de error invencible se excluiría absolutamente la sanción penal, mientras que, si el sujeto pudo evitar sustraerse a dicho error, se castigaría el delito como doloso pero de forma atenuada.²⁰

La teoría de Welzel fue objeto de críticas por la doctrina alemana.²¹ La objeción capital radicaba en el desconocimiento que mediante la misma se producía del sentido primordial del tipo (en cuanto tipo de injusto): describir exhaustivamente toda la materia de la prohibición en orden a que el ciudadano pueda reconocer qué comportamiento está prohibido y cuál está permitido. Solamente este modelo de tipo (cerrado) satisfaría las exigencias del principio *nullun crimen sine lege*.²² A pesar de ellas es innegable que

la solución del error de prohibición que proponía en sede del §113 *StGB* se mostraba más satisfactoria y equilibrada desde el punto de vista práctico que sus dos antecesoras²³ y en este sentido se puede afirmar que cumplió un importante papel de cara a proporcionar una aceptable vía de escape al laberinto interpretativo en el que estaba sumido el citado parágrafo.

Entre las críticas vertidas contra dicha teoría sobresale la efectuada por Roxin, que de manera pormenorizada la analiza en su libro *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Seguidamente pasamos a explicarla.

3.1. La crítica de Roxin

Según este autor los puntos débiles que presenta la teoría de Welzel se pueden sistematizar en tres planos: el conceptual, el intrasistemático y el dogmático.²⁴

En el primero de ellos este autor trata de contrastar la adecuación de los criterios sustentadores de la teoría con la fenomenología real. Así Roxin refuta los tres presupuestos sobre los que se asentaba: la ausencia de efecto indiciario de la antijuricidad; la necesidad de una valoración judicial positiva de la an-

19 Véase KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes...*, *op. cit.*, p. 259.

20 WELZEL, H., “Der Irrtung...”, *op. cit.*, pp. 19/20; del mismo “Der Irrtung über die Zuständigkeit”, p. 135; También en la Gran Comisión, *Niederschriften* 5 Band. p. 98 y ss. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, ...*, *op. cit.*, p. 191; KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes...*, *op. cit.*, p. 259; ROXIN, C., *Offene Tatbestände...*, *op. cit.*, pp. 22-23; KUNERT, K.H., *Die normative Merkmale ...*, *op. cit.*, pp.63-64.

21 Una amplia panorámica de las opiniones a favor y en contra se halla en ROXIN, C., *Offene Tatbestände...*, *op. cit.*, pp. 15-17.

22 Véase en el parecer de muchos, LENCKNER,

T., “Vorbem §§13ff” en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar (S-S)*, 25 Aufl., München 25 Aufl., 1997.

23 Con ella se lograba en palabras de WELZEL, H., *JZ*, p. 20 “que la actividad del funcionario ejecutor disfrutará de la necesaria protección penal, pero no a costa de la lesión del principio de culpabilidad” (el signo de exclamación es de Welzel).

24 ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

tijuricidad y su incapacidad para describir el hecho, sino solo el deber jurídico del autor.²⁵

Respecto a la ausencia de efecto indiciario, Roxin demuestra que en muchos tipos abiertos está presente en igual medida que en los cerrados. En cuanto a la determinación judicial positiva de la antijuricidad frente a la negativa de los tipos cerrados, la misma, dice Roxin, no conforma una diferencia esencial pues únicamente es fruto del desplazamiento del ángulo visual desde el sujeto de la acción al objeto de la acción. En los tipos cerrados se dirige la mirada cuando se quiere comprobar la antijuricidad al autor y se afirma negativamente (no existe para él causa de justificación); en los tipos abiertos por el contrario la visión se dirige al objeto de la acción, la ley (§110) el funcionario (§113), y se dice positivamente: la ley es jurídicamente válida, el funcionario obra conforme a derecho. De esta forma se pondría en cuestión la delimitación de los elementos del deber jurídico y de las causas de justificación. Por tanto, en una u otra clase de tipos puede darse un juicio negativo o positivo dependiendo de la perspectiva de la que se parta.²⁶

También la carencia de virtualidad o valor descriptivo en estas características sería un postulado falso. Si el concepto de descripción no se limita, como antaño, a las circunstancias descriptivas, sensorialmente perceptibles (idea que comparte el propio Welzel) entonces tendremos que afirmar que elementos como “competente”, “reprobable” o “legal” describen objetivamente la materia

de la prohibición. Por ejemplo, las palabras “en ejercicio legítimo de su cargo” en el §113 *StGB* introducen en la descripción del hecho todas las situaciones en las cuales un funcionario está autorizado a intervenir según prescripciones de derecho público. Por ello, si se sustrae a estos elementos íntegramente del tipo, se les priva de esta función (descriptiva) y resultaría que la conducta prohibida no estaría descrita (especificada) de forma agotadora en ninguna parte, lo que difícilmente podría compaginarse con el principio *nullum crimen sine lege*.²⁷

En el segundo plano, el intrasistemático,²⁸ Roxin trata de sacar a la luz las incongruencias de dicha teoría con la concepción finalista de la teoría jurídica del delito que patrocinó Welzel. Resultado de su estudio llega Roxin a la conclusión de que los tipos abiertos permanecen extraños, ajenos a los pilares sobre los que se asienta el sistema welzeliano. En primer lugar, contradicen el concepto personal del injusto pues al sustraer al tipo de toda relación con lo injusto se está ignorando el decisivo desvalor de acción y por consiguiente la actividad final y la actitud del delincuente respecto al hecho, lo que provocará la objetivación de la teoría del injusto en similares términos a los postulados por la doctrina clásica. En segundo lugar, en los tipos abiertos está presente una concepción descriptivo-naturalista del tipo incompatible con el contenido valorativo del mismo defendido por Welzel. Conociendo las circunstancias de estos tipos, el autor no capta

²⁵ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 53-54.

²⁶ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 54 y ss.

²⁷ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 58 y ss.

²⁸ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 86 y ss.

el sentido propio que corresponde a la acción en la vida social, pues se extrae del tipo o de la descriptividad la circunstancia decisiva para la valoración del hecho (en nuestro caso la legitimidad en el ejercicio del cargo). En tercer lugar, la esencia de la materia de la prohibición en la concepción de Welzel es proporcionar al ciudadano el conocimiento de los comportamientos prohibidos. Los tipos abiertos ponen en tela de juicio este pensamiento al no proporcionar al autor una norma de comportamiento clara y utilizable.

En último término, esta teoría se encuentra en franca contradicción con la función general asignada al tipo por Welzel: destacar del conjunto de sucesos vitales jurídicamente relevantes aquellas acciones relevantes para el derecho sujetas a valoración jurídico-penal.

En la denominada crítica dogmática²⁹ Roxin resalta el incumplimiento por parte de los tipos abiertos de las funciones esenciales que todo tipo tiene asignado: la sistemática, la de garantía (emanada del principio de legalidad, art 103 GG) y la dogmática (diferenciadora de las diversas especies de errores-tipo/prohibición-).

4. La teoría de los elementos de valoración global del hecho

Fruto de su exhaustivo análisis crítico de la teoría de Welzel, Roxin llega a la conclusión de que no existen los pretendidos tipos abiertos, pero sí por el contrario los elementos de deber jurídico.³⁰ Sin embargo, estos elemen-

tos no fueron correctamente caracterizados ni descritos por Welzel. Según Roxin en casi todos ellos, entre los que se cuenta la “legalidad” del §113 StGB, nos hallaríamos ante elementos normativos de valoración jurídica³¹ que se singularizan respecto a los demás de su especie por su peculiar relación con la antijuricidad.³² Además de describir el hecho, contienen en sí tal contenido de normatividad que expresarían por sí mismos la antijuricidad global del hecho³³ con lo que su conocimiento implicaría necesariamente la conciencia de la prohibición. De esta guisa, no podrían ubicarse, como pretende la opinión anterior, en el plano de la antijuricidad, sino más bien habría que diferenciar en el seno de los mismos, entre la parte determinante del injusto, el sustrato del juicio del injusto, que se incluiría en el tipo, y el elemento que contiene la antijuricidad formal, el cual pasaría a formar parte de la antijuricidad.³⁴

²⁹ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 106 y ss.

³⁰ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, op. cit., pp. 187 y ss. y *passim*.

³¹ Como por ejemplo el concepto de “documento” (*Urkunde* § 267) “matrimonio” (*Ehe* §§ 171-172); “préstamo” (*Darlehen* § 302 a) ... ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ...*, op. cit., p. 76. Respecto a la lista confeccionada por WELZEL no ostentarían esta naturaleza, “la reprobabilidad” que se contienen en los párrafos 240, II (coacciones) y 253, II (extorsión). ROXIN, C., *Idem*.

³² ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ...*, op. cit., p. 121 y ss; ENGISCH, K., “Die normativen, ...”, op. cit., p. 157.

³³ ENGISCH, K., *Idem*; SAMSON, E., Vor. §§ 32, 36 en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*. Fue mérito precisamente de Welzel y Armin Kaufmann llamar la atención por primera vez sobre la peculiar vinculación de estos elementos típicos con la antijuricidad. ROXIN, C., *Offene Tatbestände*, p. 82.

³⁴ ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ...*, op. cit., pp.

Con esta operación, se lograba clarificar su posición sistemática, así como solucionar los problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa.³⁵ A estos elementos los denomina Roxin “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad” (*gesamttatbewertende oder rechtswidrigkeitsumschliessende Umstände*).³⁶

Por tanto, la expresión “ejercicio legítimo del cargo” del §113 *StGB* pertenece tanto al tipo como a la antijuricidad.³⁷ Introduce en la descripción todos los presupuestos bajo los cuales un funcionario está autorizado a intervenir en determinadas situaciones de acuerdo a las prescripciones de derecho pú-

blico, pero al mismo tiempo atesora la valoración total de la acción de resistencia.³⁸ Si el autor yerra sobre estos presupuestos justificadores de la intervención estará incurriendo en un error de tipo; inversamente si los conoce perfectamente pero piensa que la actuación del funcionario es antijurídica y no tiene el deber de tolerarla nos encontraremos ante un error de prohibición.³⁹

Así, si alguien resiste al embargo realizado conforme a derecho por un funcionario judicial ejecutor creyendo erróneamente que se trata del propio juez, obra en error de tipo. Lo mismo acaecería cuando alguien resiste a una detención policial, en la creencia (equi-

135 y 188. También en su *Tratado: Derecho penal. Parte general. T.1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997 (traducción de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE), pp. 300/1. En el mismo sentido JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. 1* (traducción de la 3ª edición alemana a cargo de Mir Puig y Muñoz Conde), Barcelona, 1978, § 25.II.2: los elementos de valoración global del hecho deben descomponerse, de un lado, en sus partes concernientes a los fundamentos del juicio de valor (descriptivo y normativo), y de otro en el propio juicio de valor; los primeros pertenecerían al tipo, pero el juicio de valor pertenece a la antijuricidad.

35 ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ..., op. cit.*, p. 188. Este es el modo, afirma JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, ..., op. cit.*, § 25 II. 2, mediante el cual los mencionados elementos se integran en el sistema del derecho penal sin tensiones frente a los problemas del error o de relación con las causas de justificación. En esta misma dirección la doctrina dominante.

36 ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ..., op. cit.*, p. 82.

37 ROXIN, C., *Offene Tatbestände, ..., op. cit.*, p. 82.

38 ROXIN, C., en toda su segunda parte de *Offene Tatbestände, ..., op. cit.*, pp. 54 y ss; especialmente, pp. 60 y 133.

39 GASSMANN, J., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt nach deutschem und angloamerikanischem Strafrecht*, Diss., Berlin, 1961, p. 53. Al mismo resultado (error de tipo/prohibición) había llegado ya v. Weber, en *GA* 1953, pp. 163 y ss. mediante la consideración de “la legitimidad en el ejercicio del cargo” como un concepto complejo (*komplexbegriff*) el cual abarcaba tanto elementos del tipo como también su valoración. Cfr entre otros BLUMENBERG P., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt*, Diss. Göttingen, 1969, p. 89. n. 3. También sostuvieron la dualidad del error, aunque sin admitir la teoría de los elementos del deber jurídico: KAUFMANN., Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961 p. 253 y LANGE, R., en *Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch*, 43 Aufl., Berlin, 1961, Anm. VI al § 113 que consideran la antijuricidad de la acción del cargo como una causa de justificación.

vocada) de que ha realizado previamente una contravención y no un delito. Otra cosa distinta sucedería si *v. gr.* se negase a acreditar su personalidad al sentirse inocente o si se opone al embargo de cosas inembargables, cuando el “*Gerichtsvollzieher*” (funcionario ejecutor de los tribunales) ha obrado dentro del ámbito de su arbitrio (conforme a deber).⁴⁰ En este segundo tipo de casos lo que se produce es una valoración jurídica falsa del hecho total no pudiéndose excluir el dolo.⁴¹

Esta solución, según Roxin, colmaría no solo exigencias dogmáticas elementales (principio de culpabilidad) sino que contribuiría también a enjugar las necesidades prácticas del §113 esgrimidas por el Tribunal del Imperio y la Corte Federal a la hora de decantarse por la “tesis de la condición”, a saber, la protección bastante del funcionario ejecutor.⁴² Ello es así pues en la hipótesis de apreciación de un error de tipo la aparente “desprotección” del funcionario no sería tal por varios factores entre los que cita Roxin:

- La subsistencia de amenaza de responsabilidad civil del autor y su capacidad disuasoria ante una resistencia precipitada.
- La infrecuencia de la producción de esta clase de errores.

La concepción de Roxin confluye con la de Welzel en la vinculación del requisito en estudio a las causas de justificación. También Roxin opina que en este caso concreto la mención de la legitimidad es superflua pues

su tarea ya es cumplida por otro concepto, en este caso la defensa necesaria (el que resiste a un funcionario que obra antijurídicamente estaría en todo caso amparado por dicha causa de justificación).⁴³ Por tanto, ambos autores someten al error sobre la “legalidad” a un tratamiento paralelo al del error sobre las causas de justificación. La disparidad de soluciones vendrá motivada por la aplicación de la respectiva teoría de la culpabilidad, estricta y limitada, que cada uno de ellos defiende.⁴⁴

5. Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto es dable afirmar que en el surgimiento de la teoría de Welzel tiene mucho que ver la problemática generada en la doctrina y jurisprudencia alemana en la intelección del requisito de legalidad que se incorpora a la descripción del delito de resistencia en el Código Penal alemán de 1871. Para paliar los perniciosos efectos ocasionados por las dos soluciones extremas, la liberal ciudadana representada por la “teoría del tipo” y la defensa estatal materializada en la “teoría de la condición objetiva de punibilidad”, Welzel alumbró una postura intermedia, más ponderada, ci-

⁴⁰ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, *op. cit.*, pp. 139-40.

⁴¹ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, *op. cit.*, p. 140

⁴² ROXIN, C., *Idem*.

⁴³ ROXIN, C., *Offene Tatbestände ...*, *op. cit.*, pp. 54/55; p. 98. En otra parte de su obra (p. 104) afirma que “en legítimo ejercicio de su cargo...” en su aplicación negativa constituye solo un resumen previo —en sí mismo innecesario— de todas las causas de justificación existentes.

⁴⁴ Así especialmente lo pone de manifiesto BLUMENBERG, P., *Die Rechtmässigkeit ...*, *op. cit.*, pp. 86-89.

mentada sobre la base de los elementos del deber jurídico presentes en lo que él cataloga de tipos abiertos. Esta doctrina toma cuerpo por primera vez respecto a este controvertido requisito y posteriormente va a ser extendida por el citado penalista a otros conceptos problemáticos presentes en el articulado del *StGB*. Ha de destacarse que a la hora de proceder a su elaboración Welzel se basa en la singular comprensión del requisito de legalidad del §113 *StGB* efectuada por Robert v. Hippel,⁴⁵ dato este que reforzaría la idea de la importancia del citado parágrafo en la gestación de la teoría de los *offene Tatbestände*. A la especial naturaleza otorgada por R.v. Hippel al citado requisito se refiere Welzel en su artículo dedicado a “el error en la legalidad del ejercicio del cargo” en la revista *Ju-*

risten Zeitung.⁴⁶ Después de exponer las dos tesis antagónicas respecto a la clasificación dogmática de este requisito, la doctrinal “teoría del tipo” abanderada por Binding y la jurisprudencial “teoría de la condición”, poniendo de manifiesto las dificultades aplicativas que conllevan ambas –analizadas anteriormente–, y de destacar que en ediciones posteriores de su manual sostiene Binding únicamente de *lege lata* la naturaleza de elemento típico de la *Rechtmässigkeit der Amtsausübung*, literalmente dice:

Pero ¿es ello también correcto de *lege lata*? ¿Es realmente cierta la hipótesis de que la legalidad del ejercicio del cargo es un elemento del tipo? R. v. Hippel mostró el camino correcto en su escasamente reconocido *Lehrbuch des Strafrechts* (1932), como consecuencia del desgraciado año de su aparición, pero desafortunadamente con tan pocas palabras que se presta a un malentendido. Hippel destacó que la hipótesis de la doctrina dominante de que la legalidad en el desempeño del cargo es un elemento del tipo no es dogmáticamente obligatoria. Según los principios generales (a saber, la doctrina del error de prohibición) debería producirse la absolución solo en el error de prohibición no culpable. Como argumento para ello aduce: “aunque la palabra *rechtmässig* no formara parte del tipo, sin embargo, según el sentido y fin de la ley seguiría siendo únicamente protegida la acción el cargo conforme a derecho. Su mención expresa tiene solo

45 En la nota 5 de la página 297 de su Manual (*Lehrbuch des Strafrechts*, Heidelberg, 1932) afirma, en relación a la teoría de la condición suscrita por el *Reichsgericht*: *Por el contrario, una significativa parte de la doctrina (por ejemplo, v. Liszt, Frank) exige para el dolo la conciencia de la legalidad del desempeño del cargo (al ser este elemento del tipo). Crítica: esta solución no es dogmáticamente obligatoria y a efectos prácticos significa una protección completamente insuficiente del funcionario ejecutor puesto en peligro. En mi opinión debe producirse según los principios generales la absolución del error de prohibición no culpable. Fundamento: aunque la palabra rechtmässig no formara parte del tipo, sin embargo, según el sentido y fin de la ley seguiría siendo únicamente protegida la acción el cargo conforme a derecho. Su mención expresa tiene solo aquí un significado procesal.* Destaca la influencia de R.v.Hippel, entre otros, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip ...*, op. cit., p. 253 y KUNERT, K.H., *Die normative, ...* op. cit., pp. 63/4.

46 WELZEL H. “Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung” en *JZ*, 1952, pp. 19-20. Concretamente el pasaje literalmente transcrito de esta contribución figura en la página 19.

aquí un significado procesal”. Hippel piensa evidentemente con ello que la palabra *Rechtmässig* no es un elemento del tipo del §113, sino que caracterizaría a la antijuricidad de la resistencia por lo que su mención sería superflua, como en otros tipos (§§ 123, 239, 303 etc.).

Merece la pena poner de relieve el destacado papel desempeñado por el §113 *StGB* en la elaboración y reinterpretación de categorías dogmáticas. Es su seno se fragua la figura del “examen conforme a deber” (*pflichtgemässe Prüfung*) que es considerado por la doctrina y jurisprudencia alemana como un específico elemento subjetivo de la causa de justificación de ejercicio legítimo del cargo.⁴⁷ También, la introducción por la Tercera Ley de Reforma Penal de 1970 de las atípicas reglas del error en el §113-4 *StGB*, cuya singularidad esencial estriba en la introducción de la conocida como “cláusula de ayuda jurídica”, dinamitó los principios generales en este campo, coadyuvando a la aparición de nuevas construcciones dogmáticas desconocidas hasta el momento. Finalmente, como sostenemos en este trabajo, el referido párrafo desempeña un trascendente papel en la cristalización de la teoría de los tipos abiertos.

⁴⁷ Sobre este elemento subjetivo de justificación, véase, ampliamente, STERNBERG-LIEBEN, “Vor §§ 32 ff” *SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München, 2019, pp. 582 y ss.

6. Bibliografía

- BLUMENBERG P., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt*, Diss., Göttingen, 1969.
- BERGMANN, A., *Das Unrecht der Nötigung* (§ 240 *StGB*), Berlin, 1983.
- BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, B.T. II*, Neudruck der 2. Aufl., Leipzig, 1904, Aalen, 1969.
- BOSCH, N., “§113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, §§ 80-184 k (Bandredakteur SCHÄFER, J.), 4. Aufl., München, 2021.
- ENGISCH K., “Die normative Tatbestandelemente im Strafrecht“ en *FS für E.MEZGER*, Berlin, 1954.
- ESER, A., “§113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte”, en *SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München, 2019.
- GALLAS, W., “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *ZStW* 67 1955.
- GASSMANN, J., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt nach deutschem und angloamerikanischem Strafrecht*, Diss., Berlin, 1961.
- HERZBERG, R. D., “Tatbestands- oder Verbotirrtum“, en *GA* 1993.
- HIPPEL, Robert v., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin/Heidelberg, 1932.
- HIRSCH, H.J., *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, 1960.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. 1* (traducción de la 3ª edición alemana a cargo de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), Barcelona, 1978.
- KAUFMANN, ARMIN., *Lebendiges un Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954.

- KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip. Ein strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961.
- KUNERT K.H., *Die normative Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958.
- LACKNER/KÜHL/HEGER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., 2023.
- LENCKNER, T., “Vorbem §§13ff” en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar (S-S)*, 25 Aufl., München 25 Aufl., 1997.
- MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. B.T. 2*, Heidelberg, 1991.
- PETERSEN, J., *Die “neutrale Handlung” im Strafrecht. Eine Untersuchung insbesondere der neutralen Beihilfe*, Berlin, 2023.
- RENGIE, R., *Strafrecht. BT II*, München, 2021.
- ROXIN, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959.
- ROXIN, C., *Tratado: Derecho penal. Parte general. T.1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997 (traducción de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE).
- SCHWARZAT, E., *Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in §113 Reichsstrafgesetzbuch*, Diss. Düsseldorf, 1933.
- STERNBERG-LIEBEN, D., “Vor §§ 32 ff“ *SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München, 2019.
- STÖCKEL, H., “Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt“ (§113 StGB) en *JR* 1967.
- WELZEL, H., “Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung“, *JZ* 1952; del mismo, “Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde“ *JZ* 1952; del mismo “Der Irrtum über die Amtspflicht“ *JZ* 1952; del mismo, “Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952“ (§§ 240,59), *JZ* 1952; “Die Regelung von Vor-
- satz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem“ en *ZStW* 1967; del mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre* 4ª Aufl., Göttingen, 1961.

El *criminal compliance* antilavado: su desarrollo internacional

• **Martín Alexander Martínez Osorio** •

Profesor de Derecho penal de la Universidad Tecnológica de El Salvador y docente de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador, Centro América.

Resumen: El artículo desarrolla la dimensión preventiva del delito de lavado de dinero, enfocándose en el estudio de los programas de cumplimiento y sus elementos desde la óptica de los diversos instrumentos internacionales y la experiencia del derecho comparado norteamericano.

Palabras clave: lavado de dinero, cumplimiento normativo, debida diligencia, responsable de cumplimiento, derecho comparado.

Abstract: This article addresses the preventive dimension of the money laundering offence, focusing in the study of compliance programs and their basic elements, from the perspective of various international instruments and the experience of american comparative law.

Key words: money laundering felony, criminal compliance, due diligence, comparative law, case law.

• **Fecha de recepción**

19-02-2024

• **Fecha de aceptación**

17-03-2024

Sumario:

1. Introducción
2. Las diversas medidas comprendidas en la normativa internacional
3. Elementos básicos de un *AML compliance*
 - 3.1. Un código de conducta que fomente una cultura de respeto a la legalidad
 - 3.2. Evaluación y mecanismos de gestión de riesgos
 - 3.3. La implementación de un programa de cumplimiento normativo
 - 3.4. La debida diligencia en el conocimiento del cliente, de los proveedores y empleados
 - 3.5. El deber de informar y colaborar con las autoridades competentes
 - 3.6. El deber de confidencialidad y protección de los informantes
 - 3.7. Un sistema adecuado de documentación y registro
 - 3.8. La designación de un responsable de cumplimiento (*compliance officer*)
 - 3.9. Los controles de auditoría
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 –en adelante Convención de Viena– fue el primer instrumento internacional que estableció los elementos esenciales del delito de lavado de activos y los que debían incorporarse a la legislación interna de los diversos Estados firmantes. En el mismo, se criminalizaban las conductas de convertir y transferir, ocultar o encubrir bienes relacionados con la actividad del narcotráfico, así como, a discreción del legislador interno, el castigar también la adquisición, el uso y utilización de esos bienes (art. 3 letra b).¹

Con ello, se iniciaban las pretensiones de diversos organismos internacionales, que no se conformaron únicamente con perfilar la dimensión represiva del blanqueo de capitales, sino, además, desarrollar una dimensión complementaria relativa a la prevención, detección, control y reporte de todas aquellas actividades financieras que tuvieran relación con el reciclaje del bienes o dinero provenientes de actividades delictivas.² Esta preocupación ya era conocida en 1988, cuando el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria emitió una importante declaración de principios cuya premisa esencial se enfocó

1 Sobre el desarrollo histórico de esta convención: Vid. Díez Ripollés, J., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en: *Política criminal y Derecho penal*, 2º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Págs. 883-915.

2 Sobre lo anterior: Vid. Prado Saldarriaga, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Pág. 162.

en la preocupación de que los bancos y otras instituciones financieras pudieran ser utilizados “como intermediarios para las transferencias o el depósito de fondos originados en actividades criminales”.³

El camino a seguir tenía que ser a nivel internacional, pues el blanqueo se orienta hacia países que no disponen de normas apropiadas para prevenir y reprimirlo, e incluso fue necesario contemplar sanciones contra aquellos países que no quisieran adecuarse al estándar de efectividad que iba consolidándose a nivel mundial.⁴ Al ser, entonces,

un delito de trascendencia internacional, la respuesta debía ser en igual sentido, pero con una clara intención de homogenizar esa respuesta normativa mediante el desarrollo de estándares normativos comunes.

En razón de ello, desde la década de los ochenta del siglo pasado, el delito de lavado de activos iba a representar el arquetipo básico de colaboración de los particulares con el sistema de persecución penal; pues se reconoció por las diversas agencias del sistema penal que la única manera de detectar y controlar el flujo de efectivo derivado de actividades delictivas era contar con el apoyo de aquellos sectores económicos vulnerables al ingreso de fondos maculados y, a la vez, que estos pudieran cerrar filas para evitar la contaminación de su capital por parte de los criminales.

De acuerdo con esto —y siguiendo a Jesús María Silva Sánchez— se apostó por una suerte de prevención técnica descentralizada,⁵ en la que los sistemas de prevención antilavado vendrían a constituirse en una segunda línea de protección del orden socioeconómico, complementaria a la persecución penal del blanqueo. En otras palabras, en un sistema de normas de flaqueo —parafraseando a Günther Jakobs— que impediría la infiltración del dinero sucio en el sistema económico en general.⁶

3 Comité de Supervisión Bancaria, *Declaración de Principios sobre Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario para fines de Lavado de Dinero*, Basilea, 1988. Estos son: 1. Los principios deben ser garantizados por los gestores de los bancos; 2. Identificación de los clientes; 3. Cumplimiento de las leyes; 4. Cooperación con las autoridades; y 5. Obligación de informar a sus empleados sobre estos principios.

4 En tal sentido: Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Publicación de la Universidad Santiago de Compostela, 2002, Pág. 56. Crítico en este sentido, Winter Etcheberry, J.: “... es posible señalar que en el caso de muchos países en vías de desarrollo la adopción de medidas contra el lavado de activos fue efecto de un proceso de coacción internacional, que no se basa sólo en la necesidad de no ser parte del listado, sino que también en la aprobación de otros países y la evitación de riesgos competitivos al ser evaluado como una jurisdicción riesgosa. A esto se suman los altos costos que puede implicar el establecimiento de un aparataje para prevenir el lavado de activos y la poca evidencia que existe que realmente sea efectivo”. *Vid.* Winter Etcheberry, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en:

Ambos K./Caro Coria, D./Malarino, E. *Lavado de activos y compliance*, Edit. Jurista Editores, 1ª Edición, Lima, 2015, Pág. 135.

5 Silva Sánchez, J., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en: Abel Souto M./Sánchez Stewart N., *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Pág. 135.

6 Sobre el término de las normas de flaqueo:

En la actualidad, la diversidad de exigencias globales que se han ido introduciendo de forma progresiva a los ordenamientos nacionales va construyendo un sistema normativo e institucional anti-lavado, en el que tienen un papel fundamental los denominados “sujetos obligados”, compuesto tanto de personas naturales como de jurídicas. Dentro de este ámbito destacan una variedad de empresas que ejercen sus actividades en sectores como el financiero, comercial, bursátil, cooperativo, turismo, minero, inmobiliario, exportador, etcétera.

Sobre los referidos sujetos obligados, aparecen determinados organismos fiscalizadores que ostentan potestades normativas (v. gr. emisión de reglamentos, instructivos, normas técnicas), investigativas (v. gr. práctica de inspecciones *in situ*, requerimientos de información) y sancionatorias cuando comprueben el incumplimiento de las reglas preventivas (v. gr. multas, inhabilitaciones, etc.). Es así que se va delineando una estrategia regulatoria estatal, que va más allá del simple reporte de operaciones sospechosas —como aconteció en sus inicios con el sistema francés o el norteamericano⁷— y se va consolidando una cultura corporativa que tiene como base el cumplimiento de un código ético y férreos controles externos e internos dentro de las empresas.

Ese conjunto de exigencias actuales van a constituir el denominado *Anti Money Laundering Compliance* —en adelante *AML Compliance*—, que consiste en la conversión de las prescripciones internacionales y estatales a normas internas dentro de las organizaciones empresariales con la finalidad de evitar actos delictivos como el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo o alguna actividad delictiva subyacente.⁸ En suma, estamos en presencia de un específico *criminal compliance*, en otras palabras, de un conjunto de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que las reglas vigentes sean cumplidas por todo el personal, que las sanciones se descubran y que eventualmente se impongan.⁹

Como señala un prestigioso sector doctrinal, si bien el *compliance* puede significar *auto-vigilancia*, no solo implica este tipo de medidas (v. gr. controles, determinación de flujos de información); pues, además, contiene medidas positivas de formación, que tratan no solo de neutralizar factores culturales o dinámicas de grupos favorecedoras de hechos ilícitos, sino también de incentivar una cultura de grupo relacionada a la fidelidad al derecho.¹⁰ En otras palabras,

Vid. Jakobs, G., “Criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en: *Estudios de derecho penal*, Edit. Civitas, 1º edición, Madrid, 1997, Págs. 313-316.

7 Sobre los inicios del sistema de prevención: Vid. Sintura F./Martínez W./Quintana F., *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, 2º edición, Edit. Legis, 214. Vid. Págs. 6-10.

8 Sobre ello, Vid. Bermejo, M./Palermo, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*”, en: Kuhlen/Montiel/Urbina, *Compliance y teoría del derecho penal*, citado, Pág. 176.

9 Definición brindada por Khulen, L., “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y derecho penal”, en: Khulen L./Montiel, J./Urbina, I., *Compliance y teoría del derecho penal*, Edit. Marcial Pons, 2013, Pág. 51 y ss.

10 Cfr. Silva Sánchez, J., *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016, Págs. 237-238.

un fomento de –lo que Hans Welzel denominaba– los “valores ético-sociales” de actuación.¹¹ Esto supone un cambio del paradigma de la función empresarial en la que el órgano de administración “ya no es sólo el responsable de la gestión lucrativa del negocio, sino también de la gestación de una cultura corporativa de adhesión al derecho y a la ética”.¹²

Ahora bien, más allá de las prescripciones derivadas de organismos mundiales y regionales, conviene tener presente que los actuales sistemas de cumplimiento normativo antilavado han sido enormemente influidos por el derecho corporativo norteamericano, el cual ha inspirado la mayor parte de los textos internacionales a los que hacemos referencia. De ahí que se hable de una “americanización del derecho penal económico” en el que su ejemplo más conocido y evidente son los *compliance* relacionados al blanqueo de capitales.¹³

Conviene recordar que los *criminal compliance programs* surgen de forma después del célebre caso *New York Central R. Co. V.*

United States de 1909, en el que se reconoció la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos realizados por los agentes. Es a partir de tal precedente que las *corporations* deciden auto-regularse de forma voluntaria como una forma de evitar, o al menos atenuar, la responsabilidad penal que podría atribuírseles.¹⁴ Dentro de esos compromisos usualmente aparecen la creación de un código ético empresarial y el nombramiento de un responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) entre otros.

Tal premisa sigue teniendo actualidad, como se advierte en las *United States Sentencing Guidelines*, las cuales reducen drásticamente las sanciones o evitan el riesgo de un proceso penal a las empresas, siempre y cuando cuenten con un programa ético y de cumplimiento efectivo, que ayude a la organización a incentivar las conductas correctas de su alta dirección y empleados así como a cumplir con la legislación vigente.¹⁵ Tal estrategia político-criminal –conocida comúnmente como “the stick and the carrot”¹⁶– se vio reforzada con la aplicación

11 Cfr. Welzel, H., *Derecho penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, 1997, Págs. 1-7.

12 Cfr. Silva Sánchez, J, “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”, en: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016. Pág. 194.

13 Al respecto: Nieto Martín, A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, n° 19, 2007, especialmente, Pág. 123. Sostiene dicho autor: “[e]l blanqueo de capitales es el ejemplo más conocido y evidente de americanización del derecho penal económico internacional. En la globalización de esta figura delictiva y su estrategia de control es patente la presión de la diplomacia norteamericana, unida a los propios intereses de la banca”.

14 Sobre este desarrollo histórico en el derecho norteamericano: Carrión Zenteno, A., *Criminal Compliance*, Edit. Thomson Reuters, Lima, 2014. *Vid.* Págs. 81-84.

15 *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, §8A1.1 (para este artículo se retoman las reglas establecidas en Nov. 1993). Específicamente, la letra k).

16 Crítico del esquema de la “zanahoria y el palo”: *Vid.* Zysman Quirós, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, Pág. 163. Sostiene este autor que: “... este esquema de premios y castigos tradicionalmente ha sido identificado por numerosos autores como un esquema de «zanahoria y palo». Sin embargo, creemos que la complejidad que implica la

de duras leyes tales como la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 y la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010 cuyos orígenes se relacionan con graves escándalos financieros derivados de una incorrecta gestión empresarial.

Como vemos, el cumplimiento normativo puede caracterizarse como un modelo regulatorio que parte de la propia iniciativa de los sujetos obligados, en que el órgano supervisor se mantiene a distancia, o al menos, solamente ostenta un papel orientador e indirecto (*voluntary self-regulation*). En contraposición, existe otro modelo sumamente tradicional, en el que prepondera la aplicación de las prescripciones estatales por parte de un órgano regulador público y que, en caso de su desobediencia, se imponen sanciones de forma indefectible (*enforced self regulation*).¹⁷ En el primero, la participación de los regulados en la formulación y aplicación de las normas es esencial como una forma de compromiso unilateral; mientras que en el segundo, se imponen estándares de cumplimiento de forma vertical que los obligados deben aceptar a fin de evitar ser sancionados.¹⁸

Ahora bien, en el ámbito del lavado de activos, nos encontramos ante un modelo de *corregulación* o de *autorregulación regulada*, mediante el cual la ley nacional recepta los estándares internacionales, pero queda a evaluación de los sujetos obligados cómo diseñará el contenido del programa de cumplimiento conforme su actividad económica o profesional y el manejo de los riesgos inherentes a esa gestión. Es así que los riesgos relacionados con el lavado de activos son variados, por ejemplo, los riesgos de una empresa del sector financiero son distintos a los de una empresa que se dedique al servicio de hostelería o al sector minero.

No obstante, el cumplimiento normativo en el ámbito de la prevención del lavado de dinero, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos —como el anticorrupción, competencia o el de prevención de riesgos laborales— suele tener un carácter más imperativo debido a la obligación para los países en cumplir con las prolíficas y meticulosas regulaciones internacionales.¹⁹ A tales efectos, existe una estricta supervisión

respuesta organizativa de una persona jurídica ante un panorama de estas características no responde con fidelidad a la idea de estímulo y reacción ciega presente en los perros de Pavlov”.

¹⁷ Sobre estas estrategias regulatorias, una buena síntesis puede encontrarse en: Rodríguez Villar P./Germán Bermejo, M., *Prevención del lavado de dinero en el Sector Financiero*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, Págs. 23-56.

¹⁸ Al respecto, detalladamente: Coca Vila, I.: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en: Silva Sánchez, J./Montaner Fernández, R., *Crimina-*

lidad de empresa y Compliance, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Págs. 3-76.

¹⁹ Como sostiene García Caverro: “... el propio legislador exige a la empresa la adopción de un sistema de cumplimiento normativo en relación con ciertos riesgos penalmente relevantes, llegando incluso a definir legalmente ciertos aspectos que deben ser necesariamente tenidos en cuenta en la conformación del *compliance*. Se abandona así la lógica de la auto-regulación y se entra claramente en el plano de la intervención estatal. Esto se presenta, por ejemplo, en el caso del lavado de activos”. *Vid.* García Caverro, *El delito de lavado de activos*, 2ª edición. Edit. B de F, Montevideo, 2016, Pág. 212.

de estos programas por entidades regulatorias nacionales a fin de verificar su puesta en marcha y actualización constante por parte de los agentes económicos obligados a su adopción. Aunado a ello, las empresas y sus directivos, pueden ser sujetos a una variedad de sanciones administrativas, y hasta penales, por su no implementación (*non compliance*) o por su deficiente ejecución (*fake compliance*).

2. Las diversas medidas antilavado comprendidas en la normativa internacional

Después de la Convención de Viena, en la década de los noventa del siglo pasado y hasta la actualidad, han surgido una variedad de instrumentos internacionales y regionales que desarrollan instituciones jurídicas y obligaciones que van a ser de preceptivo cumplimiento para quienes se identifique como sujetos obligados.²⁰

A nivel europeo, por ejemplo, aparece la primera directiva del 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. En su contenido empiezan a identificarse a personas naturales y jurídicas sobre quienes pesarán determinadas obligaciones entre las que se destacan la identificación del clien-

te, el registro de transacciones, el reporte de operaciones sospechosas y su confidencialidad ante el cliente y terceros, entre otras. La actualización del referido documento se realiza mediante la segunda directiva en el año 2001 —2001/97/CE del 4 de diciembre—. En el año 2005, se dejan sin efecto las normativas comunitarias anteriores y se emite la tercera directiva —2005/60/CE del 26 de octubre— que introduce las recomendaciones relacionadas con el financiamiento del terrorismo. El proceso de actualización trajo consigo la emisión de la cuarta directiva en el año 2015 —2015/849 del 20 de mayo— y la emisión posterior de la vigente quinta directiva de 2018 —2018/843 del 30 de mayo—.

En la primera directiva, puede advertirse un imperativo dirigido específicamente a las entidades financieras, de establecer “procedimientos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales” (art. 11).

En nuestra región, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (CICAD-OEA), formula el denominado “Reglamento Modelo” —en adelante “Reglamento CICAD-OEA”— con pretensión de incidir en los procesos de reforma legislativa de nuestro entorno. En dicho documento, se sigue la definición del delito establecida en la Convención de Viena, y se realizan importantes consideraciones acerca de la incautación y comiso de los bienes maculados de origen ilícito. Adicionalmente, a los particulares se les impone una variedad de obligaciones tales como: la identificación de los clientes, el mantenimiento de los registros de las transacciones, el reporte de las operaciones en efectivo y la comunicación de aquellas transacciones que pudieran con-

20 Sobre este desarrollo histórico: Vid. Fabián Caparros, E., “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de su respuesta”. En: AA.VV., *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial*, OEA, Washington, D.C., 2014, Págs. 11-94. También: Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, citado, Págs. 41-270.

siderarse sospechosas, entre las más sobresalientes.

Merece destacar en el referido instrumento normativo –y de similar manera a la primera directiva europea– que el art. 16 obliga a las instituciones financieras a “desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar” el lavado de activos. Dichos programas, al menos, deberán contener: (a) procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal laboral; (b) programas permanentes de capacitación de personal; y (c) mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos.

Por otro lado, se estipula en su art. 15 que deben imponerse sanciones a funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que tengan participación en algún delito de los relacionados en el referido reglamento, así como también, a las instituciones financieras. Estas sanciones a personas jurídicas pueden comprender la imposición de multa, la prohibición temporal de realizar transacciones, la suspensión del permiso de operaciones y la suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

Asimismo, se hace referencia a la designación de un oficial de cumplimiento, quien será un funcionario a nivel gerencial que estará encargado de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Tal y como sostiene el art. 16.3, este funcionario servirá de “enlace” entre la institución financiera y las autoridades competentes.

Por último, resulta necesario apuntar que el referido instrumento tuvo una impor-

tante recepción en el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos relacionados con el Tráfico de Drogas y Delitos Conexos –en adelante “Convenio Centroamericano”– firmado el 11 de julio de 1997 por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Panamá. Documento que hasta esta fecha vincula normativamente a los países suscriptores del mismo.

En el mismo contexto temporal, 1989, se crea el Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATH), el cual desarrolló en el año 1990 las denominadas 40 Recomendaciones Internacionales, que constituyen un conjunto de estándares de indiscutible importancia en la materia. Dichas medidas, de acuerdo con la referida institución, se enfocan en: (a) identificar los riesgos y desarrollar políticas y coordinación local; (b) luchar contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de proliferación de armas de destrucción masiva; (c) aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados; (d) establecer poderes y responsabilidades; (e) mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; y (f) facilitar la cooperación internacional.

En razón de los execrables acontecimientos causados por el terrorismo internacional, en el año 2001, GAFI elabora ocho recomendaciones relacionadas con la financiación del terrorismo e incorpora una novena en el año 2004. Desde la segunda década del presente siglo, tales prescripciones fueron incorporadas en los arts. 5, 6 y 8 de las 40 Recomendaciones Internacionales, junto con una relacionada a la imposición de sanciones financieras y congelamiento de fondos relacionados con la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiación

(Recomendación Internacional 7). Se destaca entonces, de tal fusión, el convencimiento de aplicar los mismos controles preventivos a esas actividades delictivas.

Entre sus aspectos básicos, desde el art. 1 de las Recomendaciones GAFI, se establece la obligación de los países de identificar, evaluar y entender el riesgo del lavado de activos y la financiación del terrorismo desde un enfoque basado en riesgo (EBR) de acuerdo con una idea de proporcionalidad. Esto debe inspirar al sistema preventivo que se aplique en cada país y a cada sector económico o profesional. Por otro lado, las referidas recomendaciones pueden sinterizarse en 3 grupos:

(a) El primero relacionado con la tipificación de delitos, tales como el lavado de activos y la financiación del terrorismo, la aplicación del comiso y la incautación como medidas patrimoniales aplicables a los crímenes anteriormente mencionados; regulaciones acerca de sanciones financieras relacionadas con el terrorismo, su financiación y el de la prevención, represión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva. Particular interés se brinda a las organizaciones sin fines de lucro como un mecanismo que suele ser utilizado regularmente respecto a la recolección y distribución de fondos a organizaciones terroristas.

(b) El segundo grupo de recomendaciones consiste en la enumeración de una variedad de medidas preventivas que deben ser adoptadas por sectores económicos como el financiero, el comercial, seguros y algunas actividades profesionales sensibles de ser utilizadas por los blanqueadores. El hilo conductor de esas medidas lo constituye el concepto de la debida diligencia (*due diligence*) que implica, entre otras cosas: la prohibición de aperturar o mantener cuentas anónimas; la verificación del cliente y del beneficiario final de la operación (si este último

existe); el mantenimiento de los registros de transacciones y otro tipo de información; la aplicación de estas medidas en el caso de nuevos productos u operaciones tecnológicas así como en el caso de las transferencias electrónicas y los necesarios controles internos que deben implementarse en el análisis de estas operaciones. En este rubro, se concluye que, una vez que existan motivos razonables para sospechar que los fondos de una determinada operación comercial sean producto de una actividad criminal, se reporte con prontitud dicha operación a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

Una idea es esencial dentro de este segundo apartado, esta consiste en que tanto las instituciones financieras como las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión. Ante el quebrantamiento de tales prescripciones —reza la Recomendación Internacional 35—: “... los países deben asegurar que exista una amplia gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas”.²¹ Sostiene literalmente el precepto que tales sanciones deben ser aplicables no solo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y alta gerencia.

(c) El tercer grupo de las recomendaciones se enfoca en la cooperación internacional estableciendo la necesaria asistencia legal mutua entre países, en especial, con relación al congelamiento y decomiso de los bienes; la extradición y otras formas de cooperación internacional.

Para cerrar el tema, la Recomendación Internacional 29 establece la necesidad de que los países constituyan una Unidad de In-

²¹ En explícita referencia a las Recomendaciones Internacionales 6 y de la 8 a la 23.

teligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro para la recepción, análisis de cualquier reporte de transacciones sospechosas u otra información relevante sobre el lavado de activos o la financiación del terrorismo, a fin de comunicarlo a las autoridades respectivas. De igual manera, dentro de su competencia se encuentra la facultad de obtener información adicional de los sujetos obligados o de cualquier otra institución financiera, administrativa o de orden público que sea relevante para la investigación de los delitos *supra* relacionados.

Es preciso destacar que las Recomendaciones del GAFI no constituyen un convenio internacional del cual deriven obligaciones formales a los países respecto a su implementación. Sin embargo, se les reconoce que poseen una vinculación material indiscutible ya que su incumplimiento puede generar consecuencias económicas a las naciones que se nieguen a incorporarlas o lo hagan de manera defectuosa. Sin embargo, existen dos instrumentos internacionales – formalmente vinculantes– que respaldan su contenido y son los convenios de Palermo (2000) y Mérida (2003).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –en adelante “Convención de Palermo”– obliga, en su art. 6, a la tipificación del delito de lavado de activos en términos casi idénticos a la estipulada en la Convención de Viena de 1988. Sin embargo, extiende el ámbito de los delitos determinantes que el anterior documento internacional únicamente comprendía los relacionados al narcotráfico, y estipula que pueden serlo no solo los contemplados en los arts. 5, 8 y 23, sino todo aquel vinculado con grupos delictivos organizados no importando que hubieren sido cometidos fuera de la jurisdicción que conoce del delito de blanqueo de capitales.

Por otro lado, plantea en su art. 7, la necesidad de establecer un “amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero”. En los mismos términos, se enfatiza en adoptar medidas preventivas tales como la “identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas”. Por otra parte, se señala la importancia de crear controles transfronterizos para detectar el trasiego de efectivo o de títulos valores negociables. Y finaliza afirmando respecto al marco regulatorio que los Estados nacionales realicen en la materia, que este debe guiarse por las iniciativas elaboradas “por las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero”.

Por su parte, y en los mismos términos que su antecesora, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 –en adelante Convención de Mérida– retoma la definición típica del delito de lavado de activos establecida desde Viena (art. 23); empero, en su artículo 14, extiende el número de medidas para prevenir el blanqueo de capitales. Para el caso, en lo que corresponde a las instituciones financieras, se exige la inclusión en su legislación interna de: (a) formularios de transferencias electrónicas de fondos a fin de conocer información exacta y válida sobre el remitente y destinatario; (b) se mantenga esa información durante todo el ciclo de pagos; y (c) se examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan la información completa del remitente.

Esta idea de un “escrutinio intensificado” también se relaciona con personas que des-

empeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes (*politically exposed persons*), círculo que comprende también a sus familiares y colaboradores. El fin del mismo es descubrir aquellas operaciones financieras que pueden provenir de actos de corrupción (art. 52). En ese orden, el referido instrumento internacional habilita a los Estados a impedir el establecimiento de bancos que no tengan presencia real en el país y que no estén afiliados a algún grupo financiero sujeto a regulación.

3. Elementos básicos de un *AML compliance*

Es importante, reiterar que las normas internacionales antes comentadas constituyen el marco de referencia para el desarrollo de los programas de cumplimiento empresarial en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; y, además, deben tomarse como estipulaciones interpretativas de obligada consulta para entender el alcance de las normas internas.

Ahora bien, tomando como base las mismas y la tremenda influencia que el derecho anglosajón ha tenido en el tema, es posible identificar algunos elementos esenciales de un *AML Compliance*.

3.1 Un código de conducta que fomente una cultura de respeto a la legalidad

Los códigos de ética y los programas de cumplimiento normativo surgen por iniciativa de las propias empresas, cuyo origen fue la toma de conciencia de que los litigios, las restricciones regulatorias y los daños a las empresas podrían ser evitados si se implementaban sis-

temas efectivos de control interno.²² Pero, además, poseen un atractivo singular: una empresa bien ordenada y con una política expresa de guiarse con altos códigos éticos resulta más cotizable para los inversionistas y demás actores del mercado.²³

De acuerdo con Iván Navas Mondaca, los códigos de conducta son instrumentos a través de los cuales se plasman normas de comportamiento para el buen funcionamiento de instituciones privadas o públicas. Por lo general, los códigos son adoptados de manera voluntaria por empresas privadas con la finalidad de motivar el comportamiento de quienes se relacionan en torno a su giro económico (directivos, empleados, empresas, grupo de empresas, organizaciones sociales interesadas en la responsabilidad social empresarial, etcétera).²⁴

Siguiendo a este autor, su origen se relaciona, por un lado, con la desconfianza de los gobiernos corporativos derivada de su compleja estructura organizativa y, por otro, en la confianza de la autorregulación para so-

22 En esto sigo las puntualizaciones que efectúa: Sousa Méndes, P., *Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad de las personas jurídicas*, conferencia dictada en la Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 2021.

23 A ello podría agregarse, como apunta Adán Nieto Martín, a la clara influencia que han tenido los *Principles Of Corporate Governance* (1994) del American Law Institute. *Vid.* Nieto Martín, A., *Americanización*, art. cit., Pág. 132.

24 *Cfr.* Navas Mondaca, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en: Silva Sánchez J./Montaner Fernández R., *Criminalidad de empresa y compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Pág.113.

lucionar el daño que produjeron algunos escándalos financieros en países como los Estados Unidos de América.²⁵ Adicionalmente, conviene tener presente que ello es parte de una nueva estrategia penal, consistente en la colaboración de las empresas para mantener la eficacia del derecho, esto es, un compromiso respecto a la prevención y sanción de los comportamientos desviados que puedan realizar sus empleados y directivos.²⁶

Estos códigos, además de regular aspectos relacionados con cómo solventar los conflictos de intereses, reconocer la importancia del respeto a los derechos humanos, evitar el abuso de la información privilegiada o la discriminación laboral, también deben contar con un régimen disciplinario en el que se establezcan infracciones, sanciones y procedimientos ante su transgresión. Verdaderamente, esto último es lo que revela que no estamos ante una simple manifestación de buenos deseos, sino del fomento de una cultura de legalidad dentro de la organización empresarial.²⁷

3.2 Evaluación y mecanismos de gestión de riesgos relacionados al lavado de activos

Desde el año 2012, el GAFI ha señalado la importancia de implementar un enfoque basado en el riesgo (EBR) como una forma eficaz para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Tal es el sentido de la Recomendación Internacional 1 y de su nota interpretativa.²⁸ En términos sencillos, el riesgo puede ser entendido como la proclividad de una empresa a ser instrumentalizada para la comisión de un delito de lavado de activos o para canalizar fondos destinados a la realización de actos o grupos terroristas.²⁹

Conforme a ello, se distingue entre un riesgo: (a) *reputacional* (relacionado con el menoscabo al buen prestigio empresarial); (b) *legal* (posibilidad de recibir sanciones

25 *Ibid.*, Pág. 115. Relaciona este autor que los códigos de conducta son los antecesores inmediatos de los actuales programas de cumplimiento (Pág. 127).

26 Cfr. Nieto Martín, A., “El programa político-criminal del *corporate government*”, en: Baigún D./García Rivas N., *Delincuencia económica y corrupción*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 446.

27 Cfr. Navas Mondaca, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, citado, Pág. 120.

28 Dice textualmente, la Recomendación Internacional 1: “Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI”.

29 En términos técnicos, GAFI establece que el concepto de riesgo está compuesto de tres elementos: *amenaza* (persona o grupo de personas, objeto o actividad con potencial para causar daño); *vulnerabilidades* (factores que pueden incidir en una menor eficiencia de los sistemas de control) y la *consecuencia* (el daño o impacto que puede provocar el lavado de activos o la financiación del terrorismo en las instituciones privadas y sociedad en general). Al respecto, *Vid.* GAFI, *Guía para la evaluación nacional de lavado de activos y financiación del terrorismo*, París, 2013, Pág. 9.

civiles, penales o administrativas); (c) *operativo* (pérdida o disminución del patrimonio económico derivado de procedimientos o decisiones incorrectas); y (d) de *contagio* (en razón de lo realizado por una persona asociada a una empresa que pueda tener efectos legales, reputaciones u operativos para esta última).³⁰ Debe tenerse en cuenta, como señala José Antonio Arbulú Ramírez, que una empresa está sujeta a un conjunto de riesgos que son inherentes al propio hecho de hacer negocios. Frente a ellos, es el empresario quien mejor conoce la actividad que lleva a cabo, y por eso está en condiciones de incorporar dentro de su estructura organizacional determinadas pautas (regladas o no) para no incurrir en riesgos que afecten la marcha del negocio, y con ello el logro de sus objetivos.³¹

La idea de elaborar matrices de riesgo antilavado como parte de un *AML Compliance* es poder disminuir de forma aceptable tales riesgos empresariales o profesionales. Esto implica una metodología de *identificación, medición, control y monitoreo* del riesgo (*risk assessment*). De inicio, es preciso identificar cuáles son los riesgos potenciales que implica la venta de un producto o la prestación de un servicio dentro del mercado; esto no se relaciona únicamente con lo concerniente a la venta sino, también, al estudio de los canales de distribución, de los clientes y de los proveedores. Una vez verificado lo anterior, conviene realizar una medición cualitativa y cuantitativa de ese riesgo y su impacto en

el caso de producirse. Posteriormente, deben adoptarse medidas precisas de mitigación de riesgos e indicar quiénes son los responsables de aplicarlas. Aquí se ubican medidas importantes, por ejemplo, el adecuado conocimiento del cliente y la adopción de medidas de debida diligencia intensificada cuando sea requerido. Por último, resulta importante la supervisión periódica del modelo a fin de ajustarlo conforme las nuevas exigencias que impone la realidad.

La elaboración de una matriz de gestión de riesgo, cuyo proceso de diseño debe quedar debidamente documentado, tiene dos ventajas importantes: la primera es que permite identificar y corregir vulnerabilidades que pueda presentar el modelo de prevención;³² y en segundo lugar, delimita competencias de contención de riesgos por parte de todos los implicados en el proceso interno, lo cual puede tener ventajas indudables para la determinación de ulteriores responsabilidades (sea en materia sancionatoria administrativa y hasta penales). Todo esto debe ser plasmado en el programa de cumplimiento normativo.

³⁰ Cfr. Sintura F./Martínez W./Quintana F., *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, 2a Edición, Editorial Legis, Colombia, 2014, Págs. 81-82.

³¹ Vid. Arbulú Ramírez, J., *Gestión del Riesgo*, Edit. Justitia, Lima, 2018, Pág. 21.

³² La nota interpretativa 8 de la Recomendación Internacional 1, es clara en señalar: “[d]ebe exigirse a las instituciones financieras y las APNFD que tomen medidas apropiadas para identificar y evaluar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (para los clientes, países o áreas geográficas; y productos, servicios, transacciones o canales de envío). Estas deben documentar esas evaluaciones para poder demostrar sus bases, mantener estas evaluaciones actualizadas, y contar con los mecanismos apropiados para suministrar información acerca de la evaluación del riesgo a las autoridades competentes y los organismos autoreguladores (OAR)”.

3.3 La implementación de un programa de cumplimiento normativo

Los principios que deben regir la actividad de una empresa socialmente responsable deben encontrar su reflejo en un documento descriptivo, que es el programa de cumplimiento.³³ De acuerdo con Víctor Manuel Gómez Martín, estos programas deben respetar siete principios básicos: (a) el de separación de funciones de poder en el seno de la entidad; (b) documentación y verificabilidad; (c) principio de congruencia y coherencia de las operaciones; (d) transparencia en la gestión empresarial; (e) independencia e imparcialidad de los órganos de control; (f) cumplimiento o explicación y, por último, (g) el de confidencialidad.³⁴

Desde la perspectiva internacional, la Convención de Mérida estipula en su art. 14.1 letra a) que debe establecerse un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero.

El contenido del referido programa de cumplimiento está claramente detallado tanto en la Recomendación Internacional 18 del GAFI como en el art. 16 del Reglamento CICAD-OEA. Pero, de forma específica, en

la nota interpretativa a la Recomendación Internacional 18, que enumera los siguientes contenidos: (a) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos, incluyendo acuerdos apropiados de manejo del cumplimiento y procedimientos adecuados de inspección para asegurar elevados estándares a la hora de contratar a los empleados; (b) un programa continuo de capacitación a los empleados; y (c) una función de auditoría independiente para comprobar el sistema.

Más allá de estos documentos, el Reglamento CICAD-OEA –en su artículo 16– es enfático en señalar la obligación de las instituciones financieras de tener programas de cumplimiento obligatorio, esto es, normas, procedimientos y controles internos.³⁵ Tales programas –como mínimo– deberán incluir: (a) el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo; (b) programas permanentes de capacitación del personal; y (c) mecanismos

33 Cfr. Gómez Martín, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, en: Khulen L./Montiel J./Urbina, I, *Compliance y teoría del Derecho penal*, citado, Pág. 128.

34 *Ibid*, Pág. 128.

35 En términos similares, el art. 46 de la Directiva (UE) 2015/849 de 20 de mayo de 2015, establece la necesidad de que las instituciones obligadas adopten medidas proporcionadas a sus riesgos, naturaleza y tamaño, para que sus empleados tengan conocimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva, incluidos los requisitos pertinentes en materia de protección de datos. Sostiene además que esas medidas “incluirán la participación de los empleados correspondientes en cursos especiales de formación permanente para ayudarles a detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y enseñarles la manera de proceder en tales casos”.

de auditorías acordes para prevenir y detectar el lavado de activos.

Es preciso señalar que los programas de cumplimiento normativo suponen un paso más en la necesaria proactividad que en esta materia deben tener los sujetos obligados conforme a la estrategia político-criminal de la autorregulación regulada. Por ello, tienen razón Fabián Balcarce y Rafael Berruezo cuando afirman que estos programas constituyen un plan de ejecución cuyo norte es satisfacer los requisitos legales relacionados a las regulaciones contravencionales y penales en cumplimiento con la normativa penal nacional o internacional (adoptada por el Estado).³⁶

3.4 La debida diligencia en el conocimiento del cliente, de los proveedores y de los empleados

En la declaración de principios emitida por el Comité de Basilea en 1988, se afirmó como principio fundamental que las entidades bancarias deben llevar a cabo un razonable esfuerzo por averiguar y comprobar la verdadera identidad de todos los clientes que requieran sus servicios. Al efecto, se sostuvo que las referidas instituciones “deberán instituir eficaces procedimientos para obtener la identificación de los nuevos clientes [y] seguir de modo explícito la política de no dar curso a operaciones relevantes con clientes que no comprueben su propia identidad”.

Por su parte, el art. 11 del Reglamento CI-CAD-OEA establece que:

Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos de identidad tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimientos, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, además de los documentos que acrediten fehacientemente su existencia legal y las facultades de sus representantes o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, desde el inicio y durante las relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

En este sentido, conviene tener presente lo preceptuado en la Recomendación Internacional 10 del GAFI cuando señala como medidas de debida diligencia las siguientes: (a) identificar al cliente y verificar su identidad utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes; (b) identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final; (c) entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial; y, (d) realizar una debida diligencia continua de la relación comercial examinando las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transac-

³⁶ Cfr. Balcarce F./Berruezo R., *Criminal compliance y personas jurídicas*, Edit. B de F, Montevideo, 2016, Pág. 161.

ciones realizadas sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y perfil patrimonial, incluyendo información sobre el origen de los fondos.

Por otra parte, la debida diligencia también se impone en el caso de los empleados (*Know your employee*), lo cual se encuentra afirmado en el art. 16 letra a) del Reglamento CICAD-OEA, cuando requiere de las entidades financieras el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales de los mismos.

3.5 El deber de informar y colaborar con las autoridades competentes

Se trata de uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el sistema preventivo antilavado y tiene como base el deber de reporte de las *operaciones sospechosas* por parte de los sujetos obligados a la unidad de inteligencia financiera. Sin embargo, este deber se amplía con referencia a cualquier requerimiento de información que se relacione con la persecución de los delitos en análisis. Esto se destaca claramente en lo preceptuado por los arts. 7 núm. 1º, letra a) de la Convención de Palermo y 14 núm. 1 letra a) de la Convención de Mérida. Al efecto, la Recomendación Internacional 20 de GAFI establece que:

Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera.

Al respecto, se nos recuerda que existen dos sistemas para cumplir con esta obligación: el primero es el reporte automático de operaciones económicas que superen determinado umbral monetario o que responda a determinadas características (operaciones reguladas); y el segundo, que implica reportes selectivos. En este último caso, existe un previo análisis técnico por parte de una dependencia o persona en representación del sujeto obligado.

El tema también se relaciona con la distinción entre actividades *inusuales* o *sospechosas*. Las primeras son aquellas que no guardan relación o salen del giro normal de actividad económica del cliente, en comparación a las que suelen acontecer en dicho sector económico, en otros términos, no tienen una explicación económica razonable que las justifique.³⁷ Las segundas son aquellas que, además de ser inusuales, generan motivos para pensar que son constitutivas de una actividad de lavado de activos o de financiación del terrorismo. Estas últimas requieren un análisis de naturaleza integral, y donde se requerirá un mayor nivel de información. En especial, una evaluación total del contexto en que se producen.

Para su detección, es importante tener en cuenta las diferentes *señales de alerta* que han sido fruto de la experiencia criminoló-

37 Reglamento CICAD-OEA proporciona, en su art. 14.1, la siguiente caracterización: “[l]as instituciones financieras prestarán especial atención a todas las transacciones efectuadas o no, complejas, insólitas, significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico legal evidente”.

gica y criminalística en la investigación del reciclaje de activos de origen delictivo. Al efecto, Víctor Prado Saldarriaga enumera como señales más comunes: (a) que la actividad del cliente no sea congruente con sus negocios habituales; (b) que se aprecien características inusuales en las actividades realizadas; (c) intentos de incumplir con los requisitos de información o evadir el diligenciamiento de los formatos de registro y control; (d) actividades inusuales o irregulares en las transferencias de fondos; (e) que el cliente proporcione información insuficiente, falsa o sospechosa; y (f) cuando el comportamiento funcional o personal de los empleados y funcionarios deviene en inusual con relación a su nivel operativo o evidencien mejoras económicas repentinas y no justificadas.³⁸

Un dato que tener presente en este tema es, que las señales de alerta pueden variar en cada sector de la economía o en lo que respecta a ciertas actividades profesionales; en consecuencia, no es viable extrapolarlas de un área a otra. Este es un dato que debe tenerse en cuenta en la elaboración de la matriz de riesgo por parte del sujeto obligado.

3.6 El deber de confidencialidad y protección de los informantes

Se trata de uno de los deberes más importantes para lograr la eficacia en el combate del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Consiste en no revelar a determinado cliente o usuario que sus actividades

económicas están siendo investigadas por las autoridades competentes, quienes previamente se le ha transmitido información concerniente a su persona.

Esta prohibición es desarrollada de forma enfática en el art. 14. 3 del Reglamento CICAD-OEA que estipula: “[l]as instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales, el hecho que una información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente”. En igual forma, la Recomendación GAFI número 17 en su letra b) indica que las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben tener prohibido por ley revelar el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa o información relacionada.³⁹

Para garantizar que ello no implique ulteriores problemas legales a los integrantes de las instituciones obligadas, la Recomendación Internacional 21 del GAFI, determina que debe existir una regulación que los proteja si estos reportan –de buena fe– sus sospechas a la UIF, aun cuando no conocieren

³⁸ Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor: *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Págs. 184-186.

³⁹ Al respecto, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, estableció en su artículo 28 como “prohibición de revelación”: “[l]as entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva, así como sus directivos y empleados, no relevarán al cliente de que se trate ni a terceros que se ha transmitido información de conformidad con los artículos 22 y 23 ni que está realizándose o puede realizarse una investigación sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”. Dicha norma se reitera en el art. 39 de la Directiva (UE) 2015/849 de 20 de mayo de 2015.

precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no.

Como vemos, nos encontramos ante una variante de la figura norteamericana del *Whistleblower*. Al respecto, Mateo Bermejo nos recuerda que el origen del término hace relación cuando los policías tocaban el silbato para avisar a otros agentes de la presencia de un delincuente. Por ello, su significado literal es “el que hace sonar el silbato”, pero en el contexto del lavado de activos, puede traducirse como el “informante de irregularidades”.⁴⁰

Dentro del tópico en estudio, y siguiendo las puntualizaciones del referido jurista argentino, puede distinguirse entre el *sujeto obligado/whistleblower* –que tiene la obligación de reportar las irregularidades cometidas por sus clientes o empleados que intentan utilizar la actividad profesional o empresarial de aquel para blanquear capitales– y el *empleado/whistleblower* –quien es el directivo o empleado que actúa como denunciante o informante de las irregularidades cometidas por la propia empresa–. En ambos casos, se tiene en común la función social de proveer información incriminatoria a aquellos que pueden tomar medidas adecuadas para evitar la consumación de ese hecho o para sancionarlo, y de esa manera disuadir a futuros infractores de cometer hechos similares.⁴¹ Por tales características, cierto doctrinante distingue a estos de los denominados “soplones” quienes generalmente buscan favores por parte de la justicia

o algún emolumento económico por la información que brindan.⁴²

3.7 Un sistema adecuado de documentación y registro

De acuerdo con la Recomendación Internacional 11, las instituciones financieras deben conservar los registros de las transacciones por un período de al menos cinco años, con la finalidad de reconstruir operaciones financieras relacionadas con una actividad. Dicha información debe estar debidamente clasificada para responder de manera rápida a cualquier requerimiento de información que pueda ser solicitada por las autoridades competentes. En similar sentido, el Reglamento CICAD-OEA establece en su artículo 11.5 que deben mantenerse los registros de identidad de sus clientes, archivos de cuentas y correspondencia comercial según lo determine la actividad competente, por lo menos durante cinco años después de que la cuenta haya sido cerrada.

Dentro de esa información a resguardar, conforme las directrices internacionales, se encuentran los documentos obtenidos mediante la práctica de la debida diligencia al cliente, tales como: (a) copias o registros de documentación oficial de identificación, pasaportes, tarjetas de identidad, licencias de conducción o documentos similares; (b) expedientes de cuentas y correspondencia comercial, incluyendo los resultados de los análisis resultantes, por ejemplo, de los prac-

⁴⁰ Cfr. Bermejo, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, Pág. 249.

⁴¹ Cfr. *Ibíd.*, Pág. 251.

⁴² Distinción que sostiene: De la Torre Lascano, C., *Lavado de activos: un estudio sobre la prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Pág. 194.

ticados para establecer los antecedentes y el propósito de transacciones complejas o inusualmente grandes.

El jurista español Isidoro Blanco Cordero señala que en las normativas internas cuando se incorpora esta prescripción internacional, si bien se establece un mínimo de tiempo que debe durar el resguardo, no mencionan un tiempo máximo, lo cual provoca inseguridad jurídica.⁴³ Esto puede repercutir en la capacidad de almacenamiento físico o informático de todos estos registros. Como muy bien lo señala el referido especialista en la materia:

Los problemas de almacenamiento y custodia de esta documentación, especialmente si se contiene en soporte físico, pueden ser importantes. Pero también si se trata de soportes digitales por el espacio virtual que ocupa la información, por la obsolescencia del *hardware* y el *software* y por el mantenimiento de la confidencialidad de la información frente a los ataques de los *hackers* y ladrones de documentos.⁴⁴

Se reitera que la implementación de un sistema de documentación y registro de información, conforme lo establecen los documentos relacionados, es exclusivamente para contribuir en las investigaciones por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo y cualquier delito antecedente del primero. Tal exigencia debe ser realizada por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello. No obstante, el Conve-

nio Centroamericano habilita que esta información sea utilizada además en procesos civiles o administrativos.⁴⁵ Preceptos como este, obligan a efectuar una interpretación bastante restrictiva de los alcances de este tipo de disposiciones.

3.8 La designación de un responsable de cumplimiento (*Compliance officer*)

Acorde con la idea de la implementación de un *AML Compliance*, aparece la idea de un órgano dentro de la empresa que lo ejecute, y es así que aparece la figura del responsable de cumplimiento (*Chief Compliance Officer*). El art. 16.3 del Reglamento CICAD-OEA establece: “[l]as instituciones financieras deberán asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas”. Y más adelante agrega: “[d]ichos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes”. Por su parte,

43 Cfr. Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª Edición, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, Págs. 247-248.

44 *Ibid.*

45 Art. 12 del Convenio Centroamericano establece: “[l]as entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, a que se refiere el Artículo 10 de este Convenio, deberán cumplir, pronto y dentro del plazo que se determine, las solicitudes de información que les dirijan las autoridades competentes respecto de la información y documentación citadas en el Artículo anterior. Estos datos serán utilizados en investigaciones criminales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con delitos de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, o con violaciones de lo dispuesto en este Convenio”.

la nota interpretativa de la Recomendación Internacional 18 de GAFI establece que los “arreglos sobre el manejo de cumplimiento deben incluir la designación de un oficial de cumplimiento a nivel administrativo”.

Estamos ante una suerte de delegación de los órganos superiores de la empresa a un profesional que se encargará de la gestión del programa de cumplimiento. Tal función, como sostiene el jurista español Jesús María Silva Sánchez, no es solo vigilancia —aunque esto es esencial— sino también lo relativo a la formación del personal y la contribución a la creación de una cultura de respeto por el derecho y la ética en los empleados de la empresa.⁴⁶ Ahora bien, su función se circunscribe a la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento así como en la obtención de información y su transmisión a sus superiores, a fin de que se corrijan conductas defectuosas o estados de cosas peligrosos constatados.⁴⁷

Esto implica, como lo pone de manifiesto Ricardo Robles Planas, las siguientes funciones: (a) el diseño de un programa de cumplimiento que debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa; (b) la implementación del programa, esto es, su efectiva materialización; y (c) el control y seguimiento de las normas derivadas del programa, identificando las posibles infracciones e informando a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas.⁴⁸ A

lo anterior habría que agregar en el específico ámbito del blanqueo de capitales: (d) la captación de información y análisis de todas aquellas transacciones que podrían considerarse inusuales, además del reporte de las que se consideran sospechosas.

Actualmente, se discute muchísimo acerca de cuál es el fundamento de esta delegación del consejo de la alta dirección de la empresa al *Compliance officer*. En síntesis, podemos afirmar que constituye un deber del empresario el evitar que su actividad pueda generar perjuicios a su misma empresa (*ad intra*) como a quienes se encuentran en el exterior, es decir, los clientes, proveedores, acreedores, consumidores, etc. (*ad extra*). En otras palabras, el empresario debe establecer mecanismos organizativos que minimicen los riesgos de lesión de bienes jurídicos, y para ello debe procurarse de la información necesaria para evitarlos.⁴⁹

Estos deberes de control y vigilancia inherentes a la alta dirección de la empresa pueden ser delegados a una persona que ostente la preparación adecuada para llevar a cabo tal misión, esto es, informar al cuerpo directivo respecto del programa de cumplimiento implementado y cómo las diversas unidades organizativas responden a su implementación. Ahora bien, dicho nombramiento no implica necesariamente un desprendimiento de los deberes de supervisión inherentes a la alta dirección, más bien, su transformación;

⁴⁶ Cfr. Silva Sánchez, J., *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*, art. cit. Pág. 243-244.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Cfr. Robles Planas, R. “El responsable de cumplimiento (*‘Compliance officer’*)” ante el derecho penal”, en: Silva Sánchez, J./Monta-

ner Fernández, R., *Criminalidad de empresa y compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Pág. 324-325.

⁴⁹ Sobre este punto: *Vid.* Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 131.

pues siempre existirá un deber de vigilancia respecto de lo que realice el *Compliance officer* como de cualquier otro subalterno que muestre indicios de un comportamiento ilícito dentro de la organización.⁵⁰ Es así que el órgano de dirección se convierte en un garante mediato de la empresa y se evita que intente derivar su responsabilidad hacia otros, generalmente, a sus subalternos (*risk shifting*).

Por otra parte, los límites de la responsabilidad penal del *Compliance officer* se restringen a lo que contractual y voluntariamente haya asumido en cuanto a la gestión de riesgos. No es deber del responsable de cumplimiento impedir todos los delitos que se cometan desde la empresa, sino solo aquellos que dentro de su ámbito de competencia se encuentre obligado a evitar. Debemos reconocer que esa capacidad de impedir delitos es muy limitada, sobre todo cuando la decisión criminal provenga de la alta dirección o de otra unidad organizativa.

Lo anterior no obsta a que el *Compliance officer* pueda responder criminalmente cuando contribuye en ciertos esquemas delictivos (*v. gr.* no reportando dolosamente una operación sospechosa lo cual permite que dinero sucio entre a la entidad financiera), en tal sentido, por su carácter de garante responderán en comisión por omisión. Esto lo puede convertir en un coautor o partícipe necesario dependiendo de la entidad del aporte en la trama criminal conforme el caso concreto.⁵¹ Por otro lado,

la negligencia respecto a la supervisión de lo que se realiza en primera línea de una institución financiera (*v. gr.* ejecutivos que no verifican la debida diligencia en nuevos clientes) puede significar una contribución antijurídica que entre en los linderos de la responsabilidad penal, traducible en ámbitos de imprudencia grave y hasta de dolo eventual. Es necesario agregar la posibilidad de una autoría mediata por parte del *Compliance officer* respecto de la alta dirección cuando no se le aporta a este último la información correcta que le permita tomar las medidas adecuadas para la neutralización de determinados riesgos que desembocan en la comisión de un delito de blanqueo de capitales.⁵²

Por último, y siguiendo a Jacobo Dopico Gómez-Aller, no existe un deber de denunciar hechos delictivos a las autoridades públicas por parte del responsable de cumplimiento. Pues su deber es con relación a la empresa y es ante ella que ha decidido asumirlos.⁵³ En

cho, con independencia de si el aporte consiste en una acción o en una omisión, o si se realiza durante la ejecución o la fase previa. Sin embargo, teniendo en cuenta que el comportamiento con relevancia jurídica consiste en la prevención de riesgos delictivos, la mayor parte de sus aportaciones tendrá la forma de omisión. *Vid. La intervención delictiva del compliance officer*, art. cit., Pág. 199.

52 Sobre esta posibilidad: *Vid. Silva Sánchez, J., Fundamentos del derecho penal de la empresa*, citado, Págs. 194-195.

53 *Cfr. Dopico Gómez-Aller, J., "Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica", en: Arroyo, L./Nieter, M., El Derecho penal económico en la Era Compliance*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 213, Pág. 184.

50 *Cfr. Silva Sánchez, J., Deberes de vigilancia y Compliance empresarial*, art. cit. Págs. 243-244.

51 Como señalan acertadamente Bermejo M./Palermo O., el *Compliance officer* puede ser tanto autor o partícipe del delito no evitado según el poder que tenga para configurar lo principal o lo meramente accesorio del he-

consecuencia, estamos en presencia de un deber jurídico netamente empresarial. Afirmar la existencia de genéricas obligaciones de colaboración no es suficiente para admitir que puede tener una responsabilidad penal en estos casos.⁵⁴

54 Sobre este punto, Sousa Mendes, sostiene: “[l]a posibilidad de atribución de responsabilidad penal no debe hacer olvidar que los oficiales de cumplimiento no forman parte de la estructura operativa de las empresas y que, por eso mismo, dependen de la información que les es transmitida por los departamentos operativos. Su capacidad de interferencia en las operaciones de las empresas es indirecta y depende en gran medida de la confianza que les sea otorgada por todos los colaboradores. Por su parte, tal confianza solo se mantendrá incólume si los oficiales de cumplimiento no son vistos como elementos extraños al ambiente empresarial, sino como agentes de buenas prácticas. De ahí se debería derivar que reportasen internamente (al órgano de administración) las anomalías y fallos de conformidad, a fin de que sean corregidas, pudiendo esto implicar, según los casos, la imposición de sanciones internas a los colaboradores que las cometieron. Por eso, sorprende que algunos ordenamientos jurídicos nacionales impongan a los oficiales de cumplimiento deberes de denuncia a las autoridades públicas competentes de los ilícitos que ellos mismos detecten en las empresas. Aquello que se pueda ganar con la denuncia de un solo ilícito ante la justicia, de nada valdría frente a todo el capital de confianza derrochado en un instante, comprometiéndose así, para el futuro, el éxito de las funciones de conformidad”. *Vid. Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado, Pág. 16.

3.9 Los controles de auditoría

Los programas de cumplimiento deben ser implementados, auditados, y si así lo requiere la normativa interna, también certificados. De acuerdo con ello, el art. 16 del Reglamento CICAD-OEA, estipula que los *AML Compliance* cuenten con mecanismos de auditoría acorde con las normas para prevenir y detectar el lavado de activos. Esta es una manera de verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos relacionados al lavado de activos y a la financiación del terrorismo.

Dicha auditoría podrá encomendarse a una firma externa registrada o a un auditor interno, pero debe asegurarse su independencia en el ejercicio de sus funciones profesionales y solo deberá informar a la junta de directores o a un comité de esta el resultado de su actividad.

En similar sentido se entiende el art. 16 letra C del Convenio Centroamericano cuando establece que los programas de cumplimiento normativo incluirán como mínimo, un “mecanismo de auditoría independiente para verificar el cumplimiento de los programas”.

Tales estipulaciones ponen el acento en una segunda línea de defensa, más allá de los controles internos inherentes a la actividad empresarial que se constituyen en la primera barrera de contención. En esta segunda línea de defensa, es donde los profesionales de la contabilidad y la auditoría se constituyen en una suerte de *gatekeepers* con clara referencia a la prevención y reporte de hechos delictivos.⁵⁵ Adicionalmente, po-

55 *Vid. Nieto Martín, A., Americanización o europeización del derecho penal económico*, citado,

demos encontrar la tercera línea de defensa cuyos actos son los órganos de supervisión de las entidades reguladas.

Ahora bien, la función esencial de los sistemas de auditoría en esta materia es revisar la calidad de los sistemas de cumplimiento y contribuir a asentar la cultura de la revisión externa de las empresas,⁵⁶ sin dejar de lado que poco a poco se va asentando a nivel internacional la idea de que ostenten una función cuasi policial de descubrir las irregularidades que puedan advertir dentro de las empresa y las reporten a las autoridades correspondientes, por ejemplo, las que encuentren en los balances financieros.⁵⁷

Este proceso de revisión implica generalmente la observancia de ciertos estándares de calidad globalmente consensuados como lo constituyen los sistemas elaborados por la Organización Internacional de Normalización, dentro de los cuales se encuentra la ISO 37001 (cuya utilidad va más allá de ser un sistema de gestión antisoborno);⁵⁸ la ISO 37301 (que no es más que la superación de la importante ISO 19600⁵⁹) y la UNE 19601⁶⁰ (aun-

que no sea una norma certificable establece oportunas reglas técnicas sobre el *Criminal compliance*).⁶¹ De ahí que, como postula cierto sector doctrinario, la inobservancia de estas normas es un indicio de la ineficacia del programa de cumplimiento.⁶²

4. Conclusiones

Desde los años noventa del siglo pasado, nos encontramos ante un incesante proceso de expansión del fenómeno de la represión y prevención del blanqueo de capitales,⁶³ el

Compliance Penal.

Págs. 128-129.

56 Vid. Nieto Martín, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en: A.A.V.V., *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, *Anuario de Derecho penal*, 2013-2014, Pág. 177.

57 Cfr. Nieto Martín, A. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Revista de Política Criminal*, n° 5, 2008, Pág. 8.

58 UNE-ISO 37001 (2017): Sistemas de Gestión Antisoborno.

59 UNE-ISO 19600 (2015): Sistemas de Gestión de *Compliance*.

60 UNE-ISO 19601 (2017): Sistemas de Gestión de

61 No podemos negar que en el universo ISO podemos hacer referencia a otros estándares de calidad, tales como: la UNE 19602 (Sistemas de Gestión de *Compliance* Tributario); ISO 31022 (Directrices para la Gestión de Riesgos Legales) e ISO 37002 (Sistemas de Gestión de la Denuncia de Irregularidades), entre las más importantes. Sin embargo, debe recordarse su naturaleza jurídica de *soft law*, por ende, tales directrices no tienen un carácter vinculante como un precepto legal. Sin embargo, aportan ciertas concreciones en cuanto al cuidado debido para el establecimiento de riesgos jurídicamente no permitidos en materia empresarial, lo cual permite fijar de mejor manera –por ejemplo– los ámbitos de la imprudencia punible.

62 Cfr. Nieto Martín, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación*, citado, *passim*.

63 Sobre el proceso expansivo, Vid. Abel Souto, “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, Los Estados Unidos, México y Perú”, en: Guzmán Díaz, C./Carrión Díaz, J., *El delito de lava-*

cual se está convirtiendo en un delito “como-dín” (*Ersatz-Delikte*) bajo el razonamiento que su aplicación permitirá despojar a todo criminal de las ganancias obtenidas por cualquier delito antecedente sea cual sea su naturaleza. Ese proceso expansivo no solo ha consistido en facilitar su persecución y castigo penal, sino también, en requerir de los particulares –y en especial a las empresas– que colaboren en sostener la vigencia de la norma. Este es el recorrido que se aprecia tanto en las convenciones de las ONU, como en la diversa normativa internacional y regional como lo son las 40 Recomendaciones Internacionales del GAFI, las directivas europeas, el Reglamento Modelo CICAD-OEA o el convenio centroamericano.

Así, merced del desarrollo histórico del *corporate crime* norteamericano, junto con las prescripciones internacionales, estamos en presencia de un progresivo acrecentamiento de las obligaciones a personas naturales y jurídicas. Ellas empezaron con el deber de reporte de operaciones sospechosas acerca de una probable actividad de blanqueo hasta el establecimiento de programas de cumplimiento normativo a fin de evitar que las empresas se convirtieran en instrumentos de operaciones con dinero maculado. De igual manera, ciertos profesionales pasaron de convertirse de *whistleblowers* a una suerte de *gatekeepers* con la consiguiente obligación de evitar contribuir con las actividades de los “lavadores” so pena de ser sancionados administrativa, y hasta penalmente (abogados, notarios, contadores y auditores). El círculo se cierra mediante el control administrativo que realizan

entes regulatorios que ostentan amplias potestades sancionatorias.

En la dimensión preventiva, la autorregulación empresarial ha sido complementada con un modelo de supervisión pública, generando una suerte de corregulación entre particulares y el Estado. Fenómeno conocido como “autorregulación regulada”. Es así que actualmente es una exigencia ineludible para los actores de diversas actividades económicas la creación, implementación y mantenimiento de un programa de cumplimiento normativo dentro de su organización empresarial.

Dentro de estos programas los que más sobresalen son los relativos a la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, los cuales, si bien se alimentan de los diversos componentes derivados de la experiencia norteamericana y de estándares técnicos internacionales, tienen sus propias peculiaridades. En esencia responden a cinco líneas fundamentales: evaluación, control y monitoreo de riesgos; la práctica de la debida diligencia en las relaciones comerciales; documentación y registro de transacciones y usuarios; los reportes de operaciones sospechosas a la unidad de inteligencia financiera; y la confidencialidad de toda información remitida. A ellos podemos agregar algunos otros elementos tales como los códigos de conducta, la elaboración de manuales del cumplimiento, la capacitación del personal, los canales de denuncias y la protección de los *whistleblowers*, entre otros.

Sin duda, al ser un tema que suele estar relacionado con la responsabilidad penal (o administrativa) de la persona jurídica, obviamente que su puesta en marcha algún efecto debe tener en los ojos de la justicia. Discusión que se bifurca en una proyección colectiva (responsabilidad del ente societario), pero también individual (responsabilidad de las

do de activos, Edit. Ibañez, 2019, Bogotá, Págs. 49-132.

personas físicas integradas en la estructura). A tales efectos, muchas legislaciones regulan que su implementación puede tener efectos atenuadores o hasta eximentes en lo concerniente a la aplicación de sanciones. Sobresale como pionero de lo anterior el art. 6.1. del decreto legislativo italiano n° 231 de 8 de junio de 2001, que regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

Tal tendencia se advierte en la reforma efectuada al Código Penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010 que introdujo el art. 31 bis dentro de su contenido. Precepto modificado mediante la Ley Orgánica 1/2015, que en su redacción hace clara referencia al *criminal compliance* como una eximente de responsabilidad siempre y cuando sean idóneos para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En América Latina, resalta la ley chilena sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica —Ley 20393 de 2 de diciembre de 2009— que establece su imputación “... siempre y que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”. Entendido esto como la adopción e implementación de un modelo “de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”. De igual forma conviene mencionar la ley peruana sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal —Ley 30424—, que en su artículo 12 establece como eximente si el ente societario adopta e implementa en su organización —con anterioridad a la comisión del delito— un modelo de prevención idóneo para reducir significativamente el riesgo de comisión.⁶⁴ Sus requisitos aparecen estable-

cidos en el art. 17 del referido cuerpo legal. En la misma sintonía se encuentra la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica de Argentina —Ley 27401— que regula en su art. 9, una eximente penal y administrativa, en los casos de haberse implementado un sistema de control y supervisión con anterioridad al proceso penal que hubiera dificultado la comisión del delito.

Una regulación distinta nos ofrece el art. 11-bis del Código Penal Federal mexicano —adicionado el 17 de junio de 2016—, que estipula una atenuación hasta de una cuarta parte de la sanción si, con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva.

Quedan por discutir complejos problemas sobre cuál es su relevancia dentro del injusto relacionado con las personas jurídicas (un elemento negativo relacionado con el riesgo permitido) o la culpabilidad (defecto de organización). En lo relativo a su prueba en el proceso penal (quién debe ser sujeto procesal indicado para su alegación y prueba), la introducción del principio de oportunidad en cuanto a las facultades del fiscal para dispensar el ejercicio de la acción

⁶⁴ Conforme la reforma legislativa efectuada

el 12 de mayo de 2023 por el congreso peruano, tal eximente no será aplicable cuando “el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica, en este caso, el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento”.

penal contra una persona jurídica que decida implementar o rectificar su programa de cumplimiento y cuál es el estándar probatorio adecuado para valorarlo.⁶⁵ Por último, en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, queda la interrogante de si su puesta en marcha puede tener algún efecto de suspender o condicionar la aplicación de la sanción a imponer o la compatibilidad de esta responsabilidad con la extinción o pérdida de dominio ya adoptada por varios países en América Latina.

Lo que sí está claro es que tenemos *criminal compliance*, en la ciencia penal, para rato.

⁶⁵ Interesante lo que establece el art. 12 de la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas de Costa Rica –Ley 9699– acerca del objeto de prueba en este tipo de procesos penales: “(i) se demostrará que el órgano de administración ha adoptado e implementado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos de la misma naturaleza o para reducir, de forma significativa, el riesgo de su comisión. (ii) Se verificará que el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Y (iii) se acreditará que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere el subinciso anterior de este apartado”.

5. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Publicación de la Universidad Santiago de Compostela, España, 2002.
- “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, México y Perú”, en: GUZMÁN DÍAZ C./CARRIÓN DÍAZ, *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*, Edit. Ibañez, Bogotá, 2019.
- ARBULÚ RAMÍREZ, J., *Gestión del Riesgo*, Edit. Justitia, Lima, 2018.
- BALCARCE F./BERRUEZO R., *Criminal compliance y personas jurídicas*, Edit. B de F., Montevideo, 2016.
- BERMEJO, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- BERMEJO, M./PALERMO, O., “La intervención delictiva del *Compliance officer*”, en: KHULEN/MONTIEL/URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4^o Edición, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- CARRIÓN CENTENO, A., *Criminal compliance*. Edit. Thomson Reuters, Lima, 2014.
- COCA VILA, I., “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en: SILVA SÁNCHEZ, J./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013.
- DE LA TORRE LASCANO, C., *Lavado de activos: estudio sobre la prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en: *Po-*

- lítica criminal y Derecho penal*, 2º Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica”, en: ARROYO, L./ NIETO, A., *El Derecho penal en la era del Compliance*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FABIÁN CAPARROS, E., “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de su respuesta”, en: A.A.V.V., *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial*, OEA, Washington, D.C., 2014.
- GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, 2º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, en: KHULEN L./MONTIEL J./URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- JAKOBS, G., “Criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en: *Estudios de Derecho penal*, Edit. Civitas, 1º Edición, Madrid, 1997.
- NAVAS MONDACA, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en: SILVA SÁNCHEZ J./MONTANER FERNÁNDEZ R., *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013.
- NIETO MARTÍN, A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, nº 19, 2007.
- “El programa político-criminal del *corporate government*”, en: BAIGUN D./GARCÍA RIVAS N., *Delincuencia económica y corrupción*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006.
- “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en: A.A.V.V., *Temas de Derecho penal económico: empresa y Compliance*, *Anuario de Derecho penal*, 2013-2014.
- “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Revista de Política Criminal*, nº 5, 2008.
- PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019.
- ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal”, en: *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atrelier, Barcelona, 2013.
- RODRÍGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M., *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J., “Expansión del derecho penal y el blanqueo de capitales”, en: ABEL SOUTO M./SÁNCHEZ STEWART N., *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016.
- SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.
- SINTURA, F./MARTINEZ, W./QUINTANA, F., *Sistemas de prevención del lavado de activo y de financiación del terrorismo*, 2º edición, Edit. Legis, 2014.
- SOUSA MENDES, P., *Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad de las personas jurídicas*, conferencia dictada en la Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 2021.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Sentencias Guidelines Manual*, USA, 1993.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

- WINTER ETCHEBERRY, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en: AMBOS K./CARO CORIA, D./MALARINO, E., *Lavado de activos y compliance*, Edit. Jurista Editores, 1º Edición, Lima, 2015.
- ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.

El testigo protegido en el contexto del crimen organizado. Fases de protección e implicaciones procesales y afectación a la dignidad humana

• Edwin Retana Carrera •

Profesor-mentor de derecho de la Universidad
Internacional de las Américas
Costa Rica

Resumen: El testigo protegido constituye una figura procesal de carácter probatorio que la policía y el Ministerio Público pueden tener a su disposición cuando las circunstancias de un caso, dentro del contexto de criminalidad organizada así sea requerido, en especial cuando las posibilidades de conocer la estructura interna del grupo criminal, así como toda su actividad criminal no tenga otra opción y, se facilite la identificación de sus autores y la recopilación de la prueba útil y pertinente sobre la actividad y estructura funciona de la organización.

Desde esta perspectiva, el Estado debe asegurarle al testigo protegido y a su vínculo familiar más cercano, su integridad física y la vida, que podrían estar expuestos al riesgo de muerte por la colaboración que brinda el testigo. Esta investigación contempla las diversas fases de protección del testigo y que, ante un pronunciamiento de carácter cons-

Abstract: The protected witness is a procedural figure of an evidentiary nature that the police and the Public Prosecutor's Office may have at their disposal when the circumstances of a case, within the context of organized crime, so require, especially when the possibilities of knowing the internal structure of the criminal group, as well as all its criminal activity, have no other option and the identification of the perpetrators and the collection of evidence is facilitated useful and relevant to the activity and structure of the organization.

From this perspective, the State must ensure the physical integrity and life of the protected witness and his or her closest family members, who could be exposed to the risk of death due to the witness's collaboration. This investigation contemplates the various phases of witness protection and that, in view of a constitutional pronouncement

titucional de la Sala Constitucional de Costa Rica, debe mantenerse dicha protección únicamente hasta la etapa intermedia del proceso y no, en la de juicio; lo cual atenta contra la seguridad física del testigo, causando coincidentemente una total desmotivación para quien desee colaborar con la administración de justicia.

La figura del testigo protegido es analizada desde un punto de vista normativo procesal, jurisprudencial, doctrinario y convencional, en el cual se relaciona con el principio de dignidad humana y el principio de defensa.

Palabras clave: testigo protegido, medidas de protección procesal, crimen organizado, anticipo jurisdiccional de prueba, sala constitucional, convención interamericana de derechos humanos.

of the Constitutional Chamber of Costa Rica, such protection should be maintained only until the intermediate stage of the process and not at the trial stage, which threatens the physical safety of the witness, coincidentally causing a total lack of motivation for those who wish to collaborate with the administration of justice.

The figure of the protected witness is analyzed from a procedural, jurisprudential, doctrinal and conventional normative point of view, in which it is related to the principle of human dignity and the principle of defense.

Key words: protected witness, procedural protection measures, organized crime, jurisdictional anticipation of evidence, constitutional chamber, inter-american convention on human rights.

Fecha de recepción

27-01-2024

Fecha de aceptación

30-03-2024

Sumario:

1. Objetivos
 - 1.1. Objetivo general
 - 1.2. Objetivos específicos
2. Introducción
3. El proceso penal costarricense
4. El imputado
5. Fases del proceso penal costarricense
6. Fase preparatoria

7. Criminalidad organizada
8. La prueba en el proceso penal costarricense
9. La figura del testigo protegido en criminalidad organizada. Marco legal
10. Reglas procesales para el testigo protegido en las fases intermedia y de juicio
11. Posición jurisprudencial de la Sala Constitucional y normativa de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos
12. Manejo del testigo o víctima protegida procesalmente en el derecho comparado
13. Conclusiones
14. Recomendaciones
15. Referencias

“El crimen organizado, una pandemia global que beneficia a muchos, pero, mayormente afecta a más”.

1. Objetivos

1.1 Objetivo general

Analizar las implicaciones procesales y personales de un testigo protegido en el contexto de la criminalidad organizada y en las etapas del proceso penal.

1.2 Objetivos específicos

1. Explorar la legislación y jurisprudencia penal sobre los derechos y deberes que adquiere un testigo sometido al programa de protección procesal.
2. Determinar qué limitaciones procesales presenta nuestra legislación procesal penal para el testigo protegido en el contexto de la criminalidad organizada.
3. Establecer si en la legislación procesal penal costarricense se suscitan conflictos de normas y de derechos humanos al contar con un testigo protegido.

2. Introducción

La criminalidad organizada en las últimas décadas ha venido creciendo y desarrollándose con métodos más tecnológicos que le permiten consolidar sus estructuras y extenderlas a mayor velocidad. El poder económico que cada una de las organizaciones ostenta alcanzar, implica la producción de conflictos

internos y externos para lo cual utilizan métodos violentos para demostrar con terror su autoridad, como el ajusticiamiento, o bien, el acabar con la vida de quienes los han traicionado o se convirtieron en obstáculos para la continuidad exitosa de la actividad criminal.

El testigo protegido, aquel que ha decidido colaborar con las autoridades policiales en aportar información útil y pertinente vinculada con aspectos esenciales de funcionamiento de la organización criminal, merece un trato privilegiado de protección en donde se le asegure, no solo a él sino a su círculo familiar más cercano, su integridad física y su vida; debido a que el alto riesgo de ser ejecutado por los líderes de la estructura criminal es inminente.

Además, la importancia del testigo protegido para una investigación criminal viene a coadyuvar a la policía y al Ministerio Público u órganos encargados de la persecución penal, a tener una oportunidad idónea para superar las técnicas de comunicación más actuales como las redes sociales, las mensajerías digitalizadas y encriptadas.

De esta manera, no cabe ninguna duda de que el Estado a través de su cuerpo normativo positivo, así como inspirada en los diversos Convenios internacionales de derechos humanos debe garantizarle al testigo protegido y a su círculo familiar más cercano a dicha seguridad de mantenerlo seguro y no exponerlo a riesgos en su integridad física.

Esta investigación desarrolla las implicaciones procesales que tiene el testigo protegido en el derecho procesal penal costarricense, además una visión y análisis convencional sobre el derecho a la dignidad humana que debe el Estado garantizarle a este sujeto procesal durante el desarrollo de todo el proceso penal contextualizado en criminalidad organizada.

Finalmente, un análisis jurisprudencial penal y comparado sobre la garantía que debe tener el testigo protegido, así como la normativa que posee países como España, Colombia y Chile en el tema del testigo protegido.

No menos importante, un balance sobre las condiciones de protección procesal a que se somete el testigo y el principio de defensa plena que goza el acusado durante todo el proceso penal, donde se dictamina que dicho principio no queda disminuido al mantenerse protegido el testigo durante todas las etapas del proceso.

3. El proceso penal costarricense

A partir del año de 1996 Costa Rica cambia su legislación procesal penal con características inquisitivas a una marcadamente acusatoria, donde el Ministerio Público asumiría un rol predominante y responsable de la investigación penal, con el auxilio de órganos policiales judiciales y administrativos; normativa procesal que entra en vigor 2 años después, es decir, en el año de 1998.

En este sentido, el jurista costarricense Mario Houed en su artículo histórico denominado *El Proceso penal en Costa Rica* (2018) refiere la transición de un código de procedimientos penales de corte inquisitivo del año de 1975 a uno acusatorio que su vigencia se da en 1998, al señalar:

El código fue creado por ley no. 5377 del 19 de octubre de 1973, aunque no empezó a regir sino hasta el 1 de julio de 1975, después de una “*vacatio legis*” de casi año y medio, dadas las no pocas controversias y discusiones, particularmente formuladas por algunos grupos conservadores de abogados que estaban acostumbrados a trabajar con

el antiguo sistema (escrito) y que adversaban los cambios radicales que contenía la nueva legislación. Sin embargo, fue notorio, en aquella época, el salto cualitativo de una justicia penal fría, deshumanizada y lenta, a una justicia penal más ágil y con mejores controles, entre otros aspectos que podían resaltarse, sin que ello signifique que se lograra conseguir el esperado “proceso ideal”. Al contrario, hoy después de veinte años de vigencia de la citada legislación, creemos que el sistema establecido quedó a la zaga y necesitó, por ello, de una modificación integral, inspirada en el Código de Procedimientos Penales de 1973 modelo para Iberoamérica, y que culminó con la promulgación del Código Procesal Penal de 1996 —que entró en vigencia a partir del primero de enero de 1998— cuyos principios e institutos perfilan al sistema hacia uno de contenido acusatorio. (p.4)

El Código Procesal Penal vigente a partir del año 1998 (2023) señala en su artículo 62 las funciones del Ministerio Público al indicar:

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. (p.62)

Por otra parte, el rol jurisdiccional cambia de investigador a contralor de legalidad, en el sentido de que tiene el deber de vigilar que las actuaciones de los fiscales estén conforme a la normativa vigente y, resolver aquellas peticiones que requieran de una autorización del juez, como bien un allanamiento de morada, una intervención telefónica, entre muchas más.

Según lo anterior, en el numeral 277 (2023) dice que:

Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo excepciones expresamente previstas en este Código no podrán realizar actos de investigación (p.179).

Expresamente el juez no tiene la atribución de intervenir en una investigación penal en proceso, pero sí cumple una labor esencial en cuanto al control sobre aquellas actuaciones investigativas que realiza el fiscal con el auxilio de la policía, cuando así lo amerite. Queda atrás la figura del juez y parte predominante en un proceso penal inquisitivo, apostando a un proceso penal acusatorio, donde se establecieron con precisión y diferenciadas las funciones de cada parte procesal.

Ahora bien, lo anterior no significa que el fiscal no asuma la función de contralor y garante de legalidad, no solo de su propia gestión, sino que además de sus órganos auxiliares como la policía. La verificación de legalidad en cada acto policial que haya generado prueba esencial para la investigación y que el fiscal utilizará con posterioridad en las demás etapas del proceso, debe gozar de total y absoluta licitud; caso contrario debe rechazarla como elemento probatorio y tomar las decisiones procesales que correspondan.

En este sentido, los operadores del Ministerio Público están sometidos al deber de objetividad, lo cual implica no solo individualizar al autor o partícipes del delito, sino que obtendrá toda la prueba necesaria para formular sus requerimientos, aun cuando sus actuaciones eximan de responsabilidad al investigado; como precepto es necesario citar el numeral 63 (2023) que indica en lo que interesa:

En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aún en favor del imputado. (p.65)

El deber de objetividad que cobija a quienes conforman las diversas fiscalías del Ministerio Público del país, se extiende a un deber de control de legalidad hacia los órganos auxiliares, en especial, a los cuerpos de policía encargados de comunicar los resultados de cada investigación en la que interactúan, en la búsqueda de los presuntos autores y partícipes y la recolección de la prueba útil y pertinente.

Este deber de objetividad que lleva intrínseco el de legalidad, también se regula en el numeral 69 (2023) que destaca “Los funcionarios y agentes de la policía judicial respetarán las formalidades previstas para la investigación, y subordinarán sus actos a las instrucciones de carácter general o particular que emita el Ministerio Público” (p.62).

Si bien es cierto, la norma citada solo hace alusión a la policía judicial, nuestro país cuenta con otros cuerpos policiales como la Fuerza Pública, la Policía de Control de Drogas y la Policía de Control Fiscal que forman parte del Poder Ejecutivo, así como policías municipales que forman parte de las alcaldías o de gobiernos locales; la primera de ellas y las policías municipales que asumen funciones de policía judicial en ausencia temporal de esta, mientras que las otras dos tienen por ley funciones de investigación penal; dicha subordinación de los cuerpos policiales al Ministerio Público constituye lo denominado como dirección funcional, regulada en numeral 68 (2023) que señala que “El Ministerio Público dirigirá la policía cuando esta deba prestar auxilio en las labores de investigación. Los funcionarios y los agentes de la policía judicial deberán cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público” (p.61).

El principio de dirección funcional que reiteró el Código Procesal Penal vigente a partir de enero de 1998 tiene como fin esencial validar las actuaciones policiales realizadas con estricta aplicación de la ley, velando por los derechos de los investigados y el fiel cumplimiento de las garantías procesales. Esencialmente, todos los medios probatorios obtenidos por los cuerpos policiales deben ser obtenidos utilizando los medios idóneos y lícitos, caso contrario, el deber del fiscal es rechazarlo y no utilizarlo en su requerimiento acusatorio. Más adelante, se desarrollará el tema de la prueba en el proceso penal costarricense.

Como lo afirmó Jaime Robleto Gutiérrez en su obra sobre *Los principios procesales y la dirección funcional* (2010) la dirección funcional es una atribución para el Ministerio Público que se regulaba también en el código de procedimientos penales de 1975, al indicar:

Es importante analizar que el nuevo Código Procesal Penal, no cambia, respecto al anterior código, la potestad que tiene el Ministerio Público como controlador de la Policía Judicial. En efecto, ya el artículo 163 del código de procedimientos penales preceptuaba que la policía judicial “cumplirán sus funciones bajo el control directo del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes de jueces y fiscales. (p.128)

Sin embargo, la dirección funcional no ha sido una atribución del fiscal que la policía en general haya conciliado en total armonía, puesto que las diferencias surgidas entre ambas instituciones y que el fiscal en última instancia debe resolver, han causado en ocasiones conflictos en la investigación.

Al respecto, el Ministerio Público tuvo, desde el inicio de la vigencia del Código Procesal Penal, protocolizar la dirección funcional en categorías A, B y C, mismas que a partir del año 2019 la Fiscalía General modificó solo a las categorías A y C; en la tipo A el oficial de policía tiene la iniciativa y oficiosidad de la investigación; en la segunda, tipo C se trabaja por objetivos, estrategias y actividades acordadas por parte del fiscal, así regulado en la circular administrativa del Ministerio Público 26-ADM-2019 (2019).

4. El imputado

El imputado es aquel que por su acción u omisión ha sido acreedor de la presunta comisión de un hecho delictivo o criminal, puesto en conocimiento ante el Ministerio Público, como órgano encargado de la persecución penal de los delitos de acción pública y de acción pública perseguibles a instancia privada, siendo que el objetivo en esta investigación.

Resulta de interés señalar que la condición de imputado la adquiere aquella persona que ha sido señalada como autor o partícipe de un delito, aun cuando no sea llamado por la autoridad judicial competente a brindar su declaración indagatoria.

En esta línea, procesalmente el artículo 13 (2023) define que:

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá el derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe de él (p.13).

Nuestro sistema procesal penal es fiel protector del derecho de defensa, tomando en consideración que este constituye la principal garantía para un acusado de poder tener a su alcance todos los elementos probatorios de referencia que lo señalan como presunto autor o partícipe de un hecho delictivo, sin que sea necesario que exista un llamado formal judicial o policial al respecto, prevaleciendo en todo momento el principio de presunción de inocencia.

A partir de tal vinculación procesal, la persona acusada tiene el derecho de imponerse de toda aquella afirmación que lo liga a un delito y, sin demora la autoridad policial o judicial que lo investiga tiene el deber de informarle los señalamientos en su contra, así como ser asistido por un profesional en derecho de su confianza, o bien, solicitar la designación de uno público.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre del año 1969 y que entró en vigor en el año de 1978 (2010) en el numeral 8 regula las garantías judiciales para toda persona y en lo que interesa señala:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...) d) derecho al inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección (...) e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. (p.15)

Consecuentemente en la Constitución Política de 1949, vigente en Costa Rica actualmente, (2020) como máxima legislación interna, contempló como una máxima legal el derecho de defensa para todo aquel involucrado en un hecho delictivo, al indicar en su numeral 39 que:

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (p.19)

También el Código Procesal Penal (2023) en su capítulo de normas generales relacionadas con el imputado, en su numeral 82 dice:

La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos:

c) Ser asistido desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él,

sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público. (p.75)

El derecho de defensa que cobija a quien se le atribuye la comisión de un delito, le permite a este y a su defensor elaborar una estrategia o teoría del caso que desarrollará principalmente en la fase de juicio oral y público, donde debatirá y confrontará la teoría del caso de la contraparte, llámase fiscal o querellante. Constituye un derecho para el acusado y una garantía procesal que integra el debido proceso pena, así como un derecho humano.

Lo anterior, se complementa con los diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica (2021) y en su voto de jurisprudencia # 17926 del 18 de agosto que señala:

De otra parte, en lo que toca a los alcances del derecho al proceso debido y al derecho de defensa estrictamente considerado, esta Sala ha precisado —desde la sentencia número 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992— que el segundo comprende la facultad de contar con un defensor desde el primer momento del proceso penal. En este sentido, en la sentencia aludida se dejó claro que: “(...) las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso aten-

dida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatir las, particularmente preguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material —como la muerte del testigo; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. (p.4)

Esta garantía procesal y derecho para el acusado conlleva todo el conocimiento por parte de su abogado defensor y de él de aquellos elementos probatorios e informaciones que lo involucran en la comisión del hecho típico. De manera expresa el Código Procesal Penal (2023) en su numeral 92 establece:

Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente. También se pondrán a su disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento. (p. 81)

Ahora bien, con respecto a los testigos que estuvieron bajo el régimen de protección procesal, surge aquí el cuestionamiento si debe también el acusado y su defensor imponerse de su información personal, cuando este debe ser llevado a juicio como testigo de cargo y brinde su declaración testimonial o bien, mantenerse bajo los lineamientos de protección establecidos previamente. Dar una

respuesta legítima y amparada al derecho procesal, pero, además, procurando la integridad física del testigo y de su familia más cercana, principalmente en el ámbito de un caso calificado como crimen organizado, será analizado más adelante.

5. Fases del proceso penal costarricense

Costa Rica apostó al proceso penal marcadamente acusatorio a cambio de no continuar con el proceso penal inquisitivo, dicho cambio surge y cobra vigencia a partir de enero de 1998. La estructura del proceso penal adquiere una división por fases o etapas, cada una de ellas con funciones y exigencias particulares y expresamente señaladas en el Código Procesal Penal, donde cada una tiene un efecto preclusivo cuando la anterior se concluye.

La primera de ellas corresponde a la fase preparatoria en la que se investiga el hecho puesto en conocimiento de la policía o del fiscal; luego la fase intermedia, donde un juez penal recibe lo actuado por el fiscal en la etapa anterior con alguna solicitud conclusiva provisional o de término del proceso, esto último, con la presentación de una solicitud de acusación y de apertura a juicio; pasado este filtro, la autoridad jurisdiccional o juez penal decide si se cumple con los requisitos formales y materiales de la misma y eleva el caso a la siguiente fase, es decir, la de juicio donde cada parte procesal tendrá que hacer valer su teoría del caso con argumentos jurídicos y probatorios.

Luego, la siguiente fase la conforma la impugnación de la sentencia condenatoria o absolutoria por quienes participaron como parte procesal e incluyendo a la simple víctima y, finalmente la fase de ejecución de la sentencia. En cuanto a esta investigación, solo comprende el análisis de las 3 primeras

fases con relación al rol e importancia que cumple un testigo protegido en el contexto del crimen organizado.

6. Fase preparatoria

La fase preparatoria constituye el inicio de una investigación penal por parte del Ministerio Público, o bien, por los cuerpos policiales, sea este el Organismo de Investigación Judicial o alguna de las policías administrativas, como anteriormente se había detallado. Inicia con una noticia *criminis* por un hecho de acción pública o, de acción pública a instancia privada, estos últimos descritos en el numeral 18 del Código Procesal Penal, entre ellos las agresiones sexuales que no sean calificadas, las lesiones leves y las culposas que no tengan un origen en un accidente o hecho de tránsito, mismas que requieren la intervención directa de la víctima.

La investigación comprenderá en recolectar y obtener todos los elementos probatorios que el representante del Ministerio Público requerirá para conformar su teoría del caso y, obtener la probabilidad suficiente para escalar al siguiente nivel el resultado y exponerlo ante el juez de la fase intermedia quien será el encargado de verificar los requisitos formales y materiales de la solicitud fiscal, en especial para el objeto de esta investigación, la acusación y solicitud de apertura a juicio.

Con la entrada en vigor del Código Procesal Penal en enero de 1998, la dinámica de la investigación por parte del Ministerio Público, con el auxilio, cuando así se requiera de los cuerpos policiales, estará regida por el principio de libertad probatoria, contenido en el numeral 182 de la ley procesal (2023) que dice “Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y las circunstancias de in-

terés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición de la ley” (p.135).

Una interpretación acertada sobre este principio, refiere que los elementos probatorios que se incorporen al proceso penal a fin de acreditar la teoría del caso, según cada parte procesal, tendrá como único limitante para que no sean válidos utilizar un medio ilegal o prohibido por la ley para obtenerlos; un ejemplo sencillo de ello consistiría si el policía ingresó al domicilio del presunto autor del hecho delictivo y recolectó una prueba relevante para la investigación, pero sin contar con la orden de allanamiento, registro y secuestro emitida por un juez penal, ocasionando una nulidad no solo del acto realizado sin orden, sino que además la invalidez de la prueba obtenida.

Otro ejemplo de utilizar un medio ilegal para la obtención de una prueba, lo constituye la recepción de una declaración del presunto acusado de un delito, sin que haya tenido la oportunidad de la asesoría de un abogado defensor público o privado, o bien, sin informársele de qué se le acusa y las pruebas que existen en su contra y aun así se le exija su declaración.

En contraste con el principio de libertad probatoria, se establece expresamente en el artículo 181 (2023) la legalidad de la prueba que dice:

Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento, conforme a las disposiciones de este Código.

No podrán utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, in información obtenida

por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. (p.133)

La regulación procesal se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna (2020) al establecer: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las actuaciones” (p.16).

De esta manera, el órgano encargado de la investigación penal en su fase preparatoria sea el Ministerio Público o bien, la policía judicial o administrativa, deberá en todo momento actuar conforme a las regulaciones procesales, en procurar otorgarle a las partes procesales y a la misma víctima del delito todas las garantías y derechos disponibles.

La recepción de una denuncia formal o, el comunicado oficioso de la comisión de un aparente delito implica el deber de actuar e investigar el caso con el fin de esclarecer los hechos, individualizar a los presuntos responsables de la conducta delictiva y, recopilar la prueba útil y pertinente que los vincule con probabilidad y no certeza para luego concluir esta etapa con una solicitud conclusiva por parte de la fiscalía, en especial con una acusación y solicitud de apertura a juicio.

Para la demostración de un hecho como cierto, las partes pueden utilizar diversos tipos de prueba como: la prueba física, material, testimonial, pericial, prueba indiciaria, etc.; siendo el primordial interés para esta investigación el análisis de la prueba testimonial cuando deba someterse a la protección procesal dentro de un contexto de crimen organizado.

7. Criminalidad organizada

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre del año 2000, mediante resolución A/RES/55/25, estableció en su artículo 2 (2000) lo que debe interpretarse como grupo delictivo organizado, delito grave y grupo estructurado, cuyo texto en lo que interesa señala:

Para los fines de la presente Convención:

- a. Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de 3 o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b. Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c. Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada... (p. 1)

Nuestro país a través del Poder Ejecutivo ratifica la citada Convención el 1 de julio del año 2003 según decreto # 31270, mediante la ley número 8302; posteriormente, el 24 de julio del año 2009, Costa Rica a través de la Asamblea Legislativa como único Poder del Estado en emitir y aprobar las leyes, procede a la aprobación de la ley No. 8754 denominada Ley Contra la Delincuencia Organizada, (2009) siendo que en sus numerales 1 y 16 se establece lo siguiente:

Artículo 1. Interpretación y aplicación. Entiéndase por delincuencia organizada un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...) Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más. (p. 1)

Nótese que nuestra ley contra la delincuencia organizada incorpora un cambio sustancial en cuanto a la conformación o integrantes de un grupo organizado, ya que en la convención se determina que sean 3 o más, mientras que en la ley 2 o más personas como miembros; manteniendo el concepto de delito grave como aquel que dentro de sus rangos de penas sea de 4 años o más.

Partiendo de los requisitos objetivos exigidos para la determinación de una delincuencia organizada, son muchos los delitos que contiene nuestro código penal, entre ellos el homicidio calificado en el artículo 112, la corrupción agravada en el artículo 168, el secuestro extorsivo artículo 215, la estafa mayor en el artículo 216 inciso 2), la trata de personas en el artículo 172, así como leyes especiales, entre ellas la ley número 7786 sobre estupefacientes, sustancia psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas que entró en vigencia en el año de 1998, en ella se contempla todo el ciclo de la manufacturación de la droga, iniciando con la extracción, producción, elaboración, transformación, distribución, etcétera; también la ley especial número 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública que entró en vigencia en el año 2004, en ella encontramos el delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 45, la legislación o administración en provecho propio en el artículo 48 y la falsedad en la recepción de

bienes y servicios contratados en el numeral 50; entre otros.

Nuestro legislador visualizó en la aprobación de dichas leyes, no solo la gravedad de los hechos que configuran estos tipos penales, tomando en consideración la relevancia de los bienes jurídicos y su objeto material afectados, sino que además en su realización o consumación participan grupos criminales organizados. A ello debe unirse que los avances metódicos de estos grupos criminales para lograr con eficacia y certeza sus objetivos están alineados a las nuevas tecnologías y a un mundo globalizado, es decir, no solo la economía lícita debe estar a un primer nivel en la transnacionalidad, sino que la economía generada por el crimen organizado debe igualarla para con ello lograr su extensión y poder.

La criminalidad organizada genera ganancias exorbitantes y por ello los órganos policiales y el Ministerio Público como órgano de persecución penal, deben ajustar sus métodos de trabajo a un nivel igual o superior en la obtención de la prueba y con ello, lograr impactar con fuerza y contundencia a estas estructuras criminales. Cuando la institucionalidad pública, en especial aquellas instituciones vinculadas con el abordaje e investigación del crimen organizado se encuentran débiles en recurso humano y en recursos materiales, constituye una fortaleza y oportunidad para la delincuencia organizada.

Para el jurista Francisco Vega (2022) en su análisis y visión sobre la delincuencia organizada transnacional señala:

La evolución de la criminalidad desde comienzos del siglo XXI se ha caracterizado por su transnacionalidad y el incremento del peligro para los bienes jurídicos fundamentales, creando problemas de corrupción y de blanqueo de dinero. El campo de acción se ha

extendido, dando lugar a la aparición, bien de nuevas formas específicas de delincuencia organizada, bien a la actualización de conductas pretéritas. Así, podemos destacar entre las más frecuentes, el terrorismo, los secuestros, el asalto a viviendas o camiones, asesinatos por encargo, delitos medioambientales, fraudes en la red, falsificaciones de productos, tráfico ilícito de inmigrantes, mujeres, niños, órganos, armas, drogas, vehículos, medicamentos, flora y fauna salvaje protegida, entre otros. (p. 2)

La variedad de delitos en que incurrir los delincuentes organizados obliga a los Estados a robustecer sus políticas públicas dirigidas a la prevención del delito, así como a perfeccionar el abordaje de las investigaciones, con el uso de mecanismos de recolección de pruebas ajustadas a la nueva realidad. Aquellas técnicas de investigación tradicionales como la denuncia personalizada recibida en las delegaciones policiales, el testigo colaborador que sin riesgo para su vida se le ofrecía al policía rendir su declaración; o bien, el uso frecuente de las intervenciones telefónicas, han dejado de ser tan eficaces para la confrontación y ataque contra la delincuencia organizada.

El rediseño en las técnicas de investigación criminal constituye una tarea urgente que deben implementar, a corto plazo, los órganos policiales mismos que son dirigidos funcionalmente por el Ministerio Público, con la finalidad de obtener resultados positivos y exitosos que permitan consolidar el caso con prueba útil y pertinente; en este contexto es cuando el testigo protegido en una investigación de crimen organizado adquiere una vital relevancia. Esta modalidad de testigo, le brinda confianza y seguridad para sí y para su círculo familiar más cercano, ante el riesgo de atentar contra su integridad física y vida.

8. La prueba en el proceso penal costarricense

Como se ha hecho referencia en líneas atrás, el Código Procesal Penal actual, entró en vigor en Costa Rica a partir de enero del año 1998, como una opción de dejar atrás el proceso inquisitivo y asumir un rol marcadamente acusatorio. La división de funciones entre el fiscal y el juez quedaron expresamente establecidas, en especial cuando se definió que el Ministerio Público asumía la persecución penal de todos los delitos de acción pública y de acción pública perseguibles a instancia privada, mientras que la judicatura representada por los jueces penales asumiría una función estrictamente de control y de garantía en todas las actuaciones fiscales.

En nuestra Constitución Política de 1949 (2020) en su artículo 37 se exige la aplicación del derecho penal de acto y no de autor, en cuanto señala “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito” (p. 19).

Efectivamente, la prueba constituye una parte esencial de la teoría del caso, es decir, si el Ministerio Público concluye, luego de una investigación preparatoria, acusar los hechos que fueron puestos en su conocimiento y que se acreditaron con la prueba útil y pertinente para tener el grado de probabilidad suficiente que le permita demostrar la culpabilidad de los investigados, deberá elevar sus resultados a la segunda fase del procedimiento penal denominada etapa intermedia, a fin de que la autoridad jurisdiccional evalúa los resultados obtenidos y la solicitud conclusiva de acusación planteada; al menos es la que interesa para esta investigación.

Desde esta perspectiva, el proceso penal actual está regido por el principio de libertad probatoria, regulado en el numeral 182 de nuestra ley procesal (2023) que dice “Podrán

probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley” (p.123).

El principio de libertad probatorio, como fue mencionado anteriormente, exige únicamente que el medio utilizado para la obtención de cualquier elemento probatorio, no se encuentre prohibido expresamente en la ley, *a contrario sensu*, un hecho puede ser demostrado por cualquier elemento probatorio, siempre y cuando, su obtención haya sido lícito. Un ejemplo de prueba ilícita constituye la declaración de un acusado de delito que es interrogado por la policía sin que se le advierta sus derechos y garantías procesales, como ser asesorado previamente por un profesional en derecho, conocer las circunstancias de la acusación, así como la prueba que exista en su contra.

Para el jurista Mario Houed Vega (2018) al referirse al principio de libertad probatoria señala “esto es que cualquier medio probatorio lícito es válido para acreditar hechos o circunstancias dentro del proceso penal” (p.8). Queda prohibida aquella exigencia de la prueba tasada que predominaba en el proceso penal inquisitivo, es decir, que para demostrar un hecho en particular se requería un tipo de prueba determinado.

La jurisprudencia penal de la Sala Tercera de Costa Rica, en su voto número 3-2019 de las 10:22 horas del día 11 de enero (2019) en este sentido ha reiterado:

Tal y como lo explica el Tribunal de Apelación, la pretensión de los impugnantes es que cada hecho de la pieza acusatoria tenga sustento en una llamada telefónica, lo cual no es de recibo. Básicamente, los recurrentes a lo largo de su reclamo insisten en la ausencia de prueba; sin embargo, en su argumentación convenientemente deja de lado

que nuestro sistema penal no avala la prueba tasada, y por ello, con el fin de darle una solución correcta al caso, por el principio de libertad probatoria, los hechos de relevancia penal pueden acreditarse mediante cualquier medio legítimo de prueba. (p. 1)

El rol de investigador y persecutor de la acción penal concedido en el código procesal penal vigente, como bien se señaló anteriormente, le permite al Ministerio Público con el auxilio de la policía reunir todos aquellos elementos probatorios útiles y pertinentes para establecer e individualizar a los presuntos responsables de una actividad criminal y, demostrar su culpabilidad. Las amplias posibilidades de obtener la prueba necesaria para fundamentar la teoría del caso por parte del Fiscal están limitadas únicamente por el medio de recolección, es decir, que sea un medio que no esté restringido legalmente.

El elenco probatorio disponible para una investigación penal está conformado por la prueba testimonial, material, documental, pericial e indiciaria; pero nuestro análisis versará sobre la testimonial sometida a protección procesal y, dentro de un contexto de crimen organizado. Resulta notorio que por el desarrollo tecnológico que ha alcanzado el crimen organizado, cada vez la obtención de pruebas resulta más difícil, debiendo el órgano acusador o policial seleccionar testigos que muestren interés en colaborar, brindando información esencial en cuanto al funcionamiento de un grupo criminal organizado, pero bajo la promesa de obtener protección personal por las posibles represalias que pudieren recibir por quienes serán sometidos al proceso penal debido a los informes brindados.

9. La figura del testigo protegido en criminalidad organizada. Marco legal

En el marco de la delincuencia organizada, esta no solo se focaliza en cada Estado, sino que por su globalización e interés de que los actos delictivos trasciendan fronteras, así como sus ganancias económicas, como lo afirma Francisco Vega (2022) al afirmar:

Existen diferencias notables entre los diversos tipos de crimen organizado en atención a factores propios de la actividad desplegada: la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, formación de sus miembros, su composición étnica; de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas o poco violentas. (p.2)

Esta transformación de desarrollo que ha alcanzado el crimen organizado, en la época actual, le exige al Estado buscar alternativas de protección para quienes decidan constituirse como testigos relevantes de una operación criminal organizada; por ello, se logra aprobar la ley número 8720 del 22 de abril del año 2009 publicada en la *Gaceta* 77 (2023) para la protección de víctimas y testigos cuyo texto en lo que interesa establece:

Artículo 1. Objeto. El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros intervinientes en el proceso penal (...) Artículo 2. Principios. Para la aplicación de este título, se tendrán en cuenta los principios siguientes: 1) Principio de protección: considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la

seguridad de las personas a que se refiere la presente ley (...) Artículo 3. Definiciones. Para los efectos del presente título, se definen los términos siguientes: a) Personas bajo protección: víctimas, testigos, jueces, fiscales, defensores u otras personas, que se encuentren en una situación de riesgo como consecuencia de su intervención, directa o indirecta, en la investigación de un delito o en el proceso, o bien, por su relación con la persona que interviene en estos. (pp. 1-2)

Esta ley de protección a víctimas y testigos le ofrece protección a aquella persona que ha decidido colaborar con la policía o el Ministerio Público, brindando información útil y pertinente para una investigación penal, en especial, en el ámbito de la criminalidad organizada; ya que se convierte un objetivo de eliminación por parte de quienes conforman la estructura criminal. La persona que califica como testigo esencial, expone no solo su integridad física sino para aquellos que forman parte de su círculo familiar más cercano.

Para el jurista Carlos Picado (2015) y citando al jurista Jairo Parra Quijano, la prueba testimonial tiene gran relevancia para el proceso y, en especial el penal, principalmente por su aporte a la teoría del caso que pretende demostrar el ente acusador; señalando:

La prueba testimonial es el medio probatorio conformado por la declaración de una persona que no es parte en el proceso ante un juez con fines procesales. Tal y como Parra Quijano señala, la prueba testimonial es un medio probatorio que consiste en el relato de un tercero frente a un juez respecto de ciertos hechos relevantes para un caso. En este sentido, este tipo de prueba lo efectúan personas naturales ante un órgano jurisdic-

cional, momento en que hablarán sobre sus percepciones y deducciones de los hechos que forman parte del litigio. (p. 132)

En cuanto a la protección del testigo, le corresponde a la Oficina de Atención a la Víctima del delito, adscrita al Ministerio Público, asumir dicha función y administrar el respectivo programa de protección, creándose la respectiva unidad de protección, así establecido en el numeral 6 de la citada ley (2023) “Se crea la Unidad de Protección como parte de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, estará conformada por equipos técnicos evaluadores” (p. 4).

Dicha unidad deberá analizar cada solitud de riesgo y sus equipos técnicos evaluadores emitirán el dictamen de otorgamiento, así como brindar las recomendaciones de las medidas de protección que se consideren oportunas para repeler cualquier tipo de riesgo a la integridad física del protegido.

Estos equipos de profesionales evaluadores están conformados por un criminólogo, un profesional en derecho, un profesional en psicología y un profesional en trabajo social o en sociología, así como un equipo de protección conformado por agentes de seguridad pertenecientes al Organismo de Investigación Judicial que constituye la policía judicial costarricense, así quedó establecido en el numeral 6 del mismo cuerpo normativo.

De igual manera, se incluyó en la citada ley (2023) los derechos de las personas bajo protección, entre ellos se destacan los más relevantes para la investigación:

Artículo 9. Derechos de las personas bajo protección. Además de los derechos establecidos en la legislación procesal e internacional, toda persona bajo protección tendrá los derechos siguientes:

- f) A que no se capten y/o se transmitan imágenes de su persona ni de sus familiares, que permitan su identificación como víctima, testigo o sujeto interviniente en el caso por el cual se le protege.
- g) A que se mantenga la confidencialidad de la información sobre su dirección y sus números telefónicos, cuando así lo estime necesario para su seguridad personal y la de sus familiares, así como el privilegio de la comunicación que tenga con su consejero legal, psicológico o médico. (pp. 8-9)

Esta regulación normativa como parte de la protección que se le brinda al testigo, exige una total confidencialidad de sus calidades personales así como la de sus familiares que deben mantenerse en tal condición; con la finalidad de no exponerlos ante una eventual agresión o represalia de quienes son señalados como miembros de la organización criminal; ello constituye un deber para la Oficina de Atención a la Víctima y de sus equipos evaluadores, así como de los agentes de seguridad que resulta muy válida por haber brindado información esencial sobre la estructura, el funcionamiento o actividades de la organización criminal; caso contrario su vida y de su círculo familiar más cercano estarían en peligro de muerte.

Además, como deberes para las personas sometidas al programa de protección, se establecen en el numeral 10 de la ley de protección a víctimas y testigos (2023) los siguientes:

- b) Mantener absoluta y estricta confidencialidad, respecto de su situación de protección y de las medidas que se le otorgan.
- c) No divulgar información sobre los lugares de atención o protección de su persona o de otras personas que estén en la

misma condición, aun cuando ya esté sujeta al Programa. (p. 9)

Para quien asuma la condición de testigo protegido sufrirá o experimentará un cambio brusco y obligatorio en su vida cotidiana; primero, tendrá que revelar información sensible de la organización criminal que conoce y que la policía luego debió verificar su credibilidad, utilidad y pertinencia para el caso; ya sea por ser parte de ella o, porque tuvo alguna relación con miembros de esta, o bien, por cualquier otra circunstancia de vínculo directo o indirecto con la estructura criminal; segundo, su vida y la de su familia más cercana estará en riesgo, debiendo asumir un plan de protección y, tercero, mantenerse en tales condiciones hasta que el proceso penal concluya con una sentencia condenatoria firme y, que los mismos equipos evaluadores de la Oficina de Atención a la Víctima determinen la extinción del riesgo o peligro.

Este cambio repentino para el testigo bajo un programa de protección requiere de un sacrificio no solo para él, sino que, para su familia más cercana, teniendo que alejarse de sus familiares más lejanos, amigos y demás personas que estima, a cambio de mantener segura su integridad física y de aquellos que también están sometidos a ella. La condición de riesgo que asume la persona protegida estará condicionada a la eficaz protección que le asegure la Oficina de Protección de víctimas y testigos, así como de las mismas decisiones del testigo protegido y su familia.

La ley de rito (2023) establece 2 tipos de medidas de protección para aquella persona que ha sido valorada por su condición de testigo y que el equipo evaluador determinará las medidas más convenientes para asegurarle su integridad física y la de su familia; sin embargo, para los efectos de esta investigación se hace referencia a las medidas de

protección procesal que se encuentran reguladas en el numeral 11 de la ley de protección de testigos (2023) que dice:

- a) **Protección procesal:** cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles, como la videoconferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección acordada, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba. (p.10)

Esta ley de carácter especial para la protección de víctimas o testigos, cuya integridad física y la de su familia se encuentre en riesgo, debido a la información útil y pertinente que le brinde a la policía o al Ministerio Público para fundamentar su teoría del caso; aun cuando esta normativa no hace distinción entre delincuencia común u organizada, sino se enfoca directamente en el riesgo para el testigo o su familia; el análisis versa en el ámbito de la delincuencia organizada. La protección de las calidades personales que

puedan poner en peligro a la persona protegida, o sus características individualizantes, deberán mantenerse en reserva para todas las partes, incluyendo al imputado, sin perjuicio del derecho de defensa.

Además, la ley establece que para asegurar el testimonio de la persona protegida y otorgarle una protección eficaz, se podrá utilizar mecanismos de transmisión tecnológico como la videoconferencia o, alguno semejante que mantenga protegida la identidad del deponente o testigo protegido, extendiéndose esta reserva a la etapa de juicio o cuando se proceda por un anticipo jurisdiccional de prueba, instrumento procesal que se analizará más adelante.

Ante las dificultades actuales para lograr la obtención de elementos probatorios oportunos y eficaces para que la fiscalía diseñe su teoría del caso, un testigo que le suministre información esencial sobre la dinámica que ejerce la organización criminal, será un elemento probatorio que merece una protección segura, evitando en todo momento que sea expuesto a algún tipo de amenaza o represalia por quienes integran la organización criminal. Será una reserva que se mantendrá no solo en la fase de investigación o intermedia, sino que se eleva a la etapa más importante del proceso, la fase de juicio donde el ente acusador deberá demostrar la culpabilidad de los acusados, siempre y cuando el riesgo a la integridad física prevalezca.

En el mismo cuerpo legal (2023) en su artículo 12 se ordena:

- b) **Duración y revisión de las medidas:** las medidas de protección aplicadas se mantendrán durante el tiempo que persista la situación que las motiva y serán revisadas al menos cada seis (6) meses. No obstante, en cualquier momento y cuando lo considere pertinente, la Ofici-

na de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, ordenará a los equipos técnicos, la revisión de las medidas de protección. (p. 12)

La ley de cita también reformó el artículo 71 del código procesal penal, al incluir la protección procesal también para la víctima en las mismas condiciones que el testigo, es decir, con la reserva de sus calidades personales no solo para el acusado, sino que, para las demás partes del proceso, específicamente cuando su vida está en peligro, en concordancia con el artículo 204 del código procesal penal (2023).

En este sentido, el artículo 204 de referencia que cubre tanto a la víctima del delito como al testigo, legitima al Ministerio Público, la defensa o al querellante a gestionar ante el juez penal la protección de datos, y dice:

El juez autorizará dicha reserva en resolución debidamente motivada. Una vez acordada, esta información constará en un legajo especial y privado, que manejará el juez de la etapa preparatoria e intermedia, según la fase en la que se reserve sea procedente y se haya acordado, y en el que constarán los datos correctos para su identificación y localización. Para identificar al testigo protegido dentro del proceso, podrá hacerse uso de seudónimos o nombres ficticios. En dicho legajo, se dejará constancia de cualquier dato relevante que pueda afectar el alcance de su testimonio, tales como limitaciones físicas o problemas de salud, y deberá ponerlos en conocimiento de las partes, siempre y cuando ello no ponga en peligro al declarante.

Esta disposición legal exige al juez penal ordenar y autorizar la reserva solicitada tanto en la fase preparatoria como la intermedia, manteniéndose en un legajo privado

e independiente al legajo de la investigación, donde constará la información verídica de la persona protegida (víctima o testigo) y pudiéndose asignar un seudónimo o nombre falso con la intención de mantener el aseguramiento de su protección en el proceso y velar por su vida.

También el artículo 204 (2023) continúa regulando la protección a la víctima o al testigo cuando su vida está en riesgo y no basta la sola reserva de sus calidades, al autorizar y ordenar mediante resolución jurisdiccional fundada el anticipo jurisdiccional de prueba definido en el numeral 293 del mismo cuerpo normativo; y además se indica que la participación del testigo protegido en los actos procesales se hará bajo la estricta reserva de su identidad y sus características físicas.

Sin embargo, al finalizar el artículo 204 del Código Procesal Penal (2023) *in fine* dice “La reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e Intermedia” (p.148). En este aspecto, debe resaltarse el conflicto de normas que provoca la ley especial # 8729 de protección a víctimas y testigos en su artículo 11 que incorpora la protección procesal que de manera expresa establece que la protección cubre hasta la fase de juicio, con el Código Procesal Penal en su artículo 204 *in fine* al limitar dicha protección solo a las fases de investigación o preliminar y la intermedia; lo cual implica un riesgo grave para la salud o integridad física de la persona protegida y a su familia más cercana expuesta a ese peligro que, según la medición o seguimiento es necesario hacerse por la oficina de protección y debe de mantenerse la protección procesal.

Esta restricción establecida en la numeral 204 *in fine* del código procesal penal, limitando la protección procesal del testigo o víctima a únicamente en las fases preparatoria e intermedia, constituye una clara y grosera violación

al principio de la dignidad humana como la máxima expresión de los derechos humanos.

Para el jurista Javier Llobet (2007) citando al autor Delgado Pinto, refiere que:

El principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio. En ese sentido, es relevante la consideración del ser humano conforme el imperativo Kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento. (pp. 45-46)

También, en el numeral 204 bis del Código Procesal Penal (2023), incorporado por la ley de protección a víctimas y testigos señala que como parte de las medidas de protección otorgadas a deponente y, cuyas medidas sean la protección de sus calidades y características físicas individualizantes, el juez tiene el siguiente deber:

En los casos en que se acuerde la reserva de identidad, el juez deberá consignar un breve resumen del conocimiento de los hechos que tenga el testigo, para posibilitar el derecho de defensa de las partes. Todo el trámite se realizará en un legajo separado y cuya custodia corresponderá al juez o tribunal que conozca de la causa. Si se concede, además, la reserva de las características físicas individualizantes, en la misma resolución se ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de este testimonio y se convocará a las partes para su realización en los términos que señala el artículo 293 de este Código. Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, a excepción de la etapa de juicio. (p. 150)

Este precepto procesal penal establece con precisión que, para facilitar y cumplir con el derecho de defensa, el juez que autoriza la reserva consignará en el legajo un breve resumen de los datos e información que el deponente brindará, además si dicha protección implica la reserva de sus características físicas individualizantes, se convocará a una audiencia oral para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba.

Lo grave y contradictorio para el testigo procesalmente protegido es que tales medidas de protección procesal se limitan solo a las fases de investigación e intermedia y no para la de juicio, sin que se incluya una excepción donde se contemple para esta, tomando en consideración la vigencia del riesgo.

Aceptar el testimonio de una persona brindando información sensible sobre la estructura criminal organizada y su funcionamiento, a cambio de otorgarle un programa de protección solo para las fases de investigación e intermedia, pone en riesgo grave al deponente y a aquellos miembros de su familia cercanos al peligro inminente, cuyas consecuencias principales son: el desistir como testigo clave y de interés para el órgano acusador o para el proponente y con ello, desestabilizar el elenco probatorio obtenido, o bien, la agresión física hacia este o a su familia.

Esta inconsistencia generada en la misma ley debe resolverse correctamente, manteniendo la protección procesal de una víctima o de un testigo hasta la fase de juicio con sentencia firme y, cuando los equipos evaluadores de la Oficina de Atención a la Víctima determinen la desaparición del riesgo. La fase de investigación como se trató en líneas anteriores constituye la base de la teoría del caso para el órgano acusador, los elementos probatorios que se obtengan y, especialmente, la prueba testimonial deberá reproducirse en el juicio o

debate, a fin de que cumpla con los principios básicos de este, como el de la comunidad de la prueba, el derecho de defensa, el derecho a interrogar a los testigos, etc.; pero bajo ninguna circunstancia debe ponerse en riesgo su dignidad humana y en especial la vida o integridad física del testigo protegido y a sus familiares más cercanos.

En el mismo orden, señala Llobet (2007) que:

La referencia al principio de dignidad de la persona se encuentra en el preámbulo tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como de la Declaración Americana de Derechos del Hombre. En la Declaración Universal se señala que: la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por su parte, la Declaración Americana dice en el preámbulo: Todos los hombres nacen libres e iguales en el dignidad y derechos y, dotados, como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El reconocimiento de que los diversos derechos humanos provienen del principio de dignidad de la persona aparece en el preámbulo del PIDCP de 1966, que dice: estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. (p. 46)

En concordancia con lo anterior, la carta constitucional vigente desde el año 1949 (2020) en su numeral 20 establece “La vida es inviolable” (p.15), lo cual ratifica la protección a la vida que el Estado está obligado a asegurar ante alguna injerencia ilegítima. De igual manera, nuestro código penal (2022) incorpora una serie de delitos cuyo bien jurídico es la vida e integridad física, como el homicidio simple, calificado, las lesiones

gravísimas, graves y leves, etc.; esto implica la relevancia de proteger al individuo ante aquellas acciones que atenten contra su integridad física o su vida.

Si una víctima o testigo llamado al proceso por contar con información útil y pertinente para el esclarecimiento de los hechos afirma o le solicita al fiscal una medida procesal de protección, en especial, mantener bajo confidencialidad sus calidades personales y características individualizantes, el Ministerio Público, querellante o defensa puede solicitarle a la autoridad jurisdiccional el anticipo jurisdiccional de prueba, que constituye un aseguramiento de su testimonio para la etapa de juicio. Así regulado en el numeral 293 (2023) que dice:

Cuando se trate de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso y se presuma, razonablemente, que su declaración en juicio no será posible, pues el riesgo no se reducirá o podría aumentar, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitarán al juez que ordene la recepción anticipada de su testimonio. En todos los casos en que se haya acordado la reserva de las características físicas del declarante, por la existencia de un riesgo para su vida o la integridad física, se procederá a recibir su testimonio de forma anticipada. (p. 204)

Además, en el mismo numeral 293, se prevé la posibilidad de que cuando el testigo o víctima ya se encuentra bajo el protocolo de protección procesal y se requiere el anticipo, mantener la misma condición del testigo, así se ordena al indicar:

Cuando la identidad del testigo o la víctima se encuentre protegida, se recibirá el anticipo, manteniendo reserva de sus datos de

identificación y con el auxilio de los medios tecnológicos disponibles o de cámaras especiales que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez. (p. 205)

Esta regulación procesal fue incluida a través de la ley de protección a víctimas y testigos en el año 2009; a fin de contar con el testimonio de quien ofrece información valiosa para el caso en investigación y, que al menos se le asegure su protección de cualquier agresión en contra suyo o de algún miembro cercano de su familia. Resulta aceptable y lógico que esta protección procesal sea un aliciente para el testigo o víctima que, con su aporte a la investigación le permitirá al ente acusador, esencialmente, demostrar probatoriamente su teoría del caso. Es importante señalar que, durante la recepción de tal testimonio, todas las partes ejercerán su derecho de preguntar y repreguntar al deponente, en cumplimiento del fiel y pleno ejercicio del derecho de defensa y de la comunidad de la prueba.

En una investigación realizada por CIJUL (2014) el anticipo jurisdiccional de prueba “Es un acto procesal asimilable al debate en el tanto se evacúa un dato probatorio que podría tornarse decisivo y que necesariamente, a través de la oralidad e inmediatez, podría ser controlado por los propios interesados” (p.3).

En síntesis, el anticipo jurisdiccional de prueba, ordenado en la fase de investigación por un juez, cuyo fundamento jurídico de aprobación debe quedar total y absolutamente expuesto en su resolución, constituye un instrumento procesal, no solo para el Ministerio Público, sino para la defensa y el querellante, factible de utilizar en aquellos casos donde el deponente ha expuesto un riesgo para su vida y de quienes conforman

su círculo familiar más cercano, entre otras causales.

Este instrumento procesal, cumple con todas las formalidades de una audiencia oral con una activa participación de las partes que, por el riesgo a la integridad física del deponente, se adelanta al juicio oral y público a fin de asegurar íntegramente la declaración y la vida de la víctima o del testigo. A pesar de que el testigo o víctima, se encuentra bajo una protección procesal de ocultamiento de sus calidades personales y características físicas individualizantes, se les otorga a todas partes intervinientes su participación sin negación; a fin de que se cumpla, no solo con el principio de derecho de defensa, sino con el de inmediatez, contradicción y comunidad de la prueba que predominan en la etapa de juicio.

Esta regulación normativa procesal penal le permite al testigo someterse a una condición procesal de protección y con ello brindarle seguridad, no solo en lo personal, sino que, a su círculo familiar más cercano, debiendo reservarse sus características y datos individualizantes que puedan comprometerlo.

En tales circunstancias de protección, mismas que fueron justificadas con argumentos jurídicos por el solicitante y avaladas por la autoridad jurisdiccional, constituye una excepción a la oralidad para el debate, es decir, su incorporación es válida y legítima, conforme lo regula el numeral 334 inciso a) del Código Procesal Penal costarricense.

En consecuencia, la protección procesal del testigo aplica también para la fase de juicio, siempre y cuando, se utilice el instrumento del anticipo jurisdiccional de prueba, lo cual descalifica el pronunciamiento constitucional, que más adelante se desarrolla, estableciendo la vulneración al derecho de defensa si el testigo protegido presentado en el debate no se identifica plenamente para

que la defensa y el imputado puedan tener acceso a él.

Desde esta perspectiva, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica en su voto número 798 (2018) transcribe un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal que señala:

Asimismo, como una de las excepciones a la oralidad, se contempla la posibilidad de incorporar al debate “el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate.” (Artículo 334, Código Procesal Penal). En este sentido, a la defensa se le otorgan las garantías suficientes para que, a través del anticipo jurisdiccional de prueba, pueda interrogar a la persona protegida desde el momento en que se ordene en sede jurisdiccional, la medida de protección durante la etapa preparatoria o intermedia y ampliándose esas garantías para el contradictorio, cuando la persona protegida comparece al debate y se le revela a la defensa técnica su identidad, descartándose así, cualquier situación contraria a los intereses del imputado.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación de cita, en dicho voto de jurisprudencia también hace referencia al voto constitucional usado por la Sala de Casación Penal que limita la incorporación al debate de anticipos jurisdiccionales por considerar la vulneración al derecho de defensa y al debido proceso; en este sentido dijo en lo que interesa:

Al respecto, la Sala Constitucional ha sido contundente en señalar que en la etapa de debate procede exclusivamente la protección

extra-procesal de los testigos que en las fases anteriores tuvieron protegida su identidad. En este sentido, mediante resolución número 2010-17907, de las quince horas siete minutos del veintisiete de octubre de dos mil diez, la Sala Constitucional resolvió una consulta judicial facultativa, formulada por el Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José, la cual evacuó de la siguiente forma: “Conclusiones. De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión de que el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, en cuanto establece la protección procesal de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal, no resulta inconstitucional. En cuanto al artículo 304 del mismo Código, se estima que el mismo no lesiona el Derecho de la Constitución, siempre y cuando se interprete que a partir de la fase del debate únicamente procede la protección extra-procesal de la víctima o testigo, a fin de no lesionar el derecho de defensa y que dicha protección debe mantenerse, aún después de la firmeza del fallo, mientras resulte necesaria para la seguridad del testigo, perito, deponente o sus familiares.” Asimismo, la Cámara Constitucional ha expresado la negativa de incorporar al debate declaraciones que hayan sido tomadas con reserva de las características físicas individualizantes, al puntualizar que: “...dicha norma no es inconstitucional, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción en la recepción de la prueba y no se lesione el derecho de defensa, por lo que, pueden válidamente utilizarse mecanismos tales como la teleconferencia, pero no aquellos donde se oculten las características físicas individualizantes, dado que, de ocultarse, se estaría ante la figura del “testigo sin rostro” rechazada sistemáticamente por la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2011-

01424, de las 11:01 horas del 04 de febrero de 2011). (p. 10)

Resulta paradójico que por un lado se garantice la legitimidad de los anticipos con medidas de protección procesal y específicamente ordenándose la reserva de la identidad del testigo para la etapa preparatoria e intermedia y no para el juicio, cuando resulta el debate o la fase de juicio la más relevante, por cuanto, se decidirá sobre la culpabilidad o no del acusado, con el análisis integral de toda la prueba que sea reproducida en el debate.

En el artículo 304 aludido y que se desarrolla más adelante, muy claramente establece que la protección procesal puede ser gestionada por primera vez ante la audiencia preliminar, o bien, que se continúe en esa misma condición el testigo, a fin de mantener su reserva para la siguiente fase. La interpretación que hace la Sala Tercera de Casación Penal y que transcribe el Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, se aparta total y absolutamente de lo estipulado y, su argumento jurídico es asegurar el derecho de defensa para el imputado, sin embargo, como se ha desarrollado técnica y jurídicamente, constituye una afectación grosera al principio de la dignidad humana hacia el testigo protegido, exponiendo su vida y la de los familiares más cercanos.

10. Reglas procesales para el testigo protegido en las fases intermedia y de juicio

Cuando el órgano acusador ha finalizado su investigación, debe trasladar el resultado de esta a la siguiente fase del proceso penal, denominada fase intermedia. Según investigación de CIJUL (2023) esta fase o procedimiento intermedio debe considerarse como:

Concebido con el objeto de establecer un control eficaz (la etapa intermedia cumple esencialmente una función de control) sobre los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, una vez concluida la investigación preliminar; a los efectos de poder determinar si existe mérito suficiente para ordenar la apertura del juicio oral y público en los casos en que así lo haya solicitado el fiscal al formular la acusación. De tal manera, el fundamento jurídico del control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público consiste en la exigencia de evitar juicios inútiles por defecto (formales y/o sustanciales) de la acusación.

En concordancia con lo anterior, la normativa procesal penal vigente (2023) en su artículo 304 en lo que interesa señala:

Ofrecimiento de prueba para el juicio. Al ofrecerse la prueba, se presentará la lista de testigos y peritos, con la indicación del nombre, la profesión y el domicilio. Se presentarán también los documentos o se señalará el lugar donde se hallen, para que el tribunal los requiera. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o las circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad. En esta misma oportunidad, el Ministerio Público o el querellante le solicitarán al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima, según el caso, o bien, que se continúe con la protección ya acordada, hasta sentencia firme. (p. 213)

Resulta lógico y acertado que, si la parte procesal en su momento solicitó la protección procesal de un testigo esencial para fundamentar su teoría del caso, dicha medida se

mantenga para las siguientes fases del procedimiento, ello tomando en consideración el riesgo de peligro denunciado por el testigo o la víctima y que además la fase del juicio es la más importante de todo el proceso, por cuanto se definirá sobre la culpabilidad de los acusados.

Pretender que la protección procesal solo debe mantenerse hasta la fase intermedia es una concepción equivocada y que produce un mayor riesgo para el protegido y su círculo familiar más cercano. Una organización criminal, enterada de que el Ministerio Público cuenta con prueba testimonial sometida al protocolo de protección procesal, exigirá que la identidad de los testigos sea revelada en la audiencia oral y pública, petición que como veremos más adelante, los tribunales han accedido.

A partir del artículo 324 del código procesal penal vigente desde el año 1998, se establecen las reglas esenciales para la organización y desarrollo del debate, prevaleciendo la oralidad como el principio básico de exposición utilizado por todas las partes procesales y que el Tribunal debe asumir un rol de mediador y de árbitro.

Aunado al principio de oralidad también se adhieren los principios de inmediatez de la prueba, la publicidad y el de contradicción que, todos en conjunto aglutinan el proceso penal acusatorio. Parafraseando a los autores costarricenses Hernández, J.; Rodríguez, C. y Tenorio, A. (2008) en su tesis de graduación para optar por el grado máster en criminología, el Código Procesal Penal vigente constituye un modelo procesal penal basado en el sistema acusatorio, adversarial y oral. Además, citando a la jurista Sandra Zúñiga Morales, refieren que el código procesal penal actual tenía como objetivo esencial la eliminación de un proceso penal

anterior cuya característica esencia era rasgo inquisitivo.

Continuando con la normativa procesal penal de interés, el artículo 326 (2023) señala que “El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua.” En este sentido, el ente acusador, presentará ante el tribunal de juicio su acusación basada y complementada con la prueba recopilada durante la fase de investigación, incluyendo la testimonial, sean protegidos o no.

Una vez iniciado el debate con las formalidades exigidas para ello, cada parte procesal tendrá la oportunidad de presentar e interrogar a sus testigos y, al contrainterrogatorio del testigo ofrecido por la otra parte interviniente. En el artículo 351 del código procesal penal (2023) se establece el procedimiento a seguir cuando el testigo ofrecido se encuentra bajo el programa de protección procesal y, en lo que interesa dice:

En igual forma, para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes. (p. 243)

Lo transcrito fue ordenado por la ley # 8720 (2023), la cual se refiere a la ley de protección de víctimas y testigos. Curiosamente y de manera contradictoria, el artículo 204 del mismo código procesal y que se analizó en líneas atrás, fue reformado por la misma ley especial; ello implica que la técnica legislativa utilizada en ese momento erró al

incluir 2 reformas al código procesal penal que evidentemente son contradictorias y de consecuencias gravísimas.

Otra de las reformas legales que ordenó la ley de protección a víctimas y testigos fue el artículo 334 del Código Procesal Penal (2023), que contiene una regulación taxativa en cuanto a aquellos elementos probatorios que excepcionalmente pueden ser incorporados al debate sin ser sometidos al principio de oralidad, en este sentido establece:

Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones de garantizar la recepción del testimonio en el debate. (p. 233)

Queda claro que la legislación procesal penal actual, presenta evidentes contradicciones en el tratamiento del testigo procesalmente protegido, en especial, cuando su vida o la de su familia más cercana, se encuentra en riesgo a su integridad física; en un primer estadio de la investigación se asegura la protección; luego en la fase intermedia puede mantenerse dicha protección procesal si aún persiste el riesgo, pero en la fase más importante del proceso penal que corresponde a la etapa de juicio, quedaría expuesto la víctima o el testigo, al tener que revelarse sus calidades personales y demás características físicas para no infringir el derecho de defensa y los demás principios que regulan el debate, lo cual como se ha indicado no es de recibo dicha afirmación.

11. Posición jurisprudencial de la Sala Constitucional y normativa de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos

En fecha 27 de octubre del año 2010 la Sala Constitucional de Costa Rica atendiendo una consulta facultativa de parte del Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José, en la que se le planteaba sobre la constitucionalidad de los artículos 204 bis y 304 del Código Procesal Penal por considerar que podrían infringir lo dispuesto en los artículos 21 y 39 de la Constitución Política que consagran el derecho a la vida y el derecho de defensa del imputado, emite el voto número 17907 que en lo que interesa señala:

Como argumento previo, el consultante señaló en su consulta (2010) lo siguiente:

Afirma que previo a iniciar el debate, la representación fiscal solicitó que en virtud de lo dispuesto en los artículos 204 bis, 304 y 2 del Código Procesal Penal, se mantuviera la protección procesal de los testigos, que no fue ordenada por el juez penal juvenil sino por el juez penal de adultos, dado que existen varios imputados. La defensa indicó que mantener la protección procesal hasta sentencia firme implica un retroceso en el tema de los derechos humanos y propiamente en cuanto al derecho de defensa, por cuanto implica una asimetría de poder, dado que el imputado no conocería la totalidad de la prueba en su contra, no sabría quiénes lo acusan y no se sometería realmente la prueba a un contradictorio bajo las reglas de la inmediación, ya que no se le permitiría al imputado participar de un interrogatorio, conocer las condiciones particulares del testigo, ni apreciar el lenguaje no verbal, pues los datos de identificación no solo se le niegan al imputado, sino también al defensor,

con lo cual se vulnera además el derecho a la defensa técnica. De ahí, surge la duda de la juzgadora en cuanto a las normas referidas, en relación con lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, que garantiza el libre ejercicio de la defensa por parte del imputado. Afirma que los artículos 204 bis y 304 se contradicen entre sí, puesto que en el primero se indica que la protección de la identidad física del testigo se puede prolongar por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, con excepción de la etapa de juicio y el artículo 304 establece que la protección acordada puede continuar hasta sentencia firme. (p. 2)

Esta consulta surge al año siguiente de la reforma a la ley procesal, incorporada por la ley de protección a víctimas y testigos del año 2009, visualizándose en aquel momento la notoria contradicción en cuanto a la protección procesal para un testigo o víctima que, confiando en que su identidad estaría protegida en las subsiguientes etapas del proceso, aceptó tal condición a cambio de que se le asegurara su integridad física ante eventuales agresiones por quienes se verían afectados con su testimonio o declaración.

La Sala Constitucional escuchó a todas las partes interesadas como el Ministerio Público que mantuvo su posición de que las normas en consulta no afectan la constitucionalidad ni el derecho de defensa. Sin embargo, sus representantes señalaron que no existía contradicción en las normas procesales penales reguladoras del testigo protegido, lo cual quedó demostrado que con la aprobación de la citada ley de protección de víctimas y testigos se provocó una notoria contradicción entre sí y con el Código Procesal Penal vigente.

En el mismo voto jurisprudencial, la Sala Constitucional (2010) cita parte de los

argumentos doctrinarios presentados por el Ministerio Público, donde se hace referencia a lo dicho por el autor José Cafferata Nores al referirse al testigo de identidad protegida o testigo sin rostro, como aquel que declara ante el juez con una identidad que solo él conoce.

Como complemento de los extremos contenidos en el voto constitucional de referencia (2010) se afirma que la justificación del testigo protegido obedece a lo exigido por el 204 del Código Procesal Penal y el deber del Estado de garantizarle al deponente su protección. Se compara con la legislación argentina que protege al testigo en riesgo, garantizándole los derechos a las víctimas y a los testigos. En el mismo sentido, se cita la legislación de Estados Unidos que ha implementado un programa de protección integral para los testigos en riesgo y, también que por parte del “Consejo de la Unión Europea consiguió en 1995 un acuerdo fundamental para la protección de testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada” (p.5).

Otro aspecto esencial que cita la Sala Constitucional en su voto (2010) como argumentos preliminares del Ministerio Público, se refiere a la Jurisprudencia Española que afirma “que la admisión de un testigo oculto no daña los principios de inmediación, contradicción ni publicidad” (p.6).

En el mismo orden de partes interesadas en la consulta de constitucionalidad, la Procuraduría General de la República se pronuncia y hace una citación de las normas del Código Procesal Penal vigente (2023) de los alcances de la protección procesal a las víctimas o testigos en condición de riesgo, afirmando que la protección de referencia se limita a las fases de investigación e intermedia; no obstante, cita otras normas contradictorias del mismo cuerpo normativo que

permiten mantenerlas hasta la fase de juicio como el 304, 319 y 351.

Bajo esta perspectiva, la Procuraduría General de la República (2010) advierte a la Sala Constitucional la permisibilidad y obligación del Estado en mantener la protección y reserva de las calidades personales y características individualizantes del testigo protegido en la fase de juicio, afirmando:

No obstante, otras disposiciones de ese mismo Cuerpo Normativo permiten inferir que las medidas de protección podrían perdurar hasta la firmeza de la sentencia. Tal es el caso del artículo 319, que, al regular el contenido de la resolución final de la audiencia preliminar, impone la obligación para el juez de pronunciarse sobre las “solicitudes de protección de víctimas o testigos, o sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de las medidas ya acordadas.” También resulta de interés mencionar lo previsto en el artículo 304, que, al normativizar el acto de ofrecimiento de prueba para juicio, reconoce la posibilidad a las partes de solicitarle al juez la adopción de medidas de protección procesal para el testigo o que se continúe con las ordenadas hasta sentencia firme. En igual sentido, se observa lo previsto en el artículo 319 que encarga al tribunal de juicio a concertar las medidas necesarias para garantizar la recepción de los testimonios protegidos procesalmente que hayan sido admitidos para juicio, en la forma acordada al disponerse la protección; y lo dispuesto en el numeral 351, que establece que para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante como su rostro o su voz,

garantizando siempre el interrogatorio de las partes. Además, las partes tienen la facultad de interponer recurso de apelación ante el superior, en contra de la decisión del juzgador que acuerde o deniegue medidas de protección procesales para testigos. La protección de los testigos de hechos criminales de las eventuales represalias que puede conllevar su condición dentro de un proceso penal enfrenta diversidad de intereses: por un lado, las necesidades colectivas en el tema de la seguridad pública, por otro, la vida, integridad física y libertad de las personas declarantes, y, por último, las garantías constitucionales propias del proceso penal. La implementación de medidas de tutela para los testigos se ha entendido como una necesidad inminente del sistema de administración de justicia, si se quiere lograr el efectivo combate de la criminalidad más grave que afecta a las sociedades modernas. En el procesamiento de delitos de marcada gravedad, el crimen organizado, el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas, entre otros, por su carácter virulento, se presenta gran reticencia de los ciudadanos a colaborar con la justicia, por el temor a sufrir represalias que este tipo de delincuencia genera. Esto provoca, en no pocas ocasiones, la pérdida de valiosos elementos de prueba, incluso determinantes, y cerceña en parte las posibilidades de perseguir y sancionar exitosamente a los responsables de estos actos criminales. Los mecanismos para la protección de testigos se observan como la respuesta obligada del Estado al deber que tiene de brindar las seguridades suficientes para los declarantes de los procesos penales, en procura del debido resguardo de su derecho a la vida, integridad física y libertad; respuesta que en forma indisoluble debe acompañar la obligación que se le impone a los ciudadanos de rendir testimonio y decir verdad sobre los hechos delictivos que cono-

ce. El Estado no puede limitarse a exigir a la persona colaboración con la administración de justicia y abandonar al testigo cuyos intereses están siendo puestos indebidamente en peligro como consecuencia de la participación que se le demanda dentro del proceso penal. (p. 16)

Aunado a la posición de la Procuraduría General de la República se citan las Convenciones aprobadas para el combate de la criminalidad organizada, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; la primera de ellas en su artículo 24 (2000) establece:

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
- 2- Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el tes-

timonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos. (p.29)

De igual manera, en el artículo 32 de la Convención contra la Corrupción (2003) dice:

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo, aceptan-

do el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa. (p. 27)

Ambas Convenciones suscritas por Costa Rica, son coincidentes en establecer la importancia y necesidad de brindarle a la víctima o testigo, así como a sus familiares en riesgo con ocasión de su deposición en juicio, la protección necesaria y eficaz a cambio de contar con su testimonio en la fase de juicio, ello sin detrimento del derecho de defensa del acusado.

Otros instrumentos de carácter internacional como el Estatuto de la Víctima de la Decisión Marco del Consejo Europeo del año 2001, el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad del año 2008 citadas en el voto constitucional (2010) coinciden plenamente en que el Estado debe velar por la protección y seguridad de quienes se encuentren en condiciones de riesgo a su integridad física.

Colateralmente, la Sala Constitucional en el mismo voto jurisprudencial (2010) cita

la importancia que reviste el derecho de defensa para el acusado, incorporado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política costarricense, en concordancia con el artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el 8.s de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos que al unísono establecen los derechos otorgados al acusado como:

El derecho a tener un traductor, el derecho a la intimación e imputación, el derecho a la defensa material, el derecho a interrogar a los testigos, a estar presente en la recepción de la prueba, de ofrecer prueba de descargo, de tener los medios y tiempo necesario para preparar la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo. (p. 34)

La Sala Constitucional de Costa Rica, al analizar los argumentos esgrimidos por los interesados en esta consulta de constitucionalidad e incluyendo las referencias de algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como de la Constitución Política de Costa Rica entra a considerar y concluir que el acusado tiene el derecho a conocer todos y cada uno de los elementos probatorios, incluyendo la testimonial a quien podrá interrogar y examinar, lo cual no contrasta con la autorización procesal de mantener al testigo protegido aún en la fase de juicio. Esto implica que, no se le niega al acusado y a su patrocinio letrado de examinar al testigo protegido utilizando el contra-interrogatorio si es ofrecido por la parte acusadora, pero además se le exige a la parte que lo ofrece que previamente al juicio analice y verifique la información dada por el deponente protegido.

Este mecanismo de verificación no solo aplica para el testigo protegido, sino que además es una regla para las declaraciones de la víctima y de cualquier otro testigo, aun cuando no se encuentre bajo la tutela de un programa de protección procesal. La tesis que valida la Sala Constitucional en dicha acción de consulta, al inclinarse por la obligación de identificar al testigo o víctima protegida, lo ampara en un informe (2010) sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de octubre del año 2002 que concluyó lo siguiente:

Por otra parte, en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del veintidós de octubre del dos mil dos, se indica que la utilización de los sistemas judiciales “sin rostro”, donde los jueces, fiscales y testigos son anónimos dentro del proceso, violentan las garantías básicas de la justicia. Refiere que el uso de testigos ocultos no permite que el acusado pueda realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, dado que no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos que se le atribuyen. (p. 36)

Esta referencia que cita la Sala Constitucional de Costa Rica para afianzar su decisión sobre la prioridad del derecho de defensa para el acusado por encima de la vida para el testigo o víctima protegida no resulta equiparable a la situación real que experimentan las sociedades actuales frente al crimen organizado. Las modalidades de violencia con que actúan quienes conforman las organizaciones criminales, no encuentran un límite para hacer callar o intimidar a quien ha decidido colaborar con la administración de jus-

ticia, utilizando la muerte como un mensaje ejemplar para quien continúa como testigo o víctima protegida.

Una muestra precisa sobre la violencia en que actúa el crimen organizado para lograr obtener sus objetivos basados en dos premisas esenciales: el poder y el dinero; lo refiere una publicación oficial de las Naciones Unidas (2022) al destacar la difícil situación que se vive en México, al indicar:

El Comité contra las Desapariciones Forzadas denunció este martes que los responsables del crecimiento de las desapariciones en México son los servidores públicos, tanto del ámbito federal, estatal y municipal, como el crimen organizado, al que considera perpetrador central de las desapariciones. Durante la presentación de su informe sobre la vista que realizaron del 15 al 26 de noviembre de 2021, el órgano de expertos independientes instó a tomar acciones inmediatas para acabar con la impunidad absoluta y a instaurar una política nacional que sirva para prevenir esta tragedia humana. (p. 1)

También, un aspecto esencial para tomar en consideración lo es que gran parte o porcentaje de estas desapariciones forzadas en México ocurren para evitar acciones policiales y judiciales contra el crimen organizado, así se indicó en el citado informe de la ONU (2022) al señalar lo siguiente:

“Entre el 2006 y el 2021 se produce un crecimiento exponencial de las desapariciones en el país. Esto es un 98% del total desapariciones que ocurrieron durante dicho periodo”, acotó. Roda indicó que la mayoría de los desaparecidos son hombres de 15 a 40 años, aunque se advierte que las cifras oficiales reportan una creciente tendencia a la desaparición de niños a partir de los 12 años,

aunque también se debe incluir a los adolescentes y a las mujeres. La experta añadió que “se trataría de desapariciones que tendrían como objeto ocultar la violencia sexual, el feminicidio, la trata y la explotación sexual”. (p. 1)

Como una consecuencia obligatoria de tomar en consideración lo constituye el efecto impunidad, es decir, las estructuras criminales organizadas aseguran su continuidad en la actividad criminal con total y absoluta confianza y seguridad, al normativizar la muerte como una sanción para quienes colaboren con la justicia. En la misma línea de análisis, Costa Rica no está liberada de acciones violentas contra personas que de una u otra manera están o han estado vinculadas con el crimen organizado, así lo refleja una publicación del periódico digital *CRHoy* (2020) al señalar:

Los homicidios que son ordenados por el crimen organizado llegan a ser prácticamente imposibles de frenar en Costa Rica. Así lo demuestran los últimos 4 meses. Pese a las restricciones sanitarias y a la alta presencia policial en las calles, los asesinos siguieron haciendo de las suyas. Más de 160 personas fueron víctimas de un homicidio entre el 20 de marzo y el 20 de julio. En total, el país ya superó los 300 casos en el 2020. Álvaro González, jefe del Organismo de Investigación Judicial de Limón, explica la situación que enfrenta el país y cómo el fenómeno requiere un abordaje integral para tratar de disminuir los 560 eventos reportados en el 2019. (p. 1)

El récord ascendente que ha venido experimentando Costa Rica desde el año 2020 en cuanto a la incidencia de homicidios vinculados al crimen organizado, constituye un reflejo de cómo operan las estructuras

criminales en la actualidad, procurando que todo aquel que de una u otra manera se convierten en un obstáculo para ellos, deben ser eliminados con su vida.

Dicho fenómeno criminal, se ha mantenido en el último año 2023, así lo ha reflejado las estadísticas del Organismo de Investigación Judicial, según lo destaca el director de dicho organismo al diario nacional *Extra* (2023) quien refiere:

Randall Zúñiga, director del OIJ, en declaraciones en el programa *Extra-Sucesos* dijo que “los últimos tres meses del año son los meses con más homicidios en toda la historia de Costa Rica. Históricamente veo muy difícil que no podemos cerrar en una cifra cercana de los 900 y algo, por ejemplo. La proyección estaba para 918 a 920, muy probablemente va a terminar como 905, 910 homicidios, lo cual significa que vamos a pasar de una tasa de 12 muertes por cada 100.000 habitantes a 18 por cada 100.000”. Además, explicó que entre 2014 y 2021 la tasa por cada 100.000 habitantes aumentó 1 punto en ocho años. El año pasado se incrementó 1 punto en un año y este año estaba aumentando en 6 puntos. “Pasamos de tener 477 homicidios en 2013 a 588 en 2021. Se hacen algunas cifras de 110 homicidios en ocho años y el año pasado tuvimos 66 homicidios en un año de más. Este año estamos ya a 200, casi 230 muertes, en un año, cuando en ocho años tomamos para hacer 110 homicidios de diferencia...”. (p. 1)

Según la proyección de homicidios al cerrar el 2023, Costa Rica podrá alcanzar una tasa de 18 por cada 100000 habitantes, lo que representa una cifra histórica para la sociedad costarricense. Estos resultados reflejan que la criminalidad organizada ha modificado el modo de ejercer autoridad sobre otros grupos criminales o, incluso hacia lo interno

de las mismas estructuras, al utilizar la violencia en su máxima expresión, la vida.

La Sala Constitucional de Costa Rica tendrá que replantearse su criterio jurisprudencial, con predominio de proteger la vida humana y en un segundo orden el derecho de defensa, sin denegarle al acusado o su representante legal la posibilidad de conocer con detalle la deposición del testigo o víctima protegida, así como ejercitar eficazmente el contra interrogatorio. Mantener bajo estricta confidencialidad las calidades personales y características individualizantes del deponente protegido procesalmente, le asegura a este poder brindar su declaración sin que su integridad física alcance un riesgo potencial y eficaz.

12. Manejo del testigo o víctima protegida procesalmente en el derecho comparado

El crimen organizado tiene un alcance global, cada Estado ha tenido que asumir políticas criminales que logren contrarrestar, al menos, el desarrollo de este tipo de delincuencia.

El autor costarricense Frank Harbottle Quirós (2012) haciendo referencia a lo desarrollado por el autor Ronald Salazar Murillo menciona a España como uno de los países europeos que le brinda un tratamiento diverso al testigo protegido en comparación con Costa Rica, señala:

Se han distinguido dos formas de protección a testigos, el llamado testigo oculto y el testigo anónimo. El primero es el que rinde declaración en una condición tal que no pueda ser visto directamente por el imputado o las partes, siendo aceptado por la jurisprudencia de ese país, mientras que el anónimo es aquel cuya identidad es desconocida para el

Tribunal o para la defensa, o para ambos, el cual ha sido rechazado. (pp. 298-299)

El legislador costarricense se inclinó por darle una protección procesal al testigo protegido al permitir que se reserve sus calidades y características individualizantes durante las fases preparatoria o de investigación, intermedia y de juicio; no obstante, ha sido la Sala Constitucional la que ha limitado su protección procesal hasta la fase intermedia, no pudiendo mantenerse hasta la fase de juicio, ello por cuanto infringiría el principio de derecho de defensa; obviando que en esta fase del contradictoria oral y pública es la más importante del proceso penal, ya que debe analizarse la culpabilidad del imputado y la imposición de la pena bajo el principio de proporcionalidad.

Por constituir la jurisprudencia de la Sala Constitucional *erga omnes*, es decir, obligatoria para todos menos para sí misma, los demás órganos jurisdiccionales en materia penal debieron acoger dicha interpretación, pese a que resulta un riesgo para la vida del testigo o víctima protegida.

En la actualidad, tanto la Sala Constitucional como los demás órganos jurisdiccionales en materia penal, pese al indiscriminado desarrollo más violento y de poder hacia la sociedad civil y la institucionalidad democrática que vienen mostrando las organizaciones criminales, aún no han reaccionado a variar el criterio y de esta manera brindarle una mayor seguridad al testigo o víctima protegida que, en su afán de colaborar ambos con la administración de justicia, no encuentra un apoyo en los jueces para asegurarles su integridad física para la celebración del juicio o bien, posterior a este.

Para Carmen Navarro Villanueva, profesora titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona (2009)

en cuanto a la importancia del testigo protegido refiere:

La protección de testigos y peritos es una materia dotada de notable relevancia práctica no sólo en España, sino también en los países de nuestro entorno más próximo y lejano. Así, por ejemplo, en Colombia hace tiempo que se asumió como algo cotidiano la celebración de los juicios penales con testigos, cuya identidad siempre permanece en el anonimato, parapetados tras las más diversas máscaras y cuyas voces son inidentificables dado el empleo de instrumentos para distorsionarlas. (p. 3)

Para la criminalidad organizada, infundir miedo y demostrar su fuerza y poder, ejecutando y consumando homicidios a través de la figura del sicariato u homicidio calificado por pecio o promesa de pago como se encuentra tipificado en la legislación penal costarricense, o bien, cuando surgen conflictos entre los grupos criminales para extender su poder o dominio en los territorios, como también para demostrar autoridad a lo interno de la organización.

En este mismo sentido, la autora Navarro (2009) citando a Moreno Catena señala:

Si, a la capacidad inconmensurable de determinadas organizaciones para amedrentar a ciudadanos cuyos testimonios pueden ser relevantes para impedir la impunidad de sus acciones, unimos la contingencia que, como señala el profesor Moreno Catena, rodea a las fuentes personales de prueba por la facilidad con que se puede influir en ellas. (pp. 4-5)

De manera atinada la autora se refiere sobre la influencia directa o indirecta que puede recibir el testigo o víctima protegida

procesalmente, cuando se desarrollan acciones violentas en su máxima expresión, como es acabar con la vida humana de quien lo consideran un problema latente.

España, a través de su ley orgánica 19/1994 publicada en el boletín número 307 del 23 de diciembre (2023) legisló la importancia de darle protección a los testigos y peritos, así se desprende de algunos de los artículos que la componen:

Artículo 1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales. 2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2. Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones: a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposi-

bilite su identificación visual normal. c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

La misma ley en su artículo 4 inciso 3) contempla la posibilidad de que las partes puedan solicitar la identidad del testigo o perito protegido, siempre y cuando lo exponga de manera motivada, correspondiéndole al juez valorar dicha petición y, en caso de que así lo resuelva dándole lugar a la petición, se le brindará la información.

También, la ley de rito en el mismo artículo 4 pero en el inciso 5) autoriza la incorporación por lectura al debate de aquellas declaraciones de testigos o peritos protegidos, cuando sea de imposible reproducción, siendo un supuesto real el peligro a la vida o a su integridad física.

Cuando un Estado asume el compromiso de enfrentar con eficacia la criminalidad organizada debe, sin ninguna contemplación, brindarle protección segura a quien brinda información privilegiada del grupo criminal, misma que será esencial para procesarla penalmente.

En el caso de Argentina que no ha estado al margen de la criminal organizada, así como de terrorismo, debió incorporar a su derecho positivo normativa que le permita una protección eficaz a quienes figurarían como testigos en un proceso penal.

Para el autor argentino César Fortete en su artículo “La protección del testigo de manifestaciones delictivas complejas y el derecho de defensa del imputado” publicado en el año 2008 (2023), señala que:

En los últimos años Argentina también ha legislado en materia de lucha contra formas especiales o complejas de delincuen-

cia, contemplándose en algunas de estas leyes el diseño de estrategias especiales de recolección y protección de la prueba, como la incorporación de las figuras del arrepentido, del agente encubierto y la del testigo protegido. Estas figuras fueron reguladas por distintas leyes y en distintos momentos, por lo que, con el tiempo, surgió la necesidad de coordinar la protección de estos agentes en un único programa. Con motivo de ello se creó el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, que tiene por finalidad brindar una mayor protección a los testigos e imputados que hubieren colaborado de un modo eficiente con la investigación judicial de delitos complejos o de la delincuencia organizada, tales como secuestro, trata de personas, secuestro extorsivo, violación a la ley de estupefacientes y terrorismo. (p. 166)

El citado programa nacional que se cita (2023), se promulgó mediante ley número 25764 el 12 de agosto del año 2003, con el fin esencial de proteger y preservar la seguridad de imputados y testigos que aportaron información relevante para la investigación judicial de delitos de delincuencia criminal organizada. En el numeral 5 dice “El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar” (p.1), que fue restituido a su redacción original el 20 de febrero del año 2020 mediante decreto DNU168-2020.

Para culminar con éxito una investigación penal, en especial tratándose de delitos considerados complejos o bien, de criminalidad organizada como el narcotráfico, trata de personas, homicidios por sicariato, tráfico de armas, entre otros y, que la policía tuvo la colaboración de personas involucradas en la organización criminal, mismas que son ca-

lificadas como testigos esenciales, deben ser protegidas con todas las herramientas policiales y procesales que la legislación interna posea y con ello, asegurarles su integridad física en lo personal y a los miembros familiares más cercanos.

En Chile, el 2 de junio del 2023, el *Diario Constitucional.cl* (2023) publicó un extracto de la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema Chilena donde se destacó:

La Corte Suprema confirmó la sentencia que acogió recurso de protección y ordenó mantener bajo reserva de identidad a testigos que comparecerán en juicio por delitos contemplados en la ley seguridad del Estado, usurpación violenta de predios, hurto de madera y atentado contra la autoridad. Ilícitos cometidos a partir de noviembre de 2020, en la Región de La Araucanía. (p. 1)

La sentencia de referencia fue publicada íntegramente por el diario digital citado, en la cual se argumenta jurídicamente la justificación y legitimidad del Ministerio Público de mantener la reserva de la identidad del testigo en el caso *sub examine*, hasta la etapa de juicio; no solo porque la Constitución Política chilena así lo faculta, sino que además la legislación interna así lo regula, aunado a los lineamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sobre este tópico ha desarrollado. Resulta necesario y obligatorio citar algunos extractos de la citada sentencia, en lo atinente a la protección del testigo en fase de juicio:

Cuarto: Que, resulta conveniente recoger, además, las consideraciones del marco normativo internacional en relación a las medidas de reserva de identidad de testigos, tema que aborda la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el numeral 245 de su sentencia de 29 de mayo de 2014, en el co-

nocido “Caso Lonkos”, donde se consigna la legitimidad de decretar, como medida de protección de los testigos en una causa determinada, la reserva su identidad, “fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo”. Quinto: Que, el artículo 20 de la Constitución Política de la República establece el recurso de protección como arbitrio jurisdiccional a favor de quien, “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” que allí se indican, entre ellos la vida y la integridad física y psíquica, reconocidos en el número 1º de su artículo 19, facultando al tribunal que conoce de dicho arbitrio para adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. (pp. 3-4)

Con suficiente claridad y, resaltando la protección del testigo, la Sala Penal de Chile en este pronunciamiento, confirma la sentencia del *ad quo* que había avalado dicha protección que incluía la reserva de datos sensibles. Además, hace alusión que mantener esta decisión no afecta los derechos del imputado, quien puede recurrir aspectos vinculados a las declaraciones del testigo o testigos en condiciones de protección, en caso de que así lo considere; en ese sentido el fallo de referencia señala:

Undécimo: Que, en cuanto a su proporcionalidad frente a los derechos del imputado, la medida requerida, esto es, mantener en re-

serva la identidad de determinados testigos, no parece afectar significativamente los derechos del imputado, quien podrá, de todas maneras, interrogarlos y hacer valer el resto de sus derechos procesales, incluyendo —él sí— la presentación de los recursos jurisdiccionales que correspondan en caso de que los testimonios de dichas personas sean el único antecedente condenatorio de que se disponga en su contra, lo cual no parece ser del caso concluir en este estadio procesal, atendida la extensa prueba ofrecida en la misma acusación cuya corrección formal pretende justificar la revelación de identidades impugnada por esta vía. Duodécimo: Que, del mandato constitucional y deberes de la Fiscalía para la protección de los testigos, más los elementos fácticos calificados que han sido expuestos, es posible afirmar la gravedad de la potencial afectación de la vida e integridad física que causaría la divulgación de la identidad mantenida en reserva hasta ahora de los testigos que se trata; la arbitrariedad de la resolución que así lo ordenó, asilada en disquisiciones puramente formales; así como la proporcionalidad de la medida adoptada por la Corte. (pp. 9-10)

Finalmente, en Centroamérica, Honduras en el año 2007, a través del Congreso Nacional aprobó el Decreto #63-2007 que regula mediante ley el programa de especial de protección a testigos (2023) que en su numeral 11 establece que “Medidas de Protección. El director del programa podrá adoptar cualquiera de las medidas siguientes: 3) Cambio de identidad. 4) Modificación de rasgos físicos” (p.6).

En el mismo sentido, el Código Procesal Penal de Honduras en su artículo 237 (2023), establece una disposición expresa y especial para el testigo protegido que dice:

Cuando se aprecie fundamento racional de que existe peligro grave para una persona, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge o compañero de hogar o sus bienes, como consecuencia de su intervención en el proceso penal como denunciante, víctima, testigo o perito o se encuentre en las condiciones de vulnerabilidad descritas en el Artículo 237-A del presente Código, el Órgano Jurisdiccional, de oficio, a petición de parte o por manifestación de las personas que se encuentren en riesgo, ordenará la adopción de una o varias medidas de protección que se estime conveniente al caso concreto, entre ellas: 1) Que no conste en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, profesión u oficio, domicilio, centro de trabajo ni dato alguno de las personas a las que se refiere el párrafo anterior que pudiese servir para identificar al compareciente; estos datos deberán de ser consignados en sobre sellado que estará bajo la custodia del titular del Tribunal que conozca la causa. El compareciente deberá ser identificado con una clave o número acorde con la dignidad humana y a la solemnidad del proceso penal, procurando que ésta sea la misma en todo el procedimiento; no obstante, en aquellos casos en que la edad de la víctima sea un elemento relevante para la calificación del delito, se dejará constancia en el acta relativa a su declaración. Quien incumpla esta disposición incurre en un delito o responsabilidad penal; 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público. [...] 5) Que la declaración del compareciente sea rendida mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la

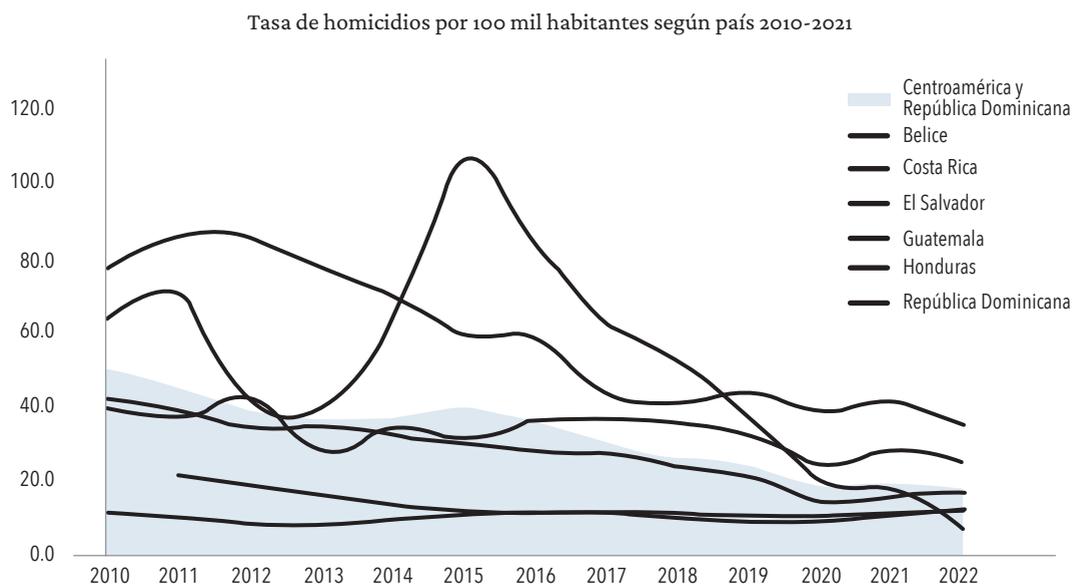
interacción visual, auditiva y verbal entre el Órgano Jurisdiccional Requirente y el requerido, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. En estos casos, el Órgano Jurisdiccional Requerido verificará previamente la identidad real, de manera singular y sin consultar ningún documento distinto a los que haya autorizado el Órgano Jurisdiccional Requirente; sin embargo, esta verificación se realizará de manera reservada en los casos que se haya dictado la medida de protección descrita en el numeral 1) del presente Artículo, debiendo remitir al órgano requirente la información de identificación respetiva. (pp. 85-87)

En el mismo cuerpo legal hondureño se dispuso el instrumento procesal de la pree-

ba anticipada y especialmente su recepción cuando exista peligro para ser recibida en juicio, según el artículo 277.

La criminalidad organizada no tiene límites o fronteras, su accionar cada vez más busca extender sus dominios para adquirir poder y dinero, sin importar las acciones violentas que puedan ejecutar contra quienes deciden colaborar con la administración de justicia. Para el año 2022 la ola de homicidios en los diferentes países en la región se ha incrementado, como se logra apreciar en la publicación hecha por USAID (2022) que corresponde a la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, lo cual no ha quedado estático para ese año, sino que el fenómeno siguió en aumento como lo refirió el director de la policía judicial en Costa Rica, Randall Zúñiga, citado con anterioridad.

Figura 1. La tendencia a la baja de homicidios registrada en la subregión de Centroamérica y República Dominicana desde 2015 se ha estabilizado en 2001, pero continúa a la baja en 2022. La tasa regional bajó en 1.6 puntos, y pasó de 20.0 a 18.4 homicidios por cada 100 mil habitantes; la más baja de los últimos nueve años.



En la figura 1 se muestra que en algunos países como Honduras y El Salvador han mostrado disminuciones significativas en la tasa de homicidios, mientras que en Costa Rica la tendencia ha sido el incremento. Ahora bien, la estadística refleja que las tasas de homicidios en la región siguen siendo altas.

Definitivamente, Costa Rica y todos aquellos países que actualmente se encuentran inmersos en actividades de criminalidad organizada y que no han modificado su normativa en cuanto a la protección del testigo protegido, cuya condición debe mantenerse durante todo el tiempo que se encuentre en riesgo, incluyendo la etapa de juicio, deben hacerlo sin tardanza injustificada y con ello alinearse a la nueva realidad global del crimen transnacional organizado.

13. Conclusiones

El Código Procesal Penal de Costa Rica presenta normas en conflicto en cuanto a la etapa en que puede mantenerse la reserva de las calidades e identidad del testigo protegido, la primera de ellas consignada en el numeral 204 *in fine* que establece que dicha protección solo se mantiene para las fases preparatoria e intermedia; luego el art. 319 que regula la resolución que el juez emite una vez finalizada la audiencia preliminar, donde se indica en su parte final que “se pronunciará sobre las solicitudes de protección de víctimas o testigos o sobre el mantenimiento” y, por último, el artículo 350 que establece la modalidad en que debe de recibirse la declaración de un testigo protegido “en especial cuando sea necesario mantener la reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz”.

No violenta el debido proceso ni el derecho de defensa, ni quebranta las conven-

ciones emitidas sobre derechos humanos, mantener la reserva de la identidad y demás calidades individualizantes de un testigo protegido, cuando la defensa haya tenido la oportunidad de preguntar y repreguntar, además se le haya mantenido la protección eficaz al declarante protegido.

Que la reserva de las calidades y características físicas del testigo protegido constituye la aplicación del principio de dignidad humana por parte del Estado, en procura de no exponerlo a un riesgo inminente hacia su integridad física y la vida. El artículo 293 del Código Procesal Penal costarricense faculta al Ministerio Público, al querellante y a la defensa a solicitar la protección de un testigo cuando así sea requerido, siendo uno de los supuestos válidos cuando su vida se encuentra en riesgo, pudiendo imponerse medidas de protección procesal dictadas por la autoridad jurisdiccional, como la reserva de su identidad y la de sus calidades físicas, condición que debe prevalecer y mantenerse durante las etapas del proceso en que aún permanezca el riesgo o peligro para la vida del testigo o víctima protegida.

14. Recomendaciones

Que la Asamblea Legislativa, como órgano encargado de crear y modificar las leyes en Costa Rica, modifique el numeral 204 *in fine* del Código Procesal Penal vigente para que se lea: “La reserva de identidad del testigo protegido rige para las fases preparatoria, intermedia y de juicio, hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y el riesgo por el cual se dictaron haya desaparecido.”

Que la reforma legislativa al código de rito comprenda además el numeral 204 bis inciso 2) para que se modifique de la siguiente manera: “Las medidas de protección

acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al riesgo, para las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, incluyendo hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y el riesgo por el cual se dictaron haya desaparecido.”

15. Referencias

- CIJUL en línea. (2014). <https://www.bing.com/search?q=anticipo+jurisdiccional+de+prueba&q=NM&pq=el+anticipo+jurisdiccio&sc=9-23&cvid=9E5500286BAC488881A9EA764E02D833&FORM=Q-BRE&sp=1&ghc=1&lq=0>
- Circular Administrativa del Ministerio Público Número 26-ADM. (2019). Costa Rica. Ministerio Público. Sitio Web del Ministerio Público —Circulares Administrativas— Año 2019 (poder-judicial.go.cr)
- Consulta constitucional. (2010). Resolución número 17907-2010 Poder Judicial (poder-judicial.go.cr)
- Diario Constitucional Chileno*. (2023). <https://www.diarioconstitucional.cl/2023/06/03/corte-suprema-confirma-fallo-que-ordena-mantener-la-reserva-de-identidad-de-testigos-en-causa-por-ley-de-seguridad-del-Estado/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20confirm%C3%B3%20la%20sentencia%20que%20acogi%C3%B3>
- Diario Extra*. (2023). Diario Extra - octubre cierra con 75 homicidios dolosos
- Fortete, C. (2023). Protección del testigo. La Protección Del Testigo de Manifestaciones Delictivas | PDF | Delito | Ley procesal (scribd.com)
- Harbottle, F. (2012). El testigo sin rostro en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. No. 4. El “testigo sin rostro” en el anticipo jurisdiccional de prueba en el (studylib.es)
- Hernández, J., Rodríguez, C. y Tenorio, A. (2008). El testigo sin rostro en Costa Rica. (Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica). Repositorio.
- Houed, M. (2018). Proceso Penal en Costa Rica. <https://www.studocu.com/latam/document/universidad-hispanoamericana-costa-rica/medicina-legal/moises-proceso-penal-en-costa-rica/2251314>
- Llobet, J. (2007). Derechos humanos en la justicia penal. Poder Judicial. Costa Rica.
- Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de España. (2023). *Boletín oficial*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-28510>. Naciones Unidas. (2022).
- México: funcionarios públicos y crimen organizado son los responsables de las desapariciones | Noticias ONU
- Navarro, C. (2009). Protección a testigos y peritos. *Revista de derecho procesal penal*. justicia2009_tomo2.indb (corteidh.or.cr)
- Picado, C. y Calderón, A. (2015). Técnica y Estrategia Procesal. Editorial Investigaciones Jurídicas. Primera edición. Costa Rica.
- Robledo, J. (2010). Los principios procesales y la dirección funcional. Escuela Judicial. Costa Rica.
- USAID (2022). *OP_RG_2022_ESP.pdf* (infosegura.org)
- Vega, F. (2022). La consolidación de la delincuencia organizada transnacional. *Revista de Derecho Penal* # 37. La consolidación de la delincuencia organizada transnacional (iustel.com)
- Solano, J. CRhoy. Diario digital. (2020). Crimen en Costa Rica: ejecuciones ordenadas son casi imposibles de frenar (crhoy.com)

Convenciones

- Convención contra la corrupción de Naciones Unidas. (2023). 04-56160_main_pr (unodc.org)
- Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. (2000).
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (unodc.org)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2010). Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Edición número 11.

Leyes

- Código Procesal Penal de 1996. (2023). Ley # 7594 de 1996. Costa Rica. Gaceta # 106 del 4 de junio.
- Código Procesal Penal. (2023). Codigo-Procesal-Penal-Honduras.pdf (criterio.hn)
- Constitución Política de 1949. (2020). Costa Rica. Investigaciones Jurídicas.
- Decreto # 63-2007 de Honduras. Poder Legislativo (tsc.gob.hn)
- Ley contra la delincuencia organizada. (2009). Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)
- Ley de Protección de Testigos. (2023). Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65274&nValor3=115375&strTipM=TC

Votos de Jurisprudencia

- Voto # 17907 (2010). Sala Constitucional de Costa Rica. Poder Judicial (poder-judicial.go.cr)
- Voto # 798. (2018) Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-851858>
- Voto # 17926. (2021). Sala Constitucional de Costa Rica. Poder Judicial (poder-judicial.go.cr)
- Voto #3. (2019) Sala Tercera Penal de Costa Rica. Poder Judicial (poder-judicial.go.cr)

El derecho penal ante la obsolescencia programada

• Demelsa Benito Sánchez •

Universidad de Deusto

Resumen: Este trabajo estudia las implicaciones penales de la obsolescencia programada. En concreto se pretende dar respuesta al interrogante de si debe intervenir el derecho penal para castigarlas o no, tomando como referencia dos principios limitadores del derecho penal: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima. El trabajo concluye que no es necesaria la incorporación de un delito autónomo de obsolescencia programada. Existen otros delitos, al menos, en el Código Penal español, como el delito de publicidad falsa, la estafa y los daños que pueden dar respuesta a los casos más graves.

Palabras clave: agenda 2030, consumidor, delito, derecho penal, obsolescencia programada

Abstract: This paper examines the criminal law implications of planned obsolescence. Specifically, it aims to answer the question of whether the criminal law should intervene or not, considering two limiting principles of the criminal law: the principle of exclusive protection of legal assets and the principle of minimum intervention. The paper concludes that it is not necessary to incorporate an autonomous offence of planned obsolescence. There are other offences, at least, in the Spanish Criminal Code, such as false advertising, fraud and property damages that can respond to the most serious cases.

Key words: agenda 2030, consumer, offence, criminal law, planned obsolescence

Fecha de recepción

23-03-2024

Fecha de aceptación

04-06-2024

Sumario:

1. Introducción
2. La obsolescencia programada: concepto, clases y efectos
3. El tratamiento de la obsolescencia programada desde el derecho penal
 - 3.1. La obsolescencia programada como posible delito medioambiental
 - 3.2. La obsolescencia programada como posible delito contra los consumidores
 - 3.3. La obsolescencia programada como posible delito patrimonial
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

Este trabajo¹ tiene por objeto el estudio de las implicaciones penales que pueden tener las conductas de obsolescencia programada. En concreto se pretende dar respuesta al interrogante de si debe intervenir el derecho penal para castigarlas, en atención al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y al principio de intervención mínima. La temática de este trabajo se vincula con los objetivos de desarrollo sostenible en clave de derecho penal. En concreto, el objetivo de desarrollo sostenible (en adelante, ODS) al que se vincula este capítulo es el número 12, referido a la producción y al consumo responsables.

La preocupación de la Agenda 2030 en relación con este ODS parte del hecho de que el progreso económico logrado en el último siglo ha tenido una influencia negativa en el medioambiente y en los recursos naturales. Para revertir esta tendencia, la Agenda 2030 aspira a desvincular el crecimiento económico de la degradación medioambiental. El ODS número 12 tiene doce metas, algunas de las cuales están íntimamente ligadas con la obsolescencia programada de los bienes de consumo. En concreto, son las metas 12.5 y 12.6, aunque indirectamente en todas las demás también se podrían encontrar vínculos con la obsolescencia. La meta 12.5 hace referencia a “reducir considerablemente la generación de desechos mediante actividades de prevención, reducción, reciclado y

¹ Este trabajo fue publicado en Gómez Lanz, Javier y Gil Nobajas, Soledad (dir.). *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

reutilización”. Téngase en cuenta que la obsolescencia programada persigue aumentar la tasa de remplazo de los productos (para generar más beneficios a las empresas) por lo que la cantidad de residuos también se verá incrementada, y ello sin que sea necesario pues el producto se deshecha sin haber acabado aún su vida útil, pero de algún modo se obliga al consumidor a desprenderse de él. La meta 12.6 hace referencia a “alentar a las empresas, en especial a las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes”. Esta meta también está estrechamente relacionada con la obsolescencia programada pues, como se verá, los casos más conocidos han sido protagonizados por grandes multinacionales.² Además, una de las mayores demandas para alentar a las empresas a no hacer uso de la obsolescencia tiene que ver, precisamente,

2 En Francia, Apple fue sancionada por la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* a una multa de 25 millones de euros por no haber informado de bien a los consumidores de las actualizaciones del sistema ios. En Italia, la *Autorità garante della concorrenza e del mercato* sancionó a Apple y Samsung por prácticas desleales relacionadas con la obsolescencia programada. Las multas fueron de diez y cinco millones de euros, respectivamente. En Estados Unidos, Apple acumula un buen número de procedimientos y de sanciones relacionados con la obsolescencia programada. *Vid.*, detalladamente, SOTO PINEDA, A.: “EE.UU. vs. Apple Inc.: A propósito de los litigios suscitados por la obsolescencia programada tecnológica”, en *Jurídicas*, 18-1, 2021, pp. 267-282.

con la información que deben proporcionar sobre los productos que venden. Si hubiera más datos disponibles sobre, por ejemplo, la durabilidad del producto, sería más sencillo exigir responsabilidad (aunque no necesariamente penal), lo que podría alentar a las empresas a comportarse de otro modo para evitar las consecuencias negativas de un procedimiento o la pérdida reputacional.

La obsolescencia de los productos genera consecuencias negativas en ámbitos diversos. Ya sea programada o no, la obsolescencia de determinados productos, especialmente los tecnológicos, produce ingentes cantidades de residuos, que podrían reducirse si se evitara el reemplazo innecesario de los productos. La acumulación de estos residuos en los vertederos tecnológicos —ubicados normalmente en los países más desfavorecidos económicamente—³ tiene devastadores efectos para el medioambiente. Téngase en cuenta que algunos de los productos ni siquiera degradables. La obsolescencia programada no solo es la responsable del aumento de los residuos sino también del incremento en el uso de recursos naturales, por ejemplo, materias primas para elaborar nuevos bienes de consumo. Además de las consecuencias medioambientales, la obsolescencia tiene consecuencias económicas para las empresas y para los consumidores. A las primeras les genera un importante dilema. Por un lado, la empresa que pretende ofrecer un producto en el mercado y que, lógicamente, busca el mayor beneficio económico posible, conoce que el mejor resultado lo obtendrá cuando el producto tenga la menor durabilidad posible

3 BAN (BASEL ACTION NETWORK): *Holes in the circular economy: WEEE leakage from Europe*, 2018, p. 22.

sin que el cliente sea consciente de ello, pues ello le obligará a reemplazarlo, lo que hará que las ventas aumenten. Por otro lado, si el consumidor descubre ese engaño, la empresa se enfrentará a posibles responsabilidades legales, además de que verá mermada su reputación, lo cual podría tener una incidencia negativa en el volumen de ventas. A los consumidores, la obsolescencia les puede afectar seriamente al bolsillo pues se ven obligados a reemplazar los productos antes de lo que sería necesario, lo que puede llegar a aumentar el endeudamiento de las familias. Y como han puesto de manifiesto algunos trabajos, los consumidores más afectados por la obsolescencia son los que menos recursos poseen.⁴

La preocupación por las consecuencias negativas de la obsolescencia programada ha llevado a los organismos internacionales y a los estados a adoptar normas para tratar de reducirla. El foco no se ha puesto en normas penales, lo que de entrada debe valorarse de manera positiva, pues parece haberse respetado el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Las medidas legales para frenar la obsolescencia programada vienen de otros ámbitos como el derecho privado o el derecho administrativo. Solo Francia se ha erigido como el único país que criminaliza la obsolescencia programada. En concreto, incorporó un delito a su Código de consumo que castiga estas conductas con penas de prisión de dos

años y multa de 300,000 euros. Sin embargo, el delito no está exento de polémica. De hecho, solo unos años después de su incorporación a la legislación francesa, fue reformado eliminándose uno de los requisitos que más podía limitar su aplicación. En todo caso, de momento, siete años después de su adopción no existen condenas al respecto, aunque se han abierto procedimientos a Apple y a Epson. En otros ordenamientos donde no existe un delito autónomo de obsolescencia programada se podría plantear la intervención penal desde otros delitos clásicos como los delitos contra los consumidores, la estafa o los daños en el patrimonio ajeno. Precisamente, lo que pretende este trabajo es analizar si es necesaria la intervención penal para castigar la obsolescencia programada y, de serlo, si es necesaria la incorporación de un nuevo delito al código penal o si son suficientes los delitos existentes. Para dar respuesta a este interrogante se comienza este trabajo con un apartado en el que se analizan el concepto y las clases de obsolescencia. La ausencia de una definición consensuada y la multitud de clases de obsolescencia que existen puede dificultar el abordaje del problema desde el ámbito del derecho penal, cuyas normas han de ser taxativas. Seguidamente se estudian las posibles repercusiones penales de la obsolescencia programada. En este apartado se valorará la obsolescencia programada como posible delito contra el medio ambiente, contra los derechos de los trabajadores y contra el patrimonio. El trabajo concluye que no es necesaria la incorporación de un delito autónomo de obsolescencia programada similar al que existe en la legislación francesa. Existen otros delitos como el delito de publicidad falsa, la estafa y los daños que pueden dar respuesta a los casos más graves. Además, no hay que ignorar que existe toda una normativa extrapenal que protege al

4 LIBAERT, T. y HABER, J.: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza"*, (Dictamen de iniciativa) (2014/C 67/05). DOC 67 de 6.3.2014, punto 2.9.

consumidor y que puede sancionar las conductas de obsolescencia programada de una manera eficaz y disuasoria.

2. La obsolescencia programada: concepto, clases y efectos

Aunque la expresión obsolescencia programada pueda parecer moderna, hace prácticamente un siglo que comenzó a emplearse. Bernard London acuñó el término en los años treinta del siglo xx para designar una política que, en su opinión, haría salir a Estados Unidos de la Gran Depresión.⁵ Él propuso que, por ley, se obligara a la sustitución de los productos, lo que estimularía el consumo, la producción y, por tanto, el empleo, con lo cual, la economía volvería a crecer. Lo que London pretendía era acabar con la contradicción que existía hasta ese momento: la tecnología optimizaba la producción y permitía producir más y mejor, pero las familias norteamericanas no podían acceder a los productos por la acuciante crisis económica. La obsolescencia programada serviría para incentivar el crecimiento económico ya que

habría que producir cada vez más, lo que generaría empleo y riqueza.

La idea de London entraba en contradicción con lo que había sido la estrategia empresarial imperante desde la Revolución Industrial hasta principios del siglo xx, estrategia que buscaba la elaboración de productos duraderos, y cuando más resistente fuera el producto al paso del tiempo, mejor era valorado por el consumidor.⁶ De hecho, durante mucho tiempo el progreso en el ámbito empresarial se identificó con los bienes duraderos. Sin embargo, la consecución de productos muy duraderos hizo que algunos pensarán que las empresas quebrarían porque la tasa de remplazo de los productos sería mínima, con lo que las ganancias caerían. Ante este temor, algunas estrategias empresariales de los primeros años del siglo xx se centraron en limitar la vida útil de los productos. Quizá el caso más conocido es el del cártel Phoebus en los años veinte del pasado siglo. Los miembros del cártel, empresas americanas y europeas, acordaron imponer limitaciones técnicas a la duración de las bombillas, reduciendo su vida útil de 2500 horas (llegar a este número de horas había sido todo un hito) a 1000 horas, para que se tuvieran que reemplazar más frecuentemente y que, con ello, las empresas obtuvieran mayores beneficios, sin importar que el con-

5 LONDON, B.: *Ending the depression through planned obsolescence*, University of Wisconsin, 1932. Pocos años antes, George Frederick había utilizado un término muy similar, “obsolescencia progresiva”, también para hacer frente a la crisis económica en la que estaba inmerso Estados Unidos. En su opinión, se debía fomentar una obsolescencia más progresiva animando al consumidor a comprar por un sentido estético, de modernidad. MOYSE, P.: “The uneasy case of programmed obsolescence”, en *University of New Brunswick Law Journal*, 71, 2020, p. 67.

6 GARCÍA GOLDAR, M.: “Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)”, en *Revista de Fomento Social*, 76-1, 2021, p. 93; RUIZ MALBARES, M. C. y ROMERO GONZÁLEZ, Z.: “La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada”, en *Saber, Ciencia y Libertad*, 6-1, 2011, p. 132.

sumidor perdiera dinero.⁷ Otro ejemplo de la primera mitad del siglo xx fue el caso de las medias de nailon DuPont. El material inicial hacía que las medias fueran prácticamente irrompibles, pero para aumentar las ventas se fueron modificando sus componentes para que tuvieran que ser reemplazadas más a menudo, lo que se notó en un ascenso en las ventas en la década de los cincuenta y más adelante.⁸ En algunos casos, el reemplazo continuo —el producto de usar y tirar— fue visto incluso como algo positivo, como un avance. Por ejemplo, Gillette revolucionó el mercado a principios del siglo xx con la venta de cuchillas desechables.⁹ Y que es que la obsolescencia de los bienes de consumo tuvo

y tiene sus grandes defensores, a la vez que tiene grandes detractores.¹⁰ Los primeros argumentan que es necesaria para el progreso tecnológico, el cual, en último término, aspira a mejorar el bienestar de las personas. Los segundos argumentan que genera efectos devastadores para el medioambiente, a la vez que ocasiona importantes perjuicios económicos a los consumidores.

La idea entorno a la que gira la obsolescencia programada es la reducción de la vida útil del producto, de modo tal que se estimule el consumo y, por tanto, la producción, lo que en último término generará mayores beneficios a las empresas. Aunque esa idea es el eje central de la obsolescencia programada, es difícil, encontrar una definición consensuada. Entre las definiciones más usadas está la de Bulow, de los años ochenta, según la cual la obsolescencia programa es “la producción de bienes con vidas útiles antieconómicamente cortas, de modo que los consumidores tengan que repetir compras”.¹¹ Entre las definiciones más actuales, Bisschop entiende que la obsolescencia programada es el “diseño deliberado de los productos para limitar artificialmente su vida útil, ya sea su funcionalidad real o percibida, para alentar o demandar a los consumidores el re-

7 MOYSE, *The uneasy case...*, *op. cit.*, p. 83. El cártel llegó al punto de sancionar económicamente a los miembros que no respetaban el acuerdo. Periódicamente debían enviar las bombillas a un laboratorio en Suiza para que se pudieran testar y comprobar que no superaban las 1000 horas de funcionamiento. BISSCHOP, L. *et al.*: “Designed to break: planned obsolescence as corporate environmental crime”, en *Crimen, Law and Social Change*, 2022, pp. 12-13.

8 HARTL, R. *et al.*: “Reputation or warranty, what is more effective against planned obsolescence?”, en *International Journal of Production Research*, 2022, p. 2. MALINAUSKAITE, J. y ERDEM, F. B.: “Planned Obsolescence in the Context of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 41-3, 2021, p. 722.

9 MAITRE-EKERN, E. y DALHAMMAR, C.: “Regulating Planned Obsolescence: A Review of Legal Approaches to Increase Product Durability and Reparability in Europe”, en *Review of European Community & International Environmental Law*, 25 (3), 2016, p. 380.

10 HELLMAN MORENO, J.: “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, en *Diario La Ley*, 8819, Sección Tribuna, 2016, p. 1.

11 BULOW, J. L.: “An economic theory of planned obsolescence”, en *The Quarterly Journal of Economics*, 101, 1986, p. 729.

emplazo prematuro de los productos.¹² Hartl define el término como esa estrategia según la cual “los productores restringen artificial e intencionadamente la vida útil de un producto para estimular la repetición de las compras”.¹³ Malinauskaite y Erdem entiende que la obsolescencia programada consiste en “diseñar productos con un vida útil corta y alentar a los consumidores a comprar un recambio más rápidamente de lo que, de otro modo, tendrían que hacerlo”.¹⁴ Soto Pineda considera que la obsolescencia programa es “aquella estrategia de manufactura implementada por las empresas, dirigida a limitar la vida útil de los productos que fabrican”.¹⁵

Para algunos autores, incluso el propio término es polémico y debería replantearse su uso.¹⁶ Además, existen muchas expresiones que se utilizan como sinónimas de obsolescencia programada, como obsolescencia prematura, intencionada, deliberada o incorporada, lo que puede generar confusión. La tarea de encontrar una definición unívoca se

complica aún más si se tiene en cuenta que hay diferentes modalidades de obsolescencia, por lo que es difícil dar con una definición que las englobe a todas. Malinauskaite y Erdem proponen una clasificación bipartita, distinguiendo entre obsolescencia técnica, por un lado, y psicológica, por otro.¹⁷ En la primera incluyen el diseño intencionado de productos con una duración más corta de lo que la industria sería capaz de producir con la técnica existente y manteniendo los costes. Se incluirían aquí los casos en los que se diseña el producto para que deje de funcionar después de un número de usos o ciclos (ej. una impresora¹⁸), los casos en los que no es posible reparar el producto porque no se fabrican recambios, y los casos de la llamada obsolescencia por incompatibilidad, muy típica en los teléfonos móviles, en donde la imposibilidad de seguir usando el producto se produce introduciendo actualizaciones de *software* no compatibles o actualizaciones demasiado voluminosas para el *hardware*. La obsolescencia psicológica sería esa estrategia en la que se induce a los consumidores a sustituir el producto, aunque todavía se puede usar perfectamente. Es una estrategia muy empleada, por ejemplo, en el mundo de la moda,¹⁹ que nos anima a renovar el armario

12 BISSCHOP *et al.*, *Designed to break...*, *op. cit.*, p. 2.

13 HARTL *et al.*, *Reputation or warranty...*, *op. cit.*, p. 1.

14 MALINAUSKAITE y ERDEM, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 720.

15 SOTO PINEDA, J. A.: “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, en *Actualidad Civil*, 6, 2015, p. 3.

16 Bronneke propone, por ejemplo, la expresión, “obsolescencia evitable”, BRONNEKE, T.: “Premature Obsolescence: Suggestions for Legislative Counter-measures in German and European Sales & Consumer Law”, en *Journal for European Environmental & Planning Law*, 14, 2017, p. 363.

17 MALINAUSKAITE y ERDEM, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 724.

18 En Francia, la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* abrió una investigación a Epson en 2017 por programar la obsolescencia de sus impresoras.

19 MELLAL, M. A.: “Obsolescence –A review of the literature”, en *Technology in Society*, 63, 2020, p. 2.

cada temporada.²⁰ Este tipo de obsolescencia se lleva a cabo a través de las campañas de marketing y está basada en las percepciones del consumidor sobre el producto, por eso se le denomina también obsolescencia percibida.

Latouche propone una clasificación tripartita: obsolescencia técnica, psicológica y programada. La obsolescencia técnica sería aquella que implica el desuso del aparato debido al progreso técnico, que incorpora mejoras e innovaciones. Téngase en cuenta que este tipo de obsolescencia podría ser, en ocasiones, incluso beneficiosa para el medioambiente o para la economía del consumidor pues una innovación de este tipo puede hacer que el nuevo producto contamine menos (ej. un automóvil) o que consuma menos electricidad.²¹ La obsolescencia psicológica se en-

tiende del mismo modo que se ha expuesto en el párrafo anterior. El producto se reemplaza por otro simplemente porque tiene una apariencia más moderna, pero no hay en él mejora técnica. La obsolescencia programada sería aquella en la que, desde el inicio, el fabricante del producto lo diseña para que tenga una vida útil limitada (menor a la que podría tener según la técnica existente).²²

La clasificación del Comité Económico y Social Europeo,²³ muy citada entre la doctrina, distingue cuatro modalidades de obsolescencia: programada, indirecta, por incompatibilidad y estética. La obsolescencia programada propiamente dicha consiste en reducir la vida útil de producto, por ejemplo, a través de la incorporación de un dispositivo que provoque que el aparato deje de funcionar. La obsolescencia indirecta se produce por la imposibilidad de reparar el aparato bien porque no hay piezas de recambio bien porque no es posible sustituir la pieza sin afectar al aparato (el mejor ejemplo sería el de las baterías insertas en los teléfonos móviles, que en ocasiones no se pueden retirar sin dañar el dispositivo). En este tipo de obsolescencia, basta con que un componente del aparato no se pueda reparar o sustituir para que el consumidor tenga que deshacerse de él y comprar uno nuevo, aunque el resto de las piezas sigan funcionando. La obsolescencia por incompatibilidad es la que se produce,

²⁰ La industria de la moda se ha convertido en la segunda industria más contaminante del planeta (PHILIP, R. S.; ANIAN, A. M. y RAJA, A. S.: “Planned fashion obsolescence in the light of supply chain uncertainty”, en *Academy of Strategic Management Journal*, 19-1, 2020, p. 1), de ahí que la reducción de su impacto medioambiental esté entre las prioridades de diferentes organizaciones internacionales. Desde hace tiempo, la Unión Europea está fomentando la economía circular, dentro de la cual, los productos procedentes de la industria textil deben desempeñar un papel muy relevante. *Vid.*, por ejemplo, entre otras iniciativas, COMISIÓN EUROPEA: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A new circular economy action plan for a cleaner and more competitive Europe*, COM/2020/98 final, Bruselas, 11.3.2020.

²¹ MELLAL, *Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 2.

²² LATOUCHE, S.: *Bon pour la casse: Essais sur l'obsolescence programmée*, Liens qui libèrent, París, 2012, pp. 38 y ss.

²³ LIBAERT, T. y HABER, J.: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo...*, *op. cit.*, punto 2.4.

por ejemplo, en el caso de dispositivos informáticos que dejan de funcionar al actualizarse el sistema operativo. Finalmente, la obsolescencia estética o psicológica se define en el mismo sentido que lo hacen los autores citados anteriormente. Respecto de varios productos se podrían apreciar, a la vez, diferentes tipos de obsolescencia, especialmente, porque la obsolescencia estética suele estar presente junto con alguna de las otras modalidades.²⁴

A la vista de esta variedad de tipos de obsolescencia, es difícil acordar una definición que englobe a todos ellos, a la vez que es difícil diseñar una única estrategia desde la perspectiva jurídica para afrontar todas las formas de obsolescencia. Por ejemplo, en nuestra opinión, de entrada, no se podría exigir responsabilidad, no ya desde el derecho penal, sino tampoco desde otros ámbitos del derecho respecto de la llamada obsolescencia psicológica o percibida. Las estrategias de marketing que se emplean para promocionar los productos forman parte de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente.²⁵ La limitación de esas estrategias solo sería posible si la publicidad se entendiera ilícita, pero no parece que los casos de obsolescencia estética encajen ahí. Además, respecto de este tipo de obsolescencia no hay que olvidar la parte de responsabilidad que podría atribuirse al consumidor, que sabiendo que

el producto funciona, decide cambiarlo por otro con apariencia más moderna,²⁶ con lo que el impacto medioambiental es compartido entre este y el fabricante. Este tipo de obsolescencia solo puede abordarse a través de campañas de concienciación sobre los perjudiciales efectos que tiene la obsolescencia para el medioambiente y para los recursos naturales; campañas que han de centrarse en modificar los hábitos de consumo. Hay quien sí ha propuesto su criminalización,²⁷ lo que se rechaza en este trabajo por entender que no respetaría el principio de intervención mínima del derecho penal.

Respecto de la llamada obsolescencia indirecta es difícil justificar su castigo a través del derecho penal. Una cosa es obligar por ley al fabricante a disponer durante un tiempo de los elementos necesarios para reparar el producto, y otra cosa muy distinta es que el incumplimiento de este mandato deba castigarse a través del recurso a la pena. Parece que se vulneraría aquí, de nuevo, el principio

²⁴ LOBACH, Q. C.: “Zivilrechtliche Aspekte des geplanten Verschleißes”, en *StudZR-WissON*, 1, 2016, p. 37; MAITRE-EKERN y DALHAMMAR, *Regulating Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 381.

²⁵ Art. 38 de la Constitución española y art. 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

²⁶ BISSCHOP *et al.*, *Designed to break...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁷ ARMENGAUD, Y. *et al.*: *Pour un meilleur encadrement juridique de l'obsolescence programmée*, Aix-Marseille Université, 2019, p. 19. SCHALDEMOSE, C.: *Opinion of the Committee on the environment, public health and food safety for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies (2016/2272(INI))*, 2017, Parlamento Europeo, punto 13. Malinauskaite y Erdem también proponen que se prohíba este tipo de obsolescencia, incluso desde normativa de la Unión Europea, pero no hablan de criminalización en sentido estricto. MALINAUSKAITE y ERDEM, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 749.

de intervención mínima. La estrategia actual contra la obsolescencia indirecta pasa por el diseño ecológico de los productos, en línea con la Directiva 2009/125/CE.²⁸ En definitiva, los puestos que podrían ser castigados desde el derecho penal, a la espera del análisis más detallado en el apartado siguiente, son la obsolescencia programada en sentido estricto y la obsolescencia por incompatibilidad. No obstante, *infra* apartado 3.3 se expondrá algún supuesto de obsolescencia indirecta que quizá podría ser encajable en el delito de estafa.

De las diferentes modalidades de obsolescencia que se han mencionado, descartando la psicológica, pues es una modalidad con elementos muy diferenciados, se pueden extraer algunos elementos comunes que están presentes en la mayoría de las definiciones que la doctrina ha ido aportando. El primero es la conducta, que consiste en la reducción deliberada de la vida útil de un producto. Las diferentes definiciones ponen el foco no solo en la reducción de la vida útil del producto, sino en su reducción de manera deliberada o intencionada por parte del productor.²⁹ Este

es el elemento clave para poder hablar de responsabilidad penal, por ejemplo, de acuerdo con la legislación francesa, aunque es un elemento que genera mucha polémica, como se verá. El segundo elemento es el objetivo que se persigue con tal conducta, que no es otro que aumentar la tasa de reemplazo del producto para aumentar los beneficios.³⁰ Existe, además, un tercer elemento que puede ser clave para una eventual responsabilidad penal: la asimetría de la información entre el productor y el consumidor,³¹ especialmente, en la industria tecnológica. Precisamente, entre las diferentes estrategias para combatir la obsolescencia se hace mucho énfasis en la necesidad de que los consumidores reciban

²⁸ La Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía (DO L 285, de 31.10.2009).

²⁹ BRONNEKE, *Premature Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 363; GARCÍA GOLDAR, *Propuestas...*, *op. cit.*, p. 94; LOBACH, *Zivilrechtliche Aspekte...*, *op. cit.*, p. 33; MARTÍNEZ, N. A. y PORCELLI, M. A., “Un difícil camino en pos del consumo sustentable: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, en *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 18-2,

2016, p. 341; RAES, D.; “L’obsolescence programmée à l’épreuve de l’obligation d’information du vendeur, de la notion de conformité et de la garantie des vices cachés”, en *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 240; HUART, C.: *L’obsolescence programmée: une intervention législative nécessaire?*, Université catholique de Louvain, 2019, p. 6; MOYSE, *The uneasy case...*, *op. cit.*, p. 93.

³⁰ LOBACH, *Zivilrechtliche Aspekte...*, *op. cit.*, p. 34; MARTÍNEZ y PORCELLI, *Un difícil camino...*, *op. cit.*, p. 341; MOYSE, *The uneasy case...*, *op. cit.*, p. 93; RODRÍGUEZ, M.: “Obsolescencia de los productos y consumo responsable. Estrategias públicas y sociales hacia un desarrollo sostenible”, en *Distribución y Consumo*, 1, 2017, p. 96; SOTO PINEDA, J. A. “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, en *Actualidad Civil*, 6, 2015, p. 3.

³¹ MOYSE, *The uneasy case...*, *op. cit.*, p. 94.

información sobre el producto, más en concreto, sobre su durabilidad.³²

La ausencia de una definición consensuada puede ser un obstáculo para el abordaje de la obsolescencia programada desde el ámbito jurídico, pues resulta verdaderamente difícil abordar un tema ni si quiera somos capaces de delimitar sus contornos. La situación se complica si el abordaje pretender realizarse de manera armonizada a nivel supranacional o internacional, aspiración pues siendo un problema global, las iniciativas puramente internas serán seguramente ineficaces. El Parlamento Europeo ha puesto de relieve el problema de la ausencia de definición y ha reclamado un concepto a la Comisión Europea.³³ El hecho de no contar con una definición hace que la intervención del

derecho penal en este ámbito se torne complicada pues en el derecho penal, el principio de certeza o determinación exige que las conductas punibles se formulen de forma suficientemente precisa, sin ambigüedades, para evitar la arbitrariedad, lo cual no es siempre una labor sencilla para el legislador, y menos aun cuando estamos ante un término tan poco preciso. En todo caso, el objeto de este trabajo es valorar la conveniencia o no de la intervención penal para frenar la obsolescencia programada, lo que se lleva a cabo en el siguiente epígrafe.

3. El tratamiento de la obsolescencia programada desde el derecho penal

La intervención penal en cualquier ámbito pasa por el respeto a los principios limitadores del derecho penal. En el caso de la obsolescencia programada, aunque desde determinadas instancias se haya reclamado su abordaje en clave penal, como ya se ha señalado, no parece sencillo justificar el recurso al instrumento más grave con el que cuenta el Estado para evitar las conductas que se estiman dañosas para la sociedad. En este, como en muchos otros ámbitos, parece más deseable que la estrategia para reducir la obsolescencia de los bienes de consumo se enfoque desde otras perspectivas. A esta conclusión se llega al final de este apartado después de haber valorado si la intervención penal para hacer frente a la obsolescencia programada respeta los principios de lesividad y de *ultima ratio*.

Comenzando por el principio de lesividad, es necesario concretar cuál es el bien jurídico que resulta vulnerado con la conducta de obsolescencia programada tal como se ha definido en el apartado anterior, como la reducción deliberada de la vida útil de un

³² BIANCHI, L. V.: “La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los ‘productos durables’ y el derecho a la información de los consumidores en la Argentina”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 34, 2018, pp. 289-296; BRONNEKE, *Premature Obsolescence...*, *op. cit.*, pp. 367-372. En el ámbito europeo, *vid.* la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, de 22.11.2011).

³³ DURAND, P.: *Report on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies*, (2016/2272(INI)), Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Parlamento Europeo, 2017, punto 30.

producto o, más concretamente, la reducción deliberada de la vida útil de un producto sin que el consumidor sea consciente de ello. Dar respuesta a este interrogante no es una tarea sencilla. Es indiscutible que la obsolescencia programada tiene efectos negativos en ámbitos muy diversos,³⁴ pero una cosa es su dañosidad en todos estos ámbitos, y otra muy diferente la existencia de un bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro deba ser castigada desde el derecho penal. Aunque las consecuencias de la obsolescencia programada pueden ser muchas y muy variadas, las más relevantes se aprecian sobre el medioambiente y sobre los derechos de los consumidores o, más concretamente, sobre su patrimonio.³⁵ Teniendo esto es consideración, en los apartados que siguen se plantearán, como posibles bienes jurídicos, el medioambiente, los derechos de los consumidores y el patrimonio. Y respecto de cada bien jurídico se valorará si es necesaria o no la intervención del derecho penal y, de serlo, si es necesaria la previsión de un nuevo delito en los textos punitivos o si se puede hacer frente al fenómeno con tipos penales ya existentes.

3.1. La obsolescencia programada como posible delito medioambiental

La tutela del medioambiente a través del derecho penal no es una cuestión exenta de polémica. De hecho, la protección de los bienes jurídicos colectivos siempre ha sido objeto de debate entre la doctrina penalista. Con todo, desde hace tiempo se acepta la tutela penal de estos bienes jurídicos en tanto que tengan una importancia transcendental en la sociedad.³⁶ Sin embargo, apostar únicamente por el criterio de la dañosidad social no es suficiente en el Estado derecho. Por ello, más allá de planteamientos puramente sociológicos que entiendan que las conductas tipificadas penalmente deben afectar a funciones y estructuras sociales, desde un punto de vista valorativo se defiende que para que un bien jurídico pueda ser tutelado por el derecho penal debe tener un fundamento en el orden constitucional de valores. Ello no implica que el catálogo de bienes jurídicos se reconduzca a un artículo concreto de la constitución; lo relevante es que los bienes jurídicos se relacionen con dicho marco constitucional.³⁷ Esa referencia a la constitución es un criterio ne-

34 Vid., en detalle, LIBAERT, T. y HABER, J.: *Dic-tamen del Comité Económico y Social Europeo...*, *op. cit.*, puntos 2.7 a 2.13.

35 LA ROSA, E.: "Planned Obsolescence and Criminal Law: A Problematic Relationship?", en MAUERHOFER, Volker; RUPO, Danielan y TARQUINIO, Lara (eds.): *Sustainability and Law. General and Specific Aspect*, Springer, 2020, p. 227; MOYSE, *The uneasy case...*, *op. cit.*, p. 102; RODRÍGUEZ, *Obsolescencia...*, *op. cit.*, p. 100.

36 Vid., por ejemplo, SANTANA VEGA, D. M.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, *passim*; SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, *passim*.

37 QUINTERO OLIVARES, G.: "Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico", en DEMETRIO CRESPO, E. (ed.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 51.

gativo, pues no todo interés con proyección constitucional tiene que ser tutelado por el derecho penal, pero ciertamente no pueden ser tutelados por él intereses que no tengan una referencia constitucional, entendiéndose en todo caso que la constitución ha de ser abierta, que puede y debe ser interpretada conforme a la realidad social del momento³⁸ y que, en todo caso, la constitución a la que nos referimos no es un mero instrumento organizador del Estado, sino la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico dotada de valor directamente normativo y asentada sobre los derechos fundamentales. En el caso del medioambiente, la constitución española lo menciona expresamente en el art. 45, dentro de los principios rectores de la política social y económica. El párrafo tercero de ese precepto aboga expresamente por el recuso al derecho penal (también al derecho administrativo) para protegerlo. Además, no solo la constitución española, también la Unión Europea ha entendido que el medioambiente puede y debe ser protegido desde el derecho penal. Ejemplo de ello es la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.³⁹

38 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 208-209.

39 *Vid.* Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, DO L 328 de 6.12.2008. Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, DO L 280, de

A la hora de otorgar protección penal al medioambiente, la discusión clásica ha girado en torno a considerarlo como un bien jurídico que merece protección independiente (postura ecocéntrica) o como un bien jurídico cuya protección depende de la protección de otros bienes jurídicos, como la vida y la salud de las personas (postura antropocéntrica).⁴⁰ Hoy en día parece complicado defender cada una de las posturas de manera pura pues no parece sencillo poner el foco en la protección del medioambiente ignorando el lado humano, como tampoco se puede ne-

27.10.2009. La Comisión Europea publicó en 2020 un informe sobre la aplicación la Directiva 2008/99/CE, concluyendo que no había sido muy eficaz teniendo en cuenta el número de casos investigados y sentenciados, las sanciones impuestas y las deficiencias de la cooperación transfronteriza. Por estas razones ha elaborado una propuesta de directiva, que debería sustituir a la de 2008, para reforzar la lucha contra la criminalidad medioambiental. COMISIÓN EUROPEA: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC*, COM/2021/851 final, Bruselas, 15 de diciembre de 2021.

40 MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 50-56; OCHOA FIGUEROA, A.: “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, 11, 2014, pp. 278-287; SÁNCHEZ OTHARÁN, J. F.: *Protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2018, pp. 77-88; VICENTE MARTÍNEZ, R. (de): *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 41-46.

gar la autonomía del bien jurídico medioambiente.⁴¹ De hecho, la Directiva 2008/99/CE en esta materia parece decantarse por una concepción mixta.⁴² Toda la complejidad que gira en torno al bien jurídico medioambiente, incluso en torno al propio concepto de medioambiente, se traslada a la formulación de los tipos penales que pretenden tutelarlos, pues a la hora de incorporar delitos contra el medioambiente a los textos punitivos el componente básico en el que se ha centrado el legislador parece haber sido la desobediencia a la normativa administrativa, prescindiendo del bien jurídico.⁴³ Sin embargo, en el Estado de derecho, el derecho penal no puede limitarse a castigar meras desobediencias de la normativa administrativa. Es decir, el quebranto de la normativa administrativa no puede ser entendido como el contenido material del injusto, pues en esa desobediencia todavía no tiene por qué haberse materializado la lesión al bien jurídico, ni siquiera la puesta en peligro, por lo que no se respetaría el principio de lesividad. Un eventual tipo penal de obsolescencia programada corre el riesgo de caer en este mismo error, en la elevación a delito de la mera infracción administrativa, ignorando la exigencia de que la conducta, al menos, genere un peligro para

el bien jurídico tutelado. Esta situación nos lleva a rechazar la incorporación al código penal de un delito de obsolescencia programada que pretenda proyectarse sobre la tutela del bien jurídico medioambiente pero que ignore, como viene haciendo el legislador, el principio de lesividad. Por ejemplo, un tipo penal formulado como se hace en la legislación francesa dista de ser respetuoso con el principio de lesividad (*vid. infra* apartado 3.2). Se rechaza porque, por un lado, se corre el riesgo de sustituir la lesión o el peligro al bien jurídico por el mero quebranto a la función ordenadora de la administración, y para castigar esto bastaría con acudir al derecho administrativo. Y por otro lado, porque se corre el riesgo de que el delito se convierta en puramente simbólico, como ya sucede respecto de algunos preceptos penales que pretenden tutelar el medioambiente.⁴⁴

Defender la incorporación de un delito de obsolescencia programada en el ámbito de los delitos medioambientales parece tan complicado que la escasa doctrina que ha abordado el tratamiento penal de la obsolescencia programada apenas lo han considerado. Entre la doctrina más especializada, solo La Rosa parece defenderlo, aunque no de manera contundente. La Rosa considera que es preferible acudir a delitos tradicionales como la estafa, para castigar la obsolescencia programada,

41 OCHOA FIGUEROA, *Medioambiente...*, *op. cit.*, p. 285.

42 La lectura del art. 3.a) lleva a esa conclusión. VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 42.

43 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 212; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspecto de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BDF, Montevideo – Buenos Aires, 2006, p. 134.

44 Sobre el derecho penal del medioambiente como un derecho penal simbólico, *vid.* JORGE BARREIRO, A.: “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en CANCIO MELIÁ, M. y JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, pp. 18-21.

aunque considera que un delito autónomo, como el incorporado al ordenamiento francés “podría ofrecer una protección más completa de los varios intereses lesionados”, donde incluye los relacionados con el medioambiente.⁴⁵ Sin embargo, no señala cómo podría formularse un precepto al respecto, de manera que respetase el principio de lesividad, por ejemplo, exigiendo una puesta en peligro concreta del bien jurídico, si no, su lesión. Hoven, refiriéndose al derecho penal alemán, considera que con los actuales delitos patrimoniales que se recogen en el StGB, en concreto, el delito de estafa y el delito de daños en el patrimonio ajeno, podrían castigarse las conductas más relevantes de obsolescencia programada. No considera si quiera la posibilidad de que el derecho penal alemán trate a la obsolescencia programada como un delito contra el medioambiente.⁴⁶ Hellman defiende que “sería conveniente elevar a crimen de Derecho Internacional las conductas medioambientales graves, subsumiendo en dicha categoría la citada práctica empresarial [la obsolescencia programada]”⁴⁷ pero se profundiza en una posible formulación del tipo penal para que fuera respetuoso con los principios limitadores del derecho penal.

3.2. La obsolescencia programada como posible delito contra los consumidores

En este apartado se analiza si las conductas de obsolescencia programada podrían encajar en un delito contra los consumidores. Esta parece ser la postura del derecho francés,⁴⁸ donde el delito se prevé en el Código de consumo. El delito fue incorporado en el año 2015 a través de la Ley sobre la transición energética y el crecimiento verde,⁴⁹ y reformado en el año 2021 por medio de la Ley para reducir la huella ambiental de la tecnología digital.⁵⁰ El título de ambas normas podría llevar a pensar que el legislador francés considera el medioambiente como objeto de protección, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución francesa ha incorporado la carta sobre el medio ambiente. Sin embargo, la ubicación del precepto en el Código de consumo, así como su redacción, nos llevan a descartar esta idea.

El precepto en cuestión, el art. L441-2 del Código de consumo, señala lo siguiente:

Está prohibida la práctica de la obsolescencia programada, que se define por el uso de técnicas, incluido el *software*, mediante las cuales el responsable de colocar un producto en el mercado pretende reducir deliberadamente su vida útil.

45 LA ROSA, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 234.

46 HOVEN, E.: “Der ‘eingebaute’ Produktverschleiß - Die Strafbarkeit geplanter Obsoleszenz”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, 43, pp. 3113-3116.

47 HELLMAN MORENO, ¿Cómo superar...?, *op. cit.*, p. 11.

48 LA ROSA, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 234.

49 LOI n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

50 LOI n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l’empreinte environnementale du numérique en France (1)

El delito se castiga con las penas previstas en el art. L454-6 del mismo cuerpo normativo, mismas penas que para el resto de *tromperies*. A saber, pena de prisión de dos años y multa de 300,000€. Además, la multa podrá incrementarse en proporción a los beneficios derivados de la infracción hasta el 5% de la facturación media anual, calculada sobre las tres últimas facturaciones anuales conocidas a la fecha de los hechos. Asimismo, los particulares también serán castigados con la pena de prohibición para ejercer función pública o actividad profesional o social en el ejercicio de las cuales o con motivo de las cuales se cometió el delito.

El tipo penal, que hasta el momento no ha sido aplicado, no está exento de polémica. Desde el inicio se plantearon problemas en relación con los aspectos subjetivos. Téngase en cuenta que la versión inicial del precepto exigía no solo la actuación deliberada del autor sino un propósito específico que se redactaba del siguiente modo al final del párrafo “con el fin de aumentar su tasa de reposición”.⁵¹ Sin duda, se trataba de un elemento subjetivo específico casi imposible de probar en un procedimiento penal. De hecho, los fabricantes podían ofrecer otras razones para la obsolescencia que nada tuvieran que ver con el aumento de la tasa de reemplazo, como razones económicas, técnicas o de seguridad.⁵² En la

redacción actual solo se mantiene el elemento de la intencionalidad, que tampoco resulta sencillo de demostrar,⁵³ razón por la cual hay quien ha propuesto incluso eliminarlo.⁵⁴ En muchos casos no sería posible constatar si el producto o la pieza en cuestión se desgastó de forma normal, por un defecto de fabricación o por una práctica de obsolescencia programada.⁵⁵ Además, en los procesos abiertos en Francia por este delito, a los fabricantes no les han faltado razones para argumentar que su conducta no encaja en el tipo penal. En el caso de Apple se alegaba que la reducción del rendimiento del dispositivo no se hacía para que el consumidor comprara otro sino para proteger las baterías y evitar un apagado inesperado.⁵⁶ En el caso del fabricante de impresoras Epson, se decía que el chip insertado para bloquear el funcionamiento de la impresora tenía como objetivo evitar que las impresiones fueran de mala calidad una vez que se había agotado un porcentaje significativo del tóner.⁵⁷ Para descubrir la obsolescencia programada en productos de este tipo

⁵¹ El inciso fue eliminado con la reforma de 2021. Esta reforma también añadió el inciso “incluido el software”.

⁵² MICHEL, A.: “Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d’obsolescence prématurée? Analyse de la LOI française ou regard des récentes décisions italiennes contra Apple et Samsung”, en BAILLEUX, A.: *Le droit en transition: Les clés juri-*

dique d’une prospérité sans croissance, Pressen de l’Université Saint-Louis, Bruselas, 2020, p. 258.

⁵³ ARMENGAUD *et al.*: *Pour un meilleur encadrement...*, *op. cit.*, pp. 12 y 14; MICHEL, *Est-il pertinent...*, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁴ LA ROSA, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁵ ARMENGAUD *et al.*: *Pour un meilleur encadrement...*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ GEISSBÜHLER, G.: “La course d’obstacles de l’obsolescence programmée”, en *Justletter*, 2018, p. 3; HOVEN, *Der ‘eingebaute’ Produktverschleiß...*, *op. cit.*, p. 3115.

⁵⁷ LA ROSA, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 231; MAITRE-EKERN y DALHAMMAR, *Regulating Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 387.

(esencialmente, productos tecnológicos), pueden ser necesarios unos conocimientos avanzados, que la mayoría de los consumidores seguro que no poseen. En otros casos será necesario desmantelar el aparato para darse cuenta de lo que sucede, cosa que pocos consumidores se atreverán a hacer pues la reparación o el repuesto no quedará cubierto por una eventual garantía en estos supuestos en los que ha habido manipulación por parte del consumidor. Por tanto, la prueba de este delito se complica en exceso. Es por ello que, más allá de casos evidentes, similares al del ya mencionado cártel Phoebus de principios del siglo xx, no será sencillo demostrar el elemento intencional.⁵⁸

Otro problema importante que se plantea en relación con el precepto francés tiene que ver con el concepto de vida útil, un concepto extremadamente difícil de precisar pues, en primer lugar, dependerá del tipo de producto y de sus características técnicas. En segundo lugar, del uso que le dé el consumidor. En tercer lugar, la vida útil de un mismo producto puede ser diferente dependiendo del mercado en el que se va a ofrecer, debido a los hábitos de consumo de los ciudadanos. Además, en algunos productos es difícil saber con certeza cuál es la vida útil porque suelen reemplazarse por los consumidores antes de que dejen de funcionar (quizá por obsolescencia percibida), como pasa normalmente con los teléfonos móviles.⁵⁹ Además surge la duda

de si dentro del término vida útil se podría incluir el uso del producto una vez que ha sido reparado.⁶⁰ Para solventar los problemas que plantea este término, se han propuesto algunas soluciones como establecer por ley una definición de la vida útil media de los productos,⁶¹ la intervención de expertos en el proceso que determinen caso por caso, comparando el producto en cuestión con otros productos similares, cuál debería ser la vida útil media, así como obligar a los fabricantes a proporcionar esta información al ofrecer el producto al consumidor.⁶² Ante las

ned to break..., *op. cit.*, pp. 11-12; GOBIERNO DE FRANCIA: *Rapport du Gouvernement au Parlement sur l'obsolescence programmée, sa définition juridique et ses enjeux économiques, en application de l'article 8 de la LOI du 17 mars 2014 relative à la consommation*, Paris, 2017, p. 13.

60 La ya mencionada Directiva 2009/125/CE establece unos parámetros de diseño ecológico para los productos, y en ellos se refiere a la vida útil, que deberá expresarse a través de “vida útil mínima garantizada, plazo mínimo de disponibilidad de piezas de repuesto, modularidad, posibilidad de ampliación o mejora, posibilidad de reparación”. Sobre los diferentes conceptos relacionados con vida útil, tales como vida útil normativa, duración de uso, período total de tenencia y duración de la existencia, *vid.* GOBIERNO DE FRANCIA: *Rapport...*, *op. cit.*, p. 13.

61 LOBACH, *Zivilrechtliche Aspekte...*, *op. cit.*, p. 60-61.

62 MICHEL, *Est-il pertinent de définir...*, *op. cit.*, p. 257. De hecho, la Directiva (UE) 2019/771 ya obliga a ello. *Vid.* art. 7.1.d) de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modi-

58 MICHEL, *Est-il pertinent de définir...*, *op. cit.*, p. 258.

59 ARMENGAUD *et al.*, *Pour un meilleur encadrement juridique...*, *op. cit.*, p. 15; BACHER, J. *et al.*: *Electronic products and obsolescence in a circular economy*. European Environment Agency, 2020, pp. 10-14; BISSCHOP, *Design*

dudas que plantea el término vida útil, hay quien propone sustituirlo por el de durabilidad. De hecho, la Directiva (UE) 2019/771 introduce este concepto. Su art. 2.13 lo define como “la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización”. La definición, sin embargo, parece un poco escueta.⁶³ Es el considerando 32 el que detalla un poco más lo que tendría que haber sido la definición legal, haciendo referencia a la “durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos, incluida la posible necesidad de un mantenimiento razonable de los bienes...”.

Este tipo penal también se enfrenta al problema de quién puede ser sujeto activo del mismo. El precepto, que se configura como un delito especial, refiriéndose al “responsable de colocar un producto en el mercado”, no precisa qué personas abarca ese término. En la práctica, es seguro que intervendrán diversos individuos en esta conducta, por lo que no resultará tarea sencilla delimitar la responsabilidad de cada uno de ellos, bien como autores bien como partícipes. En el caso paradigmático de las actualizaciones del sistema operativo de un teléfono móvil, donde, por ejemplo, un fabricante diseña el *software* para ser usado en el teléfono y otro diseña y comercializa el teléfono (ej. Android y Samsung), ¿son ambos responsables y, de serlo, tienen el mismo nivel de responsabilidad? Otro punto que no queda claro en la

legislación francesa es si la conducta típica puede realizarse por omisión, por ejemplo, no adoptando una actualización que pudiera prolongar la vida del producto.⁶⁴

El precepto francés plantea, como puede observarse, tantos interrogantes que no es de extrañar que se convierta en mero derecho penal simbólico. Nótese que en siete años de existencia no se ha aplicado. De hecho, hay quien señala que el precepto no es necesario porque existen otros instrumentos normativos de carácter no penal que pueden ser igualmente eficaces y disuasorios.⁶⁵ Por ejemplo, toda la normativa francesa sobre competencia desleal, que transpone la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales.⁶⁶ De hecho, la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la directiva⁶⁷ dedica un apartado a la obsolescencia

64 LA ROSA, *Planned Obsolescence...*, *op. cit.*, p. 230.

65 MICHEL, *Est-il pertinent de définir...*, *op. cit.*, p. 283.

66 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) (DO L 149, de 11.6.2005).

67 Comunicación de la Comisión. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOC 526 de 29.12.2021).

fican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 137 de 22.5. 2019).

63 GARCÍA GOLDAR, *Propuestas...*, *op. cit.*, p. 99.

programada, a pesar de que la directiva no menciona expresamente este concepto. La guía entiende que la omisión de la información sobre el hecho de que el producto fue diseñado con una vida útil limitada violaría el art. 7 de la Directiva. Asimismo, estas prácticas también podrían considerarse contrarias a los requisitos de la diligencia profesional establecidos en el artículo 5.2 de la Directiva si pueden distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio. Es más, la guía pone como ejemplo de práctica de obsolescencia programada incardinable en el art. 7 la omisión de la información sobre la programación de los cartuchos de tinta de una impresora, incluso si puede haber justificaciones técnicas para diseñar el bien de esta manera. En todo caso, la duda sobre la aplicación del art. L441-2 del Código de consumo sigue presente en esos casos en los que sí se informe de la obsolescencia programada. En estos casos, por elevado que fuera el impacto medioambiental, no se ven lesionados los intereses de los consumidores, por lo que no parece que tuviera sentido aplicar el delito tal como se configura en Francia, que parece dirigirse en exclusiva a la protección de los consumidores, no del medioambiente.

En resumen, lo que se quiere poner aquí de manifiesto es que existen otros mecanismos extrapenales para hacer frente a estas conductas que afectan a los derechos de los consumidores. Téngase en cuenta que la multa de 25 millones de euros impuesta en Francia a Apple procede de la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, no de un tribunal penal. Las multas impuestas a Apple y a Samsung en Italia proceden de *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, no de un tribunal penal. Contando con normas igualmente eficaces y disuasorias fuera del ámbito penal,

no se justifica el recurso al *ius puniendi*, y hacerlo entraría en contradicción con el principio de intervención mínima. Incorporar un delito de obsolescencia programada orientado a proteger los derechos de los consumidores (cuya aplicación es en exceso compleja), cuando ya existen otras normas que lo hacen, parece que únicamente sirve para mandar el mensaje de que la sociedad considera esas conductas indeseables. Sin embargo, el derecho penal debe ser la *ultima ratio*, por lo que rechazarse su uso con fines exclusivamente pedagógicos.

Más allá de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales, la Unión Europea y, por ende, los Estados miembros, cuentan con un arsenal de normas que pueden frenar la obsolescencia programada sin recurrir al derecho penal, que también han sido transpuestas por el legislador francés y podrían ser aplicables a algunos casos de obsolescencia programada.⁶⁸ Por ejemplo, la ya citada directiva sobre diseño ecológico, que permite a la comisión establecer requisitos mínimos obligatorios para mejorar el comportamiento ambiental de los productos, por ejemplo, en lo relativo a la reparación y a la durabilidad.⁶⁹

68 MICHEL, *Est-il pertinent de définir...*, op. cit., pp. 282-283.

69 Esto ha dado lugar a la exigencia de requisitos de diseño ecológico en relación con multitud de bienes de consumo. *Vid.*, por ejemplo, Reglamento (UE) n° 666/2013 de la Comisión, de 8 de julio de 2013, por el que se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico para aspiradoras (DO L 192 de 13.7.2013); Reglamento (UE) n° 1194/2012 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2012, por el que se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo

En España, también existen normas extrapenales que podrían aplicarse a los casos de obsolescencia programada, siguiendo lo indicado en la Guía sobre la interpretación y

que atañe a los requisitos de diseño ecológico aplicables a las lámparas direccionales, a las lámparas LED y a sus equipos (DO L 342 de 14.12.2012); Reglamento (UE) 2019/2023 de la Comisión, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico aplicables a las lavadoras domésticas y a las lavadoras-secadoras domésticas con arreglo a la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1275/2008 de la Comisión y se deroga el Reglamento (UE) n° 1015/2010 de la Comisión (DO L 315 de 5.12.2019); Reglamento (UE) 2019/2022 de la Comisión, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen los requisitos de diseño ecológico aplicables a los lavavajillas domésticos con arreglo a la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica el Reglamento (CE) n° 1275/2008 de la Comisión y se deroga el Reglamento (UE) n° 1016/2010 de la Comisión (DO L 315 de 5.12.2019); Reglamento (UE) 2019/2019 de la Comisión, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen los requisitos de diseño ecológico aplicables a los aparatos de refrigeración de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) n° 643/2009 de la Comisión (DO L 315 de 5.12.2019); Reglamento (UE) 2019/2021 de la Comisión, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico aplicables a las pantallas electrónicas con arreglo a la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica el Reglamento (CE) n° 1275/2008 de la Comisión y se deroga el Reglamento (CE) n° 642/2009 de la Comisión (DO L 315 de 5.12.2019).

la aplicación de la Directiva 2005/29/CE. En concreto se podría recurrir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona consideró que la conducta de la empresa demandada, al ocultar al cliente la obsolescencia de una impresora, constituida una conducta desleal en la modalidad de acto de engaño, al amparo del artículo 5.2 de la referida ley. No obstante, la Audiencia Provincial estimó el recurso de la sociedad y señaló que simplemente se había producido un incumplimiento parcial del contrato, por lo que debía prevalecer la regulación contractual, ya que la Ley de competencia desleal solo es aplicable de forma subsidiaria.⁷⁰

Para el caso de España, se podría, además, plantear el interrogante de si algunas conductas de obsolescencia programada podrían tener encaje en los delitos contra los consumidores que se recogen en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, dando así una respuesta penal a la obsolescencia programada, como se ha reclamado desde algunas instancias. Con los preceptos incluidos en esa sección se persigue proteger una serie de intereses difusos de los consumidores en el mercado (bien jurídico colectivo).⁷¹ Entre los actuales tipos penales que dan protección a los intereses de los consumidores se podría valorar la aplicación a determinadas conductas de obsolescencia programada del delito de publicidad falsa del art. 282 del Código penal. Lo que sucede aquí, sin embargo, es que el tipo penal contiene

70 SAP Barcelona, Sección 15, 214/2019, de 11 de febrero, FJ 3º (*Tol 7072387*).

71 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 261.

unos requisitos tan estrictos que no parece posible su aplicación salvo a supuestos muy evidentes. Téngase en cuenta que el precepto castiga a

... los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

El delito se configura como un delito especial, pues solo pueden ser sujetos activos los fabricantes y comerciantes que, además, deben actuar en “sus” ofertas o publicidad, lo que excluye a otros posibles sujetos como las agencias de publicidad. La información suministrada debe ser esencial y objetivamente falsa, no solo inexacta o exagerada. Además, se exige que esa falsedad sea idónea para causar un perjuicio a los consumidores, perjuicio que ha de ser grave y manifiesto. Es decir, el legislador ha querido limitar la intervención penal a los supuestos más significativos. La gravedad se medirá teniendo en cuenta tanto el daño patrimonial concreto que puede sufrir cada posible afectado como el número de posibles afectados.⁷² La jurisprudencia ha empleado aquí criterios como la clase y el precio del producto, el número de personas a las que se quiere llegar, la situación económica de los destinatarios y el medio de propaganda utilizado.⁷³

Teniendo en cuenta los requisitos del tipo, solo se podrían castigar aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el comerciante señalara en su publicidad que su producto tiene una vida útil de X usos o ciclos, cuando en realidad está programado para que deje de funcionar antes. Esta situación podría suceder en los próximos años pues existe una normativa de referencia en la Unión Europea que obliga a proporcionar información sobre la durabilidad del producto, como se ha señalado.⁷⁴ Por tanto, si se realiza una afirmación falsa sobre la durabilidad, se podría recurrir al art. 282 del Código penal. Lo que no parece posible en el momento actual es castigar según ese precepto la mera omisión de la información, entre otras razones, porque el tipo penal no se configura como un delito de resultado, por lo que no se puede admitir la comisión por omisión.⁷⁵

3.3. La obsolescencia programada como posible delito patrimonial

Hasta el momento se ha descartado la necesidad de incorporar un delito de autónomo de obsolescencia programada que pretenda tutelar el medioambiente por el riesgo de vulnerar el principio de lesividad y de caer en derecho penal simbólico. Igualmente se ha descartado la necesidad de incorporar un delito de obsolescencia programada que pretenda tutelar los derechos de los consu-

⁷² MATA BARRANCO, N. *et al.*: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 454.

⁷³ STS 357/2004, de 19 de marzo, FJ 7º (Tol 376913).

⁷⁴ Art. 7.1.d) de la Directiva (UE) 2019/771.

⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 300; STS 153/2009, de 26 de enero, FJ 2º. Defendiendo lo contrario, MATA BARRANCO *et al.*, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 454.

midores pues existen otras formas de otorgar protección a ese bien jurídico, especialmente fuera del ámbito penal, aunque podrían encontrarse figuras, al menos en el derecho penal español, para castigar algunas formas de obsolescencia programada, como el delito de publicidad falsa. En este epígrafe nos vamos a plantear si algunas conductas de obsolescencia programada se podrían castigar a través de delitos contra el patrimonio. En concreto, se valora si la obsolescencia programada podría encajar en el delito de estafa y en el delito de daños en el patrimonio ajeno.

La esencia del delito de estafa, tal como se define en el art. 248 del Código Penal, es el engaño bastante, es decir, suficiente para inducir a error a otra persona de modo que esta realice un acto de disposición que genere un perjuicio, bien a esa misma persona, bien a un tercero. El engaño debe ser no solo bastante sino antecedente y causante del error y, en consecuencia, del acto de disposición de la víctima.⁷⁶ Ubicar la obsolescencia de los productos en el delito de estafa no es una tarea sencilla, esencialmente porque, como ya se ha explicado, existen modalidades de obsolescencia muy diversas. Aquí se planteará la posibilidad de incluir la obsolescencia programada propiamente dicha, la obsolescencia indirecta y la obsolescencia por incompatibilidad, siguiendo la clasificación del Comité Económico y Social Europeo, comentada *supra* apartado 2.

El supuesto menos complejo de encajar en el delito de estafa sería aquel en el que el vendedor proporcione, a sabiendas, información falsa sobre el producto, por ejemplo, sobre su durabilidad, anunciando que la la-

vadora o el lavavajillas tiene una vida útil de X ciclos, cuando en realidad está programada para dejar de funcionar antes. Incluso si el vendedor lo que hace no es tanto afirmar cualidades falsas sino omitir información relevante sobre el producto, por ejemplo, no indicando que la impresora dejará de funcionar una vez que el cartucho de tinta baje del 25% de su capacidad, también podría aplicar el delito de estafa pues la jurisprudencia española admite que la estafa se pueda cometer tanto por acción como por omisión. En la variedad de estafa conocida como negocio jurídico criminalizado, que sería precisamente la aplicable a estos supuestos, el engaño típico puede consistir, como ha dicho el Tribunal Supremo, en “informar falsamente o en omitir informar sobre circunstancias relevantes para la decisión de la contraparte del contrato”.⁷⁷ Por tanto, los supuestos de obsolescencia programada propiamente dicha en los que el vendedor del producto proporcionara a sabiendas datos inciertos u omitiera datos relevantes podrían ser penados a través del delito de estafa, aunque habría que tener en cuenta, también, obviamente el resto elementos del tipo objetivo, el nexo causal y la imputación objetiva, y los elementos subjetivos.

En cuanto a la denominada obsolescencia indirecta, entre los casos más comunes podría estar el de la batería del dispositivo (ej. un teléfono móvil) no es extraíble de modo tal que cuando falla, no es posible sustituirla, aunque el teléfono podría seguir funcionando si se reemplazara. En estos casos podemos encontrarnos ante el caso de que el comprador, al adquirir el teléfono, conoce esta situa-

76 Entre otras, *vid.* STS 400/2013, de 16 de mayo (Tol 3752545).

77 STS 163/2014, de 6 de marzo de 2014, FJ 4º (Tol 4142364).

ción, en cuyo caso, no podría considerarse la estafa.⁷⁸ Sin embargo, en el momento actual, salvo que se trate de piezas abiertamente visibles del dispositivo, no se puede exigir al comprador un conocimiento tan exacto, de modo que estos casos también podrían llegar a considerarse estafas. Téngase en cuenta que nuestra jurisprudencia parece haber superado una concepción expansionista de la doctrina de los deberes de autoprotección de la víctima en relación con el delito de estafa.⁷⁹

Con relación a la obsolescencia por incompatibilidad, quizá sea más difícil de encajar en el delito de estafa. Recuerde que, para el castigo por el delito de estafa, el dolo del autor tiene que constatarse desde el momento inicial. De ahí que en la práctica muchos supuestos que al consumidor le pueden parecer una estafa no son más que incumplimientos contractuales que deberán sustanciarse según lo indicado en las normas de derecho privado. En este punto surge la duda de algunos supuestos de obsolescencia programada donde el engaño no es antecedente y causante del error. Nos referimos aquí a los casos de actualizaciones de *software* que impiden que el dispositivo siga funcionando con normalidad, lo que llevará al consumidor a tener que comprar un nuevo aparato.⁸⁰ Estos supuestos parece que no podrían encajar en el delito de estafa, salvo pudiera constatar que desde el inicio esa fue la intención

por parte del fabricante. Es decir, podría ser estafa si el fabricante de teléfonos móviles los comercializa sabiendo que a los tres meses lanzará una actualización del sistema operativo que será incompatible con el *hardware*. Dado que para el resto de los casos será complicado acudir al delito de estafa, quizá podría recurrirse al clásico delito de daños en el patrimonio ajeno.

El delito de daños, ubicado en el art. 263 del Código penal, no tiene por qué implicar destrucción física de la cosa, de ahí que sea posible plantear la inclusión en el art. 263 de la obsolescencia del dispositivo provocada porque el mismo no es capaz de soportar una actualización del sistema operativo, lo cual lleva a la imposibilidad de usar de manera normal. Entiende nuestra jurisprudencia que junto con la destrucción de la cosa, también tiene cabida en el delito de daños el “menoscabo de la cosa misma, que consiste en la destrucción parcial, un cercenamiento a la integridad, perfeccionamiento o al valor de la cosa”.⁸¹ Teniendo esto en consideración y constatado el *animus edamandi* del que habla la jurisprudencia, esto es, el conocimiento de que su acción va dirigida a producir daños en el patrimonio ajeno, y su voluntad,⁸² podría exigirse responsabilidad penal. Téngase en cuenta que nuestra jurisprudencia no exige si quiera un dolo directo de primer grado en el delito de daños, bastando un dolo directo de segundo grado o incluso eventual. Incluso se podría plantear una responsabilidad

⁷⁸ En este sentido, para el caso alemán HOVEN, *Der ‘eingebaute’ Produktverschleiß...*, *op. cit.*, p. 3114.

⁷⁹ Entre otras, *vid.* STS 135/2015, de 17 febrero, FJ 1º (*Tol 4836851*).

⁸⁰ Son conocidos algunos casos de Apple a este respecto. *Vid.* un análisis en SOTO PINEDA, *EE.UU. vs. Apple...*, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁸¹ Entre otras, *vid.* STS 62/2018, de 11 diciembre, FJ 1º (*Tol 7206670*).

⁸² Entre otras, *vid.* STS 341/2015, de 16 de junio, FJ 2º (*Tol 5185896*).

por el delito de daños en comisión por omisión admitida por nuestra jurisprudencia—⁸³ cuando, por ejemplo, el fabricante no ofrece una actualización de *software* que es necesaria para que el dispositivo funcione correctamente. En todo caso, determinar la existencia de un delito de daños no será sencillo en la práctica pues habrá de tenerse en cuenta también el uso que el usuario haya dado al dispositivo en cuestión. Además, otro inconveniente que rodea al delito de daños tiene que ver con el hecho de que, a diferencia del delito de estafa y del delito de publicidad falsa referido en el apartado anterior, el delito de daños, de momento, no puede ser atribuible a una persona jurídica conforme al derecho penal español, por lo que parece que el efecto disuasorio de este delito será escaso, pues son las empresas las grandes protagonistas de la obsolescencia programada, pero no podrán ser sancionadas penalmente por tal comportamiento.⁸⁴

4. Conclusiones

Este trabajo pretendía dar respuesta los interrogantes de si es necesaria la intervención penal para abordar la obsolescencia programada y, de serlo, si debe incorporarse un delito autónomo a las legislaciones penales o si se pueden castigar las prácticas de obsolescencia programada a través de delitos tradicionales. Dar respuesta a estos interrogantes

es una tarea compleja pues, de entrada, no existe una definición unánime de obsolescencia programada, aunque casi todas las definiciones estudiadas coinciden en identificarla como una práctica empresarial consistente en el diseño de los productos de una manera tal que se acorte deliberadamente su durabilidad para aumentar la tasa de reemplazo y generar beneficios a las empresas. El problema del abordaje de la obsolescencia programada desde el derecho penal se complica si se tiene en cuenta que existe diversas modalidades y que no todas revisten las mismas características ni tienen el mismo impacto medioambiental ni sobre los consumidores. Por ejemplo, determinadas formas de obsolescencia —la denominada técnica— podrían considerarse incluso beneficiosas para el medioambiente y para los consumidores pues el progreso técnico puede hacer que el producto en cuestión contamine menos y consuma menos energía, con lo que el reemplazo del producto antiguo, aunque siga funcionando, tiene efectos positivos para todos. La obsolescencia estética, psicológica o percibida es una de las más habituales, con gran impacto medioambiental y económico pero difícil de perseguir desde el ámbito jurídico. En este tipo de obsolescencia, el producto si que siendo útil pero el consumidor lo reemplaza por razones estéticas, para estar a la moda. Aquí la responsabilidad “moral” es compartida entre el fabricante y el consumidor, y parece difícil de ser prohibida en tanto que las estrategias de marketing entran dentro del derecho a la libertad de empresa reconocido constitucionalmente. En todo caso, lo que sí puede promocionarse desde las instituciones públicas, como de hecho ya se hace, para reducir el impacto de la obsolescencia estética, es el diseño de productos duraderos y el consumo responsable. Así las cosas, los tipos de obsolescencia que podrían

⁸³ Entre otras, *vid.* STS 341/2015, de 16 de junio, FJ 2º (Tol 5185896).

⁸⁴ Defendiendo que la obsolescencia programada es el prototipo de derecho corporativo ambiental, *vid.* BISSCHOP, *Designed to break...*, *op. cit.*, *passim*.

ser más relevantes para ser abordados en clave penal son la obsolescencia programada propiamente dicha, la obsolescencia por incompatibilidad y, con más dudas, la obsolescencia indirecta.

A la hora de contestar a la pregunta de si es necesaria la intervención penal en este ámbito, la respuesta inicial de este trabajo es que no, salvo para los supuestos especialmente significativos. De lo analizado en este trabajo se deduce que existen otros instrumentos jurídicos menos lesivos que el derecho penal y probablemente igual de eficaces que pueden dar respuesta a la obsolescencia. Existe toda una normativa europea de referencia, alejada del ámbito penal, y que debe ser transpuesta por los Estados miembros, que aborda el tema desde la perspectiva medioambiental y desde la perspectiva de los derechos de los consumidores. Los Estados pueden reaccionar, por tanto, contra la obsolescencia programada desde normas de derecho privado y normas de derecho administrativo que pueden ser igual de eficaces y disuasorias que las penales. Piénsese en los casos estudiados en Francia y en Italia, donde se han impuesto significativas multas –no penales– a grandes multinacionales por conductas relacionadas con la obsolescencia programada. Además, el modelo penal por el que ha apostado Francia –un delito autónomo– no parece haber dado sus frutos. La redacción del tipo penal presenta innumerables interrogantes, a la vez que la actividad probatoria por parte del consumidor se complica en exceso, lo cual tendrá como consecuencia inevitable la absolucón de posibles acusados en el proceso penal. De hecho, la multa a Apple en Francia no procede de un tribunal penal sino de Dirección general de la competencia, el consumo y la represión del fraude.

En todo caso, y aunque la propuesta inicial de este trabajo sea que no es necesaria

la intervención penal para abordar la obsolescencia programada, no se ignora que hay casos significativos que pueden afectar a bienes jurídicos importantes y cuya lesión o puesta en peligro merece ser castigada a través del derecho penal. En este sentido, se ha argumentado que algunas formas de obsolescencia programada podrían afectar a los intereses de los consumidores en el mercado y al patrimonio de los particulares, pero no se considera necesaria la incorporación de un delito autónomo pues para dar respuesta a estos casos ya existen delitos en el Código penal español. En concreto, la publicidad falsa sobre un producto afirmando una durabilidad incierta por tener programada su obsolescencia podría ser considerada, conforme al derecho penal español, un delito de publicidad falsa del art. 282 del Código penal, aunque el tipo presenta unos requisitos muy estrictos que limitan a su aplicación a supuestos muy concretos. Además, si con la conducta de obsolescencia programada se ha afectado al patrimonio de un particular, se podría valorar la aplicación de delitos tradicionales como la estafa y los daños. Se ha defendido en este trabajo que conductas de obsolescencia programada propiamente dicha y algunas conductas de obsolescencia indirecta podrían ser castigadas a través del tipo penal de la estafa, en tanto se pruebe el engaño bastante antecedente y causante del error, así como el resto de los elementos típicos objetivos y subjetivos. Para la obsolescencia por incompatibilidad, donde el engaño no parece que vaya a estar presente desde el inicio y, por lo tanto, eso va a impedir acudir al delito de estafa, se ha planteado este trabajo la posibilidad de recurrir al delito de daños en el patrimonio ajeno, respecto del cual la jurisprudencia admite incluso un dolo eventual. Sin embargo, a la vista de que en el Código penal español los delitos de daños no

pueden ser atribuibles a una persona jurídica, se estima que el carácter disuasorio que puede tener la aplicación de este delito será escaso, por lo que quizá es necesario plantear una modificación en este punto.

En resumen, este trabajo apuesta por el abordaje de la obsolescencia programada desde otras perspectivas, antes que recurrir a la penal, que debería quedar reservada para los supuestos más graves, respetando así su carácter de *ultima ratio*. La consecución del ODS número 12, al que se ha dedicado este trabajo, pasa por el fomento de una producción y consumo responsables y sostenibles a través de otras iniciativas fuera del ámbito penal, como el impulso a la economía circular, el fomento de la reparación de productos a través, por ejemplo, de rebajas fiscales; la obligatoriedad de fabricar piezas para el recambio durante un número de años, la extensión de las garantías de los productos, la obligatoriedad de incluir información sobre la durabilidad del producto, etc. En definitiva, todo un conjunto de medidas para lograr que la obsolescencia programada no sea una estrategia económica sensata para las empresas. Solo así se podrá reducir el impacto medioambiental del progreso en línea que lo que propone la Agenda 2030.

5. Bibliografía

- ARMENGAUD, Y., CHEVALLIER, L., GRAFFIN, T., LODDO, A., LOISELEUR, E., PEREZ, T., SCHNEIDER, M., SIMON, L. y TARDIF, C. (2019): *Pour un meilleur encadrement juridique de l'obsolescence programmée*, Aix-Marseille Université.
- BACHER, J., DAMS, Y., DUHOUX, T., DENG, Y., TEITTINEN, T. y MORTENSEN, L. (2020): *Electronic products and obsolescence in a circular economy*. European Environment Agency.
- BAN (BASEL ACTION NETWORK) (2018): *Holes in the circular economy: WEEE leakage from Europe*.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012): *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid.
- BIANCHI, L. V. (2018): "La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los 'productos durables' y el derecho a la información de los consumidores en la Argentina", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 34, pp. 270-310.
- BISSCHOP, L., HENDLIN, Y. y JASPERS, J. (2022): "Designed to break: planned obsolescence as corporate environmental crime", en *Crimen, Law and Social Change*, pp. 1-23.
- BRONNEKE, T. (2017): "Premature Obsolescence: Suggestions for Legislative Counter-measures in German and European Sales & Consumer Law", en *Journal for European Environmental and Planning Law*, 14, pp. 361-372.
- BULOW, J. L. (1986): "An economic theory of planned obsolescence", en *The Quarterly Journal of Economics*, 101, pp. 729-750.

- COMISIÓN EUROPEA (2021): *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC*, COM/2021/851 final. Bruselas, 15 de diciembre de 2021.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A new circular economy action plan for a cleaner and more competitive Europe*, COM/2020/98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020.
- DURAND, P. (2017): *Report on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies*, (2016/2272(INI)), Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Parlamento Europeo.
- GARCÍA GOLDAR, M. (2021): “Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)”, en *Revista de Fomento Social*, 76-1, pp. 91-114.
- GEISSBÜHLER, G. (2018): “La course d’obstacles de l’obsolescence programmée”, en *Justletter*, pp. 1-14.
- GOBIERNO DE FRANCIA (2017): *Rapport du Gouvernement au Parlement sur l’obsolescence programmée, sa définition juridique et ses enjeux économiques, en application de l’article 8 de la LOI du 17 mars 2014 relative à la consommation*, París.
- HARTL, R. F.; KORT, P. M. y WRZACZEK, S. (2022): “Reputation or warranty, what is more effective against planned obsolescence?”, en *International Journal of Production Research*, pp. 1-17.
- HELLMAN MORENO, J. (2016): “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, en *Diario La Ley*, 8819, Sección Tribuna, pp. 1-18.
- HOVEN, E. (2019): “Der ‘eingebaute’ Produktverschleiß - Die Strafbarkeit geplanter Obsoleszenz”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 43, pp. 3113-3116.
- HUART, C. (2019): *L’obsolescence programmée: une intervention législative nécessaire?*, Université Catholique de Louvain.
- JORGE BARREIRO, A. (2005): “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en CANCIO MELIÁ, M. y JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, pp. 1-71.
- LATOUCHE, S. (2012): *Bon pour la casse: Essais sur l’obsolescence programmée*, Liens qui libèrent, Paris.
- LA ROSA, E. (2020): “Planned Obsolescence and Criminal Law: A Problematic Relationship?”, en MAUERHOFER, Volker; RUPO, Danielan y TARQUINIO, Lara (eds.): *Sustainability and Law. General and Specific Aspect*, Springer, pp. 221-236.
- LIBAERT, T. y HABER, J. (2014): *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza”* (Dictamen de iniciativa) (2014/C 67/05) (DO C 67 de 6.3.2014).
- LOBACH, Q. C. (2016): “Zivilrechtliche Aspekte des geplanten Verschleißes”, en *Stu-dZR-WissON*, 1, pp. 31-61.
- LONDON, B. (1932): *Ending the depression through planned obsolescence*, University of Wisconsin.
- MAITRE-EKERN, E. y DALHAMMAR, C. (2016): “Regulating Planned Obsolescence: A Review of Legal Approaches to

- Increase Product Durability and Reparability in Europe”, en *Review of European Community & International Environmental Law*, 25 (3), pp. 378-394.
- MALINAUSKAITE, J. y ERDEM, F. B. (2021): “Planned Obsolescence in the Contexto of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 41-3, pp. 719-749.
- MARTÍNEZ, N. A. y PORCELLI, M. A. (2016): “Un difícil camino en pos del consumo sustentable: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, en *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 18-2, pp. 333-378.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2015): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MATA BARRANCO, N. (de), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, A. y NIETO MARTÍN, A. (2018): *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2008): *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid.
- MELLAL, M. A. (2020): “Obsolescence – A review of the literature”, en *Technology in Society*, 63, 101347, pp. 1-6.
- MICHEL, A. (2020): “Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d’obsolescence prématurée? Analyse de la LOI française ou regard des récentes décisions italiennes contra Apple et Samsung”, en BAILLEUX, A.: *Le droit en transition: Les clés juridique d’une prospérité sans croissance*, Pressen de l’Université Saint-Louis, Bruselas, pp. 245-284.
- MOYSE, P. E. (2020): “The uneasy case of programmed obsolescence”, en *University of New Brunswick Law Journal*, 71, pp. 61-111.
- OCHOA FIGUEROA, A. (2014): “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, 11, pp. 253-294.
- PHILIP, R. S.; ANIAN, A. M. y RAJA, A. S. (2020): “Planned fashion obsolescence in the light of supply chain uncertainty”, en *Academy of Strategic Management Journal*, 19-1, pp. 1-17.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2020): “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”, en DEMETRIO CRESPO, E. (ed.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAES, D.; “L’obsolescence programmée à l’épreuve de l’obligation d’information du vendeur, de la notion de conformité et de la garantie des vices cachés”, en *Librer Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 235-318.
- RODRÍGUEZ, M. (2017): “Obsolescencia de los productos y consumo responsable. Estrategias públicas y sociales hacia un desarrollo sostenible”, en *Distribución y Consumo*, 1, pp. 95-101.
- RUIZ MALBARES, M. C. y ROMERO GONZÁLEZ, Z. (2011): “La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada”, en *Saber, Ciencia y Libertad*, 6-1, 2011, pp. 127-138.
- SÁNCHEZ OTHARÁN, J. F. (2018): *Protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.

- SANTANA VEGA, D. M. (2000): *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid.
- SCHALDEMOSE, C. (2017): *Opinion of the Committee on the environment, public health and food safety for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies (2016/2272(INI))*, Parlamento Europeo.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2006): *La expansión del Derecho penal. Aspecto de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BDF, Montevideo–Buenos Aires.
- SOTO NAVARRO, S. (2003): *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada.
- SOTO PINEDA, A (2021): “EE.UU. vs. Apple Inc.: A propósito de los litigios suscitados por la obsolescencia programada tecnológica”, en *Jurídicas*, 18-1, pp. 267-282.
- SOTO PINEDA, J. A. (2015): “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, en *Actualidad Civil*, 6, pp. 1-21.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. (de) (2018): *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid.

La cuestionable deriva legislativa de la mediación penal en España, ¿de solución alternativa a las penas a una pena más sin alternativa?*

• Alfonso Galán Muñoz •
Catedrático de Derecho penal
agalmun@upo.es

Resumen: En este trabajo se analizan los diferentes problemas que la introducción de una institución de origen eminentemente privado, como es la de la mediación, ha planteado en un sistema como el de justicia penal, dotado de una naturaleza y unas funciones eminentemente públicas. Se trata de poner de manifiesto cómo estas diversas naturalezas no solo están provocando el planteamiento de problemas a la hora de que la mediación pueda integrarse adecuadamente en el funcionamiento del sistema penal, sino también cómo, por otra parte, la naturaleza eminentemente pública y represiva del sistema penal está determinando que la mediación esté dejando, en ocasiones, de actuar como un mecanismo alternativo a las penas, para pasar a hacerlo como suerte de nueva modalidad de pena predicable con respecto a los delitos que generan un mayor rechazo social, algo que sería conveniente evitar.

Palabras clave: mediación penal, penas alternativas, justicia criminal, víctimas.

Abstract: This work analyzes the different problems that the introduction of an institution of eminently private origin, such as mediation, has posed in a system, such as that of Criminal Justice, endowed with an eminently public nature and functions. The aim is to highlight how these diverse natures are not only causing problems when mediation can be adequately integrated into the functioning of the penal system, but also, on the other hand, the eminently public and repressive nature of the penal system is determining that mediation is sometimes ceasing to act as an alternative mechanism to punishments, and starting to do so as a kind of new type of punishment applicable with respect to crimes that generate greater social rejection, something that it would be advisable to avoid.

Key words: criminal mediation, alternative penalties, criminal justice, victims.

- **Fecha de recepción**

01-04-2024

- **Fecha de aceptación**

25-05-2024

Sumario:

1. La mediación penal, problemas y ventajas de una institución en el punto de mira
2. La segmentada regulación española en materia de mediación. ¿Un camino sin rumbo o una deriva con un rumbo peligroso?
3. Bibliografía

1. La mediación penal, problemas y ventajas de una institución en el punto de mira

La mediación penal se ha situado en el centro de un debate tanto doctrinal como político criminal, en el que no parece que se acepten las medias tintas, ni las posturas templadas. O se está radicalmente en contra de la posible introducción y utilización de esta institución en el sistema penal o se cantan sus alabanzas y se la presenta como una suerte de bálsamo de Fierabrás que puede curar todos los males que los muy maltrechos y cuestionados sistemas de justicia penal de los países occidentales sufren desde hace tiempo.

Así, los seguidores de la primera postura critican la que consideran como una verdadera intromisión de la mediación en el ámbito penal, señalando, entre otras cosas, que esta es una institución más propia del derecho privado que de un derecho, como el penal, caracterizado por tener una naturaleza y funciones eminentemente públicas, con lo que su uso en esta rama del ordenamiento podría generar muy negativos efectos sobre el funcionamiento del sistema.

Consideran quienes así se manifiestan, entre otras cosas, que la introducción de la mediación en el sistema penal podría dar lugar a una inaceptable privatización del derecho penal, ya que su uso parece tender a transformar conflictos con indudable trascendencia pública y social, como son los que se concretan en la comisión de un delito, en cuestiones o asuntos de interés puramente particular, privado e inter partes entre víctima y victimario. De hecho, y en esta misma dirección, se señala que, por mucho que el empleo de la mediación en el ámbito penal pudiese llegar a buen puerto y terminase por dar lugar a un acuerdo plenamente sa-

* El presente trabajo recoge las líneas básicas de la ponencia titulada “Funciones y disfunciones de la mediación penal en España”, que el autor impartió en el seno de la “Giornate internazionali di giustizia penale comparata. Antichi e nuovi modelli di giustizia partecipata, cultura della giurisdizione e garanzie processuali della persona. Verso una tutela penale più umana ed egualitaria”, el 31 de octubre de 2023 en la Universidad de Messina (Italia).

tisfactorio para la víctima, lo acordado nunca podría llegar a satisfacer y a cumplir con las funciones sociales que están llamados a desarrollar tanto el proceso penal que se debería seguir con respecto a los hechos realizados como la pena que se podría y debería llegar a imponer a aquel que los hubiese cometido.¹

También critican, por otra parte, que, al ser la mediación un mecanismo básicamente orientado a conseguir un acuerdo reparatorio entre víctima y victimario que vendrá, primordialmente y por más que pueda buscar otros fines, a determinar la indemnización civil que este último sujeto tendrá que pagar al primero, sea más que previsible que la mediación y los efectos beneficiosos que el acuerdo adoptado en su seno puedan tener sobre la situación jurídica del victimario resulten mucho más accesibles para aquellos, de entre estos sujetos, que tengan medios económicos suficientes para pagar tales indemnizaciones (los ricos) que para los que no dispongan de ellos (los pobres), haciéndose así que la irrupción de la mediación en el proceso penal pueda dar lugar a una bifurcación del derecho penal, en el que habría un derecho penal más flexible y previsiblemente suave para los ricos y uno más rígido y que seguirá irremediablemente aplicando las duras medidas que contempla a día de hoy a todos aquellos que, por ser pobres o no lo suficientemente ricos, no dispongan de la capacidad económica suficiente para poder

alcanzar el acuerdo indemnizatorio solicitado por la víctima.²

Incluso se señala que el seguimiento del procedimiento de mediación puede generar y, de hecho, dará lugar a la aparición de un inaceptable tensionamiento de las garantías y derechos que deben primar el procedimiento penal de cualquier verdadero Estado de derecho.

Así, por ejemplo, se afirma que el hecho de que el procedimiento de mediación persiga y pueda determinar, entre otras cosas, la búsqueda del reconocimiento de los hechos por parte del victimario, puede llegar a tensionar garantías procesales tan fundamentales para el sistema penal como pueden ser las referidas al derecho fundamental a la presunción de inocencia o al derecho a no declarar contra uno mismo; derechos ambos que se podrían poner en tela de juicio no solo si se parte de que solo haciendo una previa aceptación de los hechos por el victimario se podrían abrir las puertas a la mediación,³ sino también si

¹ DONINI, M. (2020) “Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato”, en <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2689/m-donini-ultimo-per-online.pdf>, p. 5 y ss (12/12/2023).

² Curiosamente, y como señala Roig Torres, M., en Portugal, la introducción de la mediación ha supuesto todo lo contrario, ya que, sorprendentemente, se considera que solo acude a mediación penal quien no puede costearse los gastos que generaría un procedimiento penal, en ROIG TORRES, M. (2022) “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad” *RECPC* 24-09 (2022), p. 14, en <http://criminet.ugr.es/recpc/> (4/12/2023).

³ De hecho, así lo exigen el art. 12.1.d) Directiva 2012/29/UE y el art.15.1. a) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que genera múltiples problemas en cuanto a las garantías procesales, como señalaba GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016), *La me-*

se llega a admitir que la consecución de un acuerdo de reparación en su seno podría llevar a la automática condena del acusado en el proceso penal celebrado con posterioridad⁴ o se considera que el mero reconocimiento de culpa realizado por su parte en la mediación, pese a no haber terminado en acuerdo, se podría llevar o aportar como prueba de cargo al procedimiento penal que se siguiese contra él.

De hecho, y en esta misma línea, se señala cómo las eventuales ventajas penales que se podrían derivar de la consecución de un acuerdo reparatorio en la mediación pueden determinar que el acusado llegue a aceptar no solo el pago de cuantías indemnizatorias desproporcionadas e injustas en favor de la víctima, con la consiguiente pérdida de la naturaleza puramente resarcitoria que debería tener esta reparación,⁵ sino también a que admita ser penalmente responsable de hechos delictivos que realmente no había cometido, bien para asegurarse de quedar exento de la

pena que se le podría imponer por los mismos, para garantizarse una minoración de su extensión que le posibilite, al menos, poder conseguir la suspensión de su ejecución o bien, incluso, simplemente para poder librarse lo antes posible de los siempre nocivos efectos que le generaría estar sometido al lamentablemente siempre largo y afflictivo desarrollo del procedimiento penal que se habría de seguir contra él para esclarecer los hechos que se le atribuyese. Esto es, simplemente, para librarse de la conocida como “pena de banquillo”.

Si a todo ello se le añade que hay una intensa polémica a la hora de concretar los efectos que debería tener la consecución del acuerdo derivado de la mediación en el proceso penal (¿sustituir a la pena? ¿Cuándo? ¿En qué casos? ¿Con qué condiciones? ¿Solo reducirla? ¿En qué medida?) y también se discute si la mediación podría tener una aplicación generalizada con respecto a todos los delitos o habría que excluirla de forma automática en algunos, que no está muy claro cuáles podrían o deberían ser, parece que el panorama resultará netamente contrario a la introducción de esta figura en los sistemas penales.

Sin embargo, y frente a todo lo anterior, si uno mira el panorama normativo que nos rodea habrá que aceptar que la tendencia legislativa actualmente existente es claramente favorable a la introducción de la mediación en el sistema penal. No es solo que la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, obligue, en su artículo 12, a los Estados miembros de la UE a garantizar el derecho de las víctimas a poder acceder a procesos de justicia reparadora, entre los que estará la

diación penal: hacia un modelo ADR integrado en el sistema procesal penal, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 111, <https://biblioteca--nubedelectura--com.upo.debiblio.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491193678> (14/12/2023).

4 Apunta este peligro, ROIG TORRES, M. (2022) *Op. cit.* ant. p. 20.

5 En este sentido, ya apuntaba Roxin, C. que la reparación puede funcionar como una suerte de tercera vía alternativa a la pena y a la medida de seguridad que podría sustituir o complementar a la pena, para lo que consideraba necesario que el legislador tuviese “en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual”, en ROXIN, C. (2008) *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, Thomson Reuters-Civitas p. 110.

mediación. Es que, además, cada vez es más frecuente que las normativas penales desarrolladas o que se pretenden desarrollar, en los últimos tiempos, en los países de nuestro entorno contengan prescripciones que aluden o estén específicamente referidas a la mediación como mecanismo restaurativo reconocido y con efectos en el ámbito penal.⁶

Las causas de esta proliferación de normas o proyectos de normas penales relativos y referidos a la mediación penal, pese a los problemas y dudas que este mecanismo genera, son, como no podía ser de otra forma, múltiples y muy variadas, pero, a nuestro modo de ver, pueden ser sintetizadas en tres.

La primera se deriva de la crisis permanente que vive la pena propiamente dicha y, especialmente, la pena privativa de libertad. En efecto, la pena vive en un constante y mantenido estado de crisis. Podría pensarse que la imparable expansión e intensificación penal que vivimos en los últimos años y que han llevado a que cada vez haya penas más severas y para cada vez más conductas, sería prueba evidente de lo contrario. Esto es, de que, pese a lo que se diga, la pena privativa de libertad goza de una verdadera “mala salud de hierro”.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención a esos cuestionables procesos, pronto nos percataremos de que su existen-

cia es, precisamente, prueba evidente de su cuestionamiento.

Sin ánimo alguno de entrar, en este momento, en el muy debatido tema referido a cuál habría de ser el fundamento de la existencia de la pena en nuestras sociedades, se puede afirmar que, hasta hoy y un vez superadas las argumentaciones absolutas o retributivas referidas a ella, se sostiene de forma casi unánime que la pena existe porque sirve para cumplir funciones primordialmente preventivas; funciones que, sin embargo, la tozuda realidad nos demuestra que no cumple o, por lo menos, que no cumple con toda la efectividad que la sociedad le reclama.

Así, por ejemplo, se ha afirmado que la pena tiene que prevenir la realización de delitos mediante la amenaza de su posible imposición. Sin embargo, la realidad nos demuestra, todos los días, que no lo hace. Hasta en aquellos delitos que son amenazados con las penas más altas y en los que el porcentaje de su posible imposición a quienes los realizan es tremendamente elevado, su amenaza no impide que tales hechos se cometan y se vuelvan a cometer, incluso por los mismos sujetos que sufrieron tales penas por haberlos realizado anteriormente. La pena se muestra, entonces, como no suficientemente intimidatoria, ni tampoco eficaz desde un punto de vista preventivo especial, algo que, por otra parte, y de forma simultánea, lleva a que su imposición tampoco consiga otro de los fines preventivos que se supone ha de perseguir: reafirmar la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma violada.

De hecho, si se amenaza con una pena elevada la posible realización de un hecho, este se comete y se castiga y, pese a todo, posteriormente, se vuelve a cometer, incluso por el mismo sujeto que ya sufrió la imposición de la pena inicialmente prevista, esta no solo no conseguirá reestablecer la con-

⁶ Así, por ejemplo, véase sobre los diferentes sistemas anglosajones y el sistema alemán “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA) lo comentado por BARONA VILAR, S. (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 161 y ss o, con respecto a los sistemas alemán y portugués, por ROIG TORRES, M. (2022) *Op. cit.* ant. pp. 6 y ss.

fianza social en la vigencia de la norma, sino que generalmente llevará a que la sociedad desconfíe de la pena establecida y entienda que si no alcanzó la eficacia preventiva o resocializadora esperada fue porque no era lo suficientemente dura como para poder hacerlo. Esto normalmente dará lugar a la aparición de una precisión social cada más generalizada a pedir incrementos punitivos, que, aunque se adopten, evidentemente, tampoco podrán evitar de forma plena una posible reiteración del delito, con lo que la nueva realización de delitos volverá a determinar una nueva pérdida de confianza social en la vigencia de la norma y otra vez llevará a que se reclamen nuevos incrementos punitivos, dando así lugar a la aparición y al desarrollo de una espiral punitivista, aparentemente sin fin. Una espiral que es, precisamente, la que se encuentra tras la actual previsión de penas absolutamente desproporcionadas a la gravedad de muchos de los hechos penalmente sancionados, pero que también es la que determina que se produzcan los adelantos y expansiones del derecho penal que estamos viviendo. Lo hace, ya que lleva no solo a que se castiguen los hechos delictivos tradicionalmente perseguidos por el derecho penal con mayores penas, sino también a que se sancionen penalmente cada vez más actividades no solo previas, sino incluso objetivamente desconectadas de la que realmente se pretende evitar que se produzca simplemente por entenderse que su realización por un sujeto sería ya indicativa de que este podría cometer en el futuro el hecho que realmente se pretendía prevenir, convirtiéndose así, como dijimos, el fracaso preventivo de la pena inicialmente prevista en un claro factor de impulso de la exitosa y aparente-

mente imparable expansión de las penas que vivimos durante los últimos tiempos.⁷

En un contexto así, la búsqueda de mecanismos alternativos a las penas, que puedan ayudar a evitar o cuanto menos paliar la inflación que la crisis de esta institución está generando sobre su uso, resulta atractiva, entendiéndose entonces por qué la mediación no deja de cobrar fuerzas entre un importante sector de la doctrina que la ve como una posible vía alternativa o, cuanto menos, complementaría respecto de las cada vez más cuestionadas e intensas penas tradicionales del derecho penal.

Pero no es solo esta crisis de la pena la que está ayudando al auge de la mediación penal como mecanismo del sistema. También lo está haciendo, en segundo lugar, el hecho de que, al tener el proceso penal una

7 En este sentido, señalaba Silva Sánchez, J. M., que en las sociedades actuales no solo no se discute el derecho penal, sino que este y la pena gozan “... de una sorprendente reputación como instrumento de resolución de conflictos sociales”, considerando, de hecho, que la expansión e intensificación del derecho se debe, entre otras cosas, a “la paulatina identificación social mayoritaria con la víctima del delito que ha relegado a un completo segundo, cuando no a la absoluta irrelevancia a su autor y a las causas que llevaron a convertirse en tal, causas de las que la sociedad actual no se siente en modo alguno responsable” y a la sensación de inseguridad, en muchos casos, no fundamentada en la realidad, pero sí sentida que tienen la mayor parte de los ciudadanos en las sociedades actuales, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018) *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. B de F, Buenos Aires/Montevideo, pp. 46 y ss, 161 y 162.

naturaleza eminentemente pública se haya configurado, tradicionalmente, como un instrumento jurídico que deja en un completo segundo plano los posibles intereses o pretensiones de la víctima del delito y que incluso puede llegar a tratarlas como meros instrumentos utilizables para alcanzar los fines y efectos sociales que el sistema de justicia penal pretende lograr, pudiendo incluso, para hacerlo, obligarlas a revivir el mal sufrido en el proceso, aunque ello pueda dar lugar a su doble victimización, algo que, evidentemente, las víctimas ya no están dispuestas a soportar.

Las víctimas no quieren ser ya meros instrumentos del sistema penal. No quieren tener un papel secundario en dicho sistema y, menos aún, quieren sufrir de nuevo, durante el proceso, por haber padecido en sus carnes un delito. Quieren tener voz propia en el proceso. De hecho, quieren que todo el sistema penal las tenga en cuenta. Ya no están dispuestas a tolerar que el sistema y el propio proceso penal dejen completamente al margen sus intereses y opiniones, y exigen que se las tenga en consideración tanto a la hora de buscar una adecuada respuesta a sus reclamaciones y necesidades como a la de determinar incluso el concreto tratamiento que el derecho penal habría de dar al hecho que habían sufrido y a aquel que lo ocasionó.

Precisamente, la mediación penal, como el instrumento de justicia restaurativa que es, parece un mecanismo especialmente apto para poder conseguir alguno de estos fines perseguidos por las víctimas. La mediación busca conseguir que víctima y victimario alcancen un acuerdo que sirva para reparar de forma integral (económica, terapéutica y moralmente) a la primera, con lo que pone los intereses de las víctimas (y no los puramente sociales) en el primer plano de los objetivos a satisfacer. Pero, además, la mediación también hace que las víctimas dejen de

jugar el papel puramente secundario, pasivo e instrumental, que tradicionalmente les ha otorgado el proceso penal, para pasar a desempeñar un rol central, activo y propio durante el desarrollo de la mediación. La víctima, en la mediación, podrá hablar con el victimario de igual a igual, podrá transmitirle todo lo que padeció, hacerle ver los daños que ocasionó, podrá reclamarle lo que considera necesario para compensar y reparar el menoscabo que se le había ocasionado y podrá, si quiere, perdonarle, convirtiéndose así la mediación en un instrumento completamente idóneo no solo para poder subsanar los negativos efectos que el proceso penal puede generar sobre las víctimas, sino también para que estas se sientan realmente empoderadas y reconocidas por el sistema penal, algo que el tradicional proceso penal, por su naturaleza pública, no ha llegado, ni posiblemente deba llegar nunca a llegar a hacer, pero que se presenta como un factor clave a la hora de comprender el auge que la mediación penal está viviendo en los últimos tiempos.

Ahora bien, la mediación no solo busca resarcir y permitir empoderar a la víctima. También busca que la otra parte, el victimario, reconozca lo que hizo, comprenda el daño que generó, asuma su responsabilidad y tenga una voluntad reparatoria, pudiendo llegar a alcanzar el perdón del ofendido. Con ello, se busca encontrar una solución satisfactoria al conflicto social planteado. Pero también se puede dar lugar a que el victimario efectúe una serie de comportamientos postdelictivos que pueden y, de hecho, tienen trascendencia y efectos penales, ya que pueden determinar, desde que reciba una atenuación de la pena que podrá sufrir (p. ej. por haber reparado el daño conforme a lo establecido en el art. 21.5º CP), hasta que pueda quedar completamente exento de responsabilidad penal por el hecho que cometió, como sucederá cuando obtenga

el perdón del ofendido con respecto a determinados delitos (los privados) o cuando se sobreesa el procedimiento penal que se podría haber abierto contra él por otros (como puede suceder con los sobreseimientos previstos para los delitos leves del art. 963 y 964 de la LECrim). Esto, evidentemente, hace a la mediación un mecanismo tremendamente atractivo para los victimarios y no solo para las víctimas. Pero también lleva, y con ello entramos ya en el análisis del tercer factor, a nuestro juicio, determinante del auge de la mediación, a que esta se presente como un mecanismo cuyo posible uso resulta de sumo interés para el Estado.

Las penas, sobre todo las privativas de libertad, son caras. Cuestan mucho dinero y recursos al erario público y cuanto más largas son las penas que se puedan imponer más caras será su imposición. No es de extrañar entonces que el comienzo del auge de la mediación penal se haya dado en un contexto histórico muy determinado. En concreto, en aquel que vino dado por la crisis financiera y, sobre todo, por la crisis de financiación pública que se produjo, especialmente en algunos países de Europa, entre los que se encontraba España, en los años 2010 y siguientes. En una situación como aquella, donde los Estados se veían obligados a hacer recortes en servicios sociales básicos (educación, sanidad, etc...), ahorrar en prisiones era, sin duda, una medida que parecía razonable. El problema era cómo hacerlo en un contexto social profundamente punitivista, como el que comentamos anteriormente. La mediación se presentaba entonces como un mecanismo que permitía dar una posible solución al problema. Permitía al Estado ahorrarse total o, cuanto menos, parcialmente costes de los internamientos derivados de las elevadas penas que preveían los cada vez más numerosos delitos que había creado y le permitía ha-

cerlo con el beneplácito y la aquiescencia de las víctimas, colectivo este que, por razones obvias, suele ser uno de los que más radicalmente se oponen y manifiestan en contra de cualquier posible rebaja de penas o relajación del tratamiento penitenciario aplicable a los delincuentes.

Si a ello se le añade que la mediación, como hemos visto, tiende a conseguir acuerdos entre víctimas y victimarios, donde estos reconocerán los hechos cometidos y repararán a aquellos, lo que hará mucho más factible que muchos procedimientos penales no tengan que llegar a abrirse, y, también, que resulte mucho más factible que en los que lo hagan se puedan alcanzar conformidades que permitan cerrarlos rápidamente, se comprenderá perfectamente que los Estados vean con muy buenos ojos el uso del mecanismo mediador en el ámbito penal, dado que su empleo, además de ahorrarle muchos de los costes que los procesos penales generan, también podría servir para aliviar, en cierta medida, la desesperada situación de saturación que vive la completamente desbordada Administración de Justicia en el ámbito penal, al poder reducir el ingente número de procedimientos que dicha administración ha de tramitar.

2. La segmentada regulación española en materia de mediación. ¿Un camino sin rumbo o una deriva con un rumbo peligroso?

Es muy posible que la existencia de todas las ventajas anteriormente planteadas y, especialmente, la posibilidad de que la mediación penal pueda representar una vía para paliar el enorme problema de saturación de nuestros tribunales, derivado tanto de la aparentemente sin límites expansión que vive el

derecho penal como, sobre todo, de la endémica falta de recursos humanos y económicos de que adolece la Administración de Justicia, hayan tenido mucho que ver en el auge que dicho instrumento ha vivido en nuestro país en los últimos años, pese a las muchas dudas y problemas que su posible implantación genera.

No es este, ni ha sido, evidentemente, un fenómeno exclusivamente español, pero su desarrollo legislativo en España presenta algunas particularidades que deben ser analizadas y evaluadas con cierta cautela.

El impulso inicial de dicho desarrollo vino dado, sin duda, por la ya citada Directiva 2012/29/UE. Fue la obligatoria transposición de esta norma comunitaria la que llevó a la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD), de cuyos art. 3 y 15 se desprende que la mediación es uno de los mecanismos de justicia restaurativa a los que las víctimas de delitos tienen derecho a poder acceder en España.⁸

8 Así, afirma el preámbulo de dicha ley que “En este contexto, se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Procede, por tanto, transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la nueva Directiva de 2012”.

Paralelamente, se produjeron otros movimientos legislativos relevantes, como el realizado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reformó profundamente nuestro Código Penal, para, entre otras cosas, introducir, por primera vez, en dicho texto una mención expresa a la mediación, al establecer que “El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”, del que habla el vigente art. 84.1 1ª CP, es una de las condiciones que el juez penal puede imponer en caso de que decida suspender la ejecución de una pena, conforme al sistema general contemplado en el art. 80.2 CP, y una de las que tendrá obligatoriamente que decretar, en caso de que lo haga conforme al régimen especial de suspensión del art. 80.3 CP.

Pese a ello, lo cierto y verdad es que, hoy en día, y pese a los intentos de regular dicho mecanismo de forma más detallada, completa y coordinada realizados en los diferentes proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todavía no hay un texto en nuestro ordenamiento que lo haya hecho, con lo que son muchos los problemas que esta institución plantea en nuestro país que no encuentran una respuesta plenamente satisfactoria y segura.

Así, por ejemplo, no existe un texto que defina de forma clara las fases, ni el procedimiento que se debe seguir antes y durante la mediación. Tampoco, y pese a lo establecido en el art. 15 del Estatuto de la Víctima, parece que esté del todo claro cuáles habrían de ser todos los requisitos a cumplir para abrir las puertas al proceso de mediación, ni existe una norma articulada que defina cómo se podría dotar de oficialidad y efectos al posible acuerdo obtenido mediante su desarrollo. De hecho, tampoco existe un texto normativo que determine con precisión cuáles podrían ser los concretos efectos penales de cada uno de tales acuerdos, lo que ha lleva-

do a que se utilicen mecanismos no expresa ni específicamente creados ni pensados para la mediación (p. ej. atenuante de reparación del daño del art. 21.5º CP, conformidades, etc...) para dotarlos de efectos penales, pero también ha abierto las puertas a que algunos sigan defendiendo configurar a la mediación como un instrumento completamente alternativo a la pena y que podría sustituirla, algo que, a nuestro entender, puede resultar político-criminalmente contraproducente y está, de hecho, vedado con respecto a determinados delitos (p. ej. los públicos), siendo mucho más prudente y adecuado, a nuestro juicio, tratar a la mediación más como un mecanismo colaborador y coordinado con el sistema penal tradicional que como a uno que pretenda o pueda llegar a sustituirlo.⁹

Falta, por tanto, un desarrollo normativo completo y adecuado de la mediación en España que dé una visión clara del papel que dicho instrumento ha de desarrollar en el sistema de justicia penal español y de cómo ha de hacerlo.

Sin embargo, y curiosamente, lo que sí que ha habido es una paulatina restricción normativa del ámbito de delitos en que dicha modalidad de justicia restaurativa se puede aplicar en nuestro país.

Así, por ejemplo, llama la atención que mucho antes de los desarrollos normativos citados, el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, modificase el art. 87 ter 5 LOPJ para establecer ya la prohibición de la mediación en todos los asuntos civiles, pero también en los penales, cuya competencia atribuía a los Juzgados de

Violencia contra la Mujer.¹⁰ Esto *de facto* excluía y sigue excluyendo del ámbito de posible uso de tal instrumento al amplio grupo de delitos que aparecen enumerados en el apartado 1 del referido precepto de la LOPJ; delitos que, yendo desde el homicidio o los delitos contra la libertad sexual hasta, por ejemplo, los delitos contra los derechos y deberes familiares, tienen en común el hecho de haberse cometido por un varón “contra quien fue la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor del delito en cuestión por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.¹¹

¹⁰ Así lo entendemos, atendiendo al tenor literal del precepto comentado, aunque hay algunos autores que han tratado de limitar dicha restricción al ámbito civil, teniendo en cuenta que el precepto comentado versa sobre materia civil y los juzgados de violencia de género tienen asignada determinados procesos del derecho de familia, como pone de manifiesto, GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016) *Op. cit.* p. 88.

¹¹ VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2023) “La prohibición de la mediación penal en los delitos de violencia de género: una lectura del art. 57.3 CP en clave constitucional”, *Revista General de Derecho Penal*. Iustel 39, p. 2, en <https://www.iustel.com> (16/11/2023). En concreto, queda excluida la mediación en los delitos de “homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre

⁹ GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016) *Op. cit.* p. 70.

Mucho se ha discutido sobre los motivos y lo acertado o desacertado de esta medida legislativa. Entre las causas o razones que se han dado para sustentar la exclusión de la mediación en estos delitos se ha señalado, por ejemplo, que el uso de dicho instrumento restaurativo vendría de nuevo a tratar como un problema o cuestión privada algo como es la violencia de género y, especialmente, los delitos relacionados con ella, que siempre deben ser tenidos como asuntos de eminente naturaleza e interés públicos. Pero, además, y por encima de cualquier otro argumento, se ha afirmado que el veto de la mediación en estos delitos se deriva del hecho de que, al ser la violencia de género una forma de violencia estructural que determina que todas las mujeres se encuentren, por el mero hecho de serlo, en una situación de desigualdad con respecto a los hombres que las hubiesen atacado, resulta materialmente imposible que en los casos de delitos de violencia de género pueda darse aquella igualdad entre víctima y victimario que constituye uno de los presupuestos necesarios e ineludibles para que se pueda dar siquiera inicio a un verdadero proceso de mediación entre ambos.¹²

los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género” y también respecto a “cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”.

12 Así lo mantiene, entre otros, ROMERO SESEÑA, P., señalando también este autor que en algunas normas posteriores se ha tratado de fundamentar dicha exclusión aludiendo a supuestas exigencias supranacionales. En

Muchas han sido, por el contrario, las voces que se han alzado frente a estos planteamientos. Así, se ha señalado, entre otras cosas, que si bien es cierto que en estos delitos puede haber situaciones de desigualdad que deberían excluir el posible comienzo de un proceso de mediación esto mismo sucede con muchos otros delitos, sobre todo si se han cometido con violencia, en los que la igualdad entre víctima y victimario, sin embargo, puede ser restaurada antes de iniciar dicho procedimiento, debiendo desistirse de hacerlo, por tanto, tan solo cuando constate que dicha restauración era imposible de conseguir en cada caso concreto, algo que parece

concreto, lo hace el art. 1.2 de la Ley Foral 4/2023, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias, que excluye del ámbito de aplicación de dicha ley “todos los asuntos de violencia de género ya sean violencia en la relación de pareja, violencia sexual o cualquier otra conducta considerada como violencia de género por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, celebrado en Estambul el 11 de mayo de 2011”, un convenio cuyo art. 48 solo prohíbe, en realidad, el empleo de “medios alternativos obligatorios de resolución de conflictos”, lo que no es la mediación que, como es sabido, tiene como uno de los presupuestos fundamentales para su iniciación el de la aceptación libre y voluntaria de las partes implicadas de someterse al mismo, en ROMERO SESEÑA, P. (2023) “El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva ley foral 4/2023 de Navarra, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 30, pp. 313 y 316.

lógico pensar que también debería hacerse con los delitos de violencia de género. En esta misma línea de pensamiento, también se ha señalado que excluir de forma automática y generalizada a la mediación en estos ámbitos, por considerar siempre a la víctima de estos delitos como irremisiblemente sometida a una situación de irreparable desigualdad genera el riesgo de que se esté usando un estándar o modelo único con respecto a la mujer víctima de violencia de género que puede que, en ocasiones, no se corresponda con la realidad,¹³ pudiendo, de hecho, entonces, la general negativa a que puedan acceder a la mediación llegar a representar un caso de discriminación a las mujeres frente a otras posibles víctimas de otros delitos.¹⁴ Tampoco ha faltado, por otra parte, quien ha señalado que esta exclusión de la mediación supone, de hecho, un grave error político-criminal, ya que olvida, por ejemplo, que podrá haber casos en los que ha habido una única, aislada y leve agresión por parte del hombre sobre una mujer,¹⁵ y la mediación podría actuar como un mecanismo completamente idóneo para acabar de raíz con la fuente del conflicto que generó tal ataque y que podría llevar, en caso de no ser neutralizada, a un incremen-

to de la espiral de violencia que determina-se que las agresiones se repitieran o incluso pudieran desembocar en ataques mucho más graves; casos estos en los que la exclusión del uso de dicho mecanismo restaurativo se demostraría como una decisión absolutamente contraproducente desde un punto de vista estrictamente preventivo.¹⁶

Ahora bien, pese a lo controvertida y criticada que resultó y sigue resultando esta exclusión legal, la misma se ha visto recientemente acompañada por otra que parece que no lo va a ser menos. Hablamos, cómo no, de la que ha realizado en fechas mucho más cercanas la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual. En concreto, ha sido la disposición final duodécima de dicha Ley Orgánica la que ha modificado el ya citado artículo 3 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, para establecer, al final de su primer apartado, que “En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”.

Ello supone volver a la cuestionable senda que abrió la Ley Orgánica 1/2004, al haber venido la reforma de 2022 a ampliar el grupo

¹³ GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016) *Op. cit.* p. 90.

¹⁴ ROMERO SESEÑA, P. (2023) *Op. cit.* pp. 321 y 322.

¹⁵ Rechaza que en todos los casos como estos no puedan apreciarse una voluntad no libre o viciada de la víctima, sobre todo si ya ha denunciado o ha tomado ya medidas para acabar con la situación de violencia que padecía VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2022), en “La mediación-reparación en el derecho penal de adultos”, Madrid, Dykinson. p. 138 y ss.

¹⁶ En contra de la exclusión global de la mediación en estos casos, por considerar que puede tener efectos preventivos relevantes, al igual que tiene en otros delitos violentos se manifiesta, por ejemplo, y entre otros autores, VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2020), “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal” *Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, Vol. 15, nº 29 (Julio 2020), pp. 54 y 55, en <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/05/Vol15N29A3.pdf> (12-11-2023).

de delitos que pasarán a estar legalmente excluidos de la posibilidad de ser sometidos a un procedimiento de mediación penal.

Junto a los delitos de violencia de género, de los que hablaba el art. 87 ter 5 LOPJ, introducido por la LO de 2004, quedan ahora también excluidos de la mediación los casos de “violencia sexual”; una expresión que no se contempla en el Código Penal como tal, pero parece claro que alude a unos delitos que no pueden confundirse con los de violencia de género. No pueden serlo, en primer lugar, porque no puede entenderse que tal expresión legislativa esté referida tan solo a aquel grupo de delitos sexuales que se englobarían y se insertarían dentro de los delitos propios de la violencia de género (los sexuales realizados por hombre sobre su pareja o expareja femenina), dado que una interpretación así dejaría sin sentido alguno la reforma efectuada, al determinar que esta tan solo hubiese venido a repetir la exclusión de un grupo de delitos que ya estaban excluidos del ámbito de la mediación desde 2004. Pero es que, además, tampoco pueden serlo, porque, de hecho, la LO 10/2022 que introdujo la referida modificación se encarga expresamente de definir lo que ha de considerarse englobado dentro de los casos de “violencia sexual” de los que habla el reformado precepto, al establecer, en su art. 3.1, que se tendrá que entender como violencias sexuales “... cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”, entre los que estarán, en todo caso:

los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con

finde explotación sexual. (...), lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

Habrà que entender, por tanto, atendiendo a lo que dicho precepto nos dice, que la nueva redacción dada al art. 3.1 *in fine* del Estatuto de la Víctima ha venido a extender significativamente el ámbito de la prohibición de la mediación,¹⁷ al incluir dentro de lo vetado a dicha institución delitos que no tienen necesariamente como víctimas exclusivamente a mujeres agredidas y tampoco como agresores solo a hombres, con lo que no tienen que ser propios de la violencia de género. Así sucederá, por poner un caso destacado, con los delitos contra la libertad sexual contemplados en el VIII del Libro II del Código Penal que excluye expresamente el art. 3 de la LO 10/2022. Unos delitos que, evidentemente, no tienen una perfilación típica de género, ya que pueden apreciarse tanto si las conductas que castigan se realizan sobre víctimas mujeres, –lamentablemente, sus víctimas más habituales–, como si se efectúan sobre niños, que podrán ser de sexo y género masculino, o contra adultos que también lo sean, pudiendo ser, además, autores de su realización tanto los hombres como las mujeres (piénsese, por ejemplo, en un caso de acoso sexual laboral entre jefa y empleado o entre dos compañeros de diferente sexo, en el que la parte activa del delito fuese la mujer).

Siendo esto así, surge automáticamente una cuestión.

¹⁷ Así lo señala, por ejemplo, ROMERO SESEÑA, P. (2023) *Op. cit.* p. 307.

Si el principal argumento para excluir de la posibilidad de mediación a los delitos de violencia de género era la desigualdad estructural que padecen sus víctimas mujeres, ¿por qué la LO 10/2022 ha excluido ahora de la mediación delitos de los que podrán ser víctimas quienes no sufren dicha forma de violencia estructural?

La razón, obviamente, no puede ser ya la existencia de una desigualdad estructural. Pero tampoco puede serlo el hecho de que se considere que la apertura de dicha posibilidad podría “reprivatizar” un conflicto que se considera debe tener transcendencia pública, máxime cuando, como es sabido y pese a las reformas realizadas, los delitos contra la libertad sexual realizados sobre adultos son delitos semipúblicos, que, en principio y salvo caso de que concurra una discapacidad que haga que la víctima esté especialmente necesitada de protección, solo podrán ser perseguidos a instancia de parte. Esto es, de la persona agraviada (art. 191 CP).

Siendo esto así, se hace evidente que la mediación no “reprivatizaría” ni puede reprivatizar algo que, en principio, se mantendrá en el ámbito de lo privado, mientras no haya denuncia, o que será público, si se hubiese denunciado, consideración esta última que no cambiará por más que se inicie la mediación o esta pueda llegar incluso a buen puerto y a un acuerdo, al no ser factible que el comienzo de la mediación, la consecución del acuerdo o incluso la concesión del perdón por parte del ofendido en su seno puedan paralizar el procedimiento penal comenzado, ni puedan extinguir la responsabilidad penal que su completo desarrollo podría llegar a atribuir.

En realidad, y a nuestro modo de ver, tras el veto a la mediación en estos casos no se encuentran ninguno de estos problemas. No se prohíbe utilizar la mediación en estos casos porque se considere que estamos ante

supuestos en los que no puede haber, ni puede restaurarse la igualdad. Tampoco se hace porque se entienda que nos encontramos ante conflictos en los que la utilización de la mediación pueda mitigar el reproche público o social que deben generar estos hechos, al hacerlos pasar por asuntos privados.

La mediación se prohíbe en estos delitos, como nuestro legislador también ha pretendido hacer con otros que nada tienen que ver con ellos ni con los de violencia de género (p. ej. los de corrupción),¹⁸ porque dicha prohibición privará a los responsables de los hechos delictivos excluidos de las posibles ventajas penales que la mediación podría llegar a generarles. Esto es porque se considera y emplea dicha exclusión como un nuevo mal o un nuevo castigo aplicable a dichos sujetos; castigo que, evidentemente, vendrá a añadirse, entonces, a las penas que ya les habrían de corresponder por los hechos que habrían cometido.

¹⁸ Curiosamente, estos delitos aparecían como figuras excluidas de la posibilidad de mediación en el art. 147 del proyecto de reforma de la LECrim realizado en 2011, comentado por GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016) *Op. cit.* p. 81, algo que ha sido paliado en el proyecto de reforma de la LECrim de 2020, ya que, como señala ROIG TORRES, M. (2022), dicho proyecto no cierra las puertas de forma completa a la posibilidad de mediación en supuestos de corrupción, si bien sí que determinaba que el acuerdo de mediación no pudiese nunca producir determinados efectos aplicables a otros delitos, como el del archivo por razones de oportunidad del que habla el art. 175 del proyecto que es excluido en casos de corrupción en el apartado 3 de dicho artículo. En ROIG TORRES, M. (2022) *Op. cit.* p. 20.

Se produce entonces una peligrosa mutación de la función político-criminal perseguida por la mediación en España con respecto aquella que fundamentó su auge. La mediación ya no es vista ni usada en estos preceptos como un posible instrumento, tal vez no siempre alternativo, pero sí colaborador del sistema penal y de las penas y que vendría a mitigar o paliar algunos de los perniciosos efectos y problemas que la configuración tradicional de este sistema de justicia genera. Muy por el contrario, la mediación es vista y se emplea aquí, directa y primordialmente, como un mecanismo cuya exclusión vendrá a intensificar la respuesta penal aplicable a determinados delitos en contraste con otros, algo que, evidentemente, no se corresponde con la función político-criminal que la mediación podría desempeñar para solventar el conflicto social planteado y paliar los problemas que afronta el sistema penal español al hacerlo, pero que, además, aún puede tener un efecto mucho más pernicioso.

En concreto, al dejar de ver ya a la mediación como un mecanismo autocompositivo de resolución del conflicto planteado con posible incidencia penal, cuyo posible uso está en manos de las partes, y pasar a hacerlo como uno cuya exclusión estatal actuará como una parte más de la pena a imponer y cuya posibilidad de empleo representaría una suerte de privilegio o beneficio que el Estado puede dar o no, se corre el riesgo de que este no solo restrinja cada vez más el posible acceso a la mediación, excluyéndolo de ámbitos donde podría resultar tremendamente efectivo, como ha hecho hasta ahora, sino también de que pueda decidirse paulatinamente a incrementar las penas previstas para los delitos en los que admita la utilización de tal instrumento, bien para fomentar que sus supuestos responsables se muestren especialmente proclives a usarlo y a adoptar acuer-

dos reparadores en su seno, o bien, y lo que sería aún peor, para garantizar que, cuando se alcancen tales acuerdos, ello no determine que las penas que finalmente se impusieran a dichos sujetos pudieran ser consideradas socialmente como insuficientes para la gravedad de los hechos que habrían realizado, objetivo que podría llevarle a incrementar las penas abstractas inicialmente previstas para dichos delitos, precisamente, en aquella cuantía en que podrían verse minoradas en caso de que se alcanzase el referido acuerdo, con lo que la mediación penal pasaría a actuar como un nuevo y peligroso factor inflacionista de las penas de los delitos en que se pudiese utilizar.

Urge, para prevenir estos posibles efectos y esta posible deriva y para conseguir que la mediación resulte realmente funcional y ayude al sistema penal, que se recupere la naturaleza y la visión que originariamente se tuvo con respecto dicha institución y se vuelva, consecuentemente, a un camino legislativo que la trate como lo que es y debería seguir siendo. Un mecanismo autocompositivo entre víctima y victimario que, eso sí, pese a serlo y estar, por ello, en manos de dichos sujetos, puede y debe tener efectos en el sistema de justicia penal. Habrá que buscar entonces alcanzar un difícil punto de equilibrio. Habrá que impedir que la naturaleza autocompositiva y privada de la mediación como tal pueda determinar que se produzca una pérdida de garantías en el proceso penal. Pero, también y como contrapartida, habrá que evitar que el hecho de que la mediación pueda tener efectos en el sistema penal pueda llevar a que el carácter eminentemente público de este sistema pueda fagocitar y desnaturalizar dicho instrumento autocompositivo transformando a la mediación penal en un simple mecanismo más del sistema punitivo que pueda incluso servir para incre-

mentar el ya de por sí severo y, en muchos casos, desproporcionado tratamiento que este otorga a determinados delitos.

Para hacerlo tal vez resultaría conveniente que se crease una ley específicamente referida a la mediación penal. Una ley que regulase de forma autónoma, completa y conjunta tanto los requisitos de la mediación o su funcionamiento como los efectos procesales y materiales que dicha institución podría generar durante su desarrollo, algo que, si bien no impediría que dicha ley pudiese y debiese determinar cambios en la LECrim y en nuestro CP, sin duda dotaría a este instrumento de una regulación coordinada y coherente que podría abrir, precisamente por serlo, nuevos e interesantes caminos al futuro de ese enfermo con una salud cada vez menos de hierro que es nuestro sistema penal.

3. Bibliografía

- BARONA VILAR, S. (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DONINI, M. (2020) “Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato”, en <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2689/m-donini-ultimo-per-online.pdf> (12/12/2023).
- GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016) *La mediación penal: hacia un modelo ADR integrado en el sistema procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 111, <https://biblioteca--nubedelectura--com.upo.debiblio.com/cloud-library/ebook/show/9788491193678> (21/11/2023).
- ROIG TORRES, M. (2022) “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad” *RECPC* 24-09 (2022), en [http://criminnet.ugr.es/recpc/\(4/12/2023\)](http://criminnet.ugr.es/recpc/(4/12/2023)).
- ROMERO SESEÑA, P. (2023) “El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva ley foral 4/2023 de Navarra”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 30.
- ROXIN, C. (2008) *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, Thomson Reuters-Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018) *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. B de F, Buenos Aires/Montevidео.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2023) “La prohibición de la mediación penal en los delitos de violencia de género: una lectura del art. 57.3 CP en clave constitucional”, *Revista General de Derecho Penal*. Iustel 39, p. 2, en <https://www.iustel.com> (5/12/2023).
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2022), en “La mediación-reparación en el derecho penal de adultos”, Dykinson, Madrid.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2020), “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal” en *Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, Vol. 15, nº 29 (Julio 2020), pp. 54 y 55, en <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/05/Vol15N29A3.pdf> (12-11-2023).

Más de una década de responsabilidad penal de personas jurídicas: revisión jurisprudencial del artículo 31 bis del Código Penal Español a la luz de los principios legitimadores del derecho penal¹

• **María Soledad Gil Nobajas** •

Profesora contratada doctora
Universidad de Deusto

Resumen: Las bases legales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han generado un controvertido debate sobre su naturaleza, fundamento y elementos definitorios en el que cobra especial importancia la interpretación de la jurisprudencia al respecto. Este trabajo tiene por objeto analizar algunas de las cuestiones sobre las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse a la luz de los principios legitimadores del derecho penal, en concreto, el principio de legalidad y el principio de culpabilidad.

Palabras clave: personas jurídicas, responsabilidad penal, principio de legalidad, principio de culpabilidad, doctrina jurisprudencial

Abstract: The legal basis of the liability of legal entities has generated a controversial debate on its nature, basis, and defining elements, in which jurisprudence interpretation is of the most importance. The purpose of this study is to analyse some problems of this legislation on which the Supreme Court has had occasion to rule, in light of constitutional criminal principles, particularly, legality principle and culpability principle.

Keywords: legal entities, criminal liability, legality principle, culpability principle, jurisprudential doctrine

¹ El presente trabajo, actualizado jurisprudencialmente, ha sido publicado anteriormente en GORDILLO PÉREZ, L. (Dir.) / ARRIOLA ECHANIZ, N. (Coord.), *La anatomía de la justicia constitucional europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

- **Fecha de recepción**

01-04-2024

- **Fecha de aceptación**

05-06-2024

Sumario:

1. Introducción
2. Marco político criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica
 - 2.1. Aproximación histórica a los objetivos político-criminales pretendidos con la sanción penal a las personas jurídicas
 - 2.2. Las bases político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español
3. Evaluación teórico-constitucional del marco regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - 3.1. Derecho penal y Constitución. Relevancia de los principios constitucionales en la imposición de penas a las personas jurídicas
 - 3.2. Principio de legalidad
4. Principio de culpabilidad
 - 4.1. Imputación subjetiva o culpabilidad de la persona jurídica
 - 4.2. La imputabilidad empresarial. A su vez, sobre el concepto de persona jurídica
5. Consideración final
6. Referencias

1. Introducción

Hace casi quince años que el legislador penal español introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal (CP) por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio. Lo que entonces supuso una sacudida a los cimientos tradicionales de nuestro derecho penal, anunciada por los infructuosos trabajos prelegislativos previos a esta reforma, continúa su camino de asentamiento en el ordenamiento jurídico-penal. En este tiempo la regulación por la que se imponen penas a personas jurídicas ha sufrido hasta la fecha tres modificaciones. La primera de ellas, por vía de la LO 7/2012, de 28 de diciembre, amplió el ámbito subjetivo de aplicación del art. 31 bis. Tres años más tarde, la LO 1/2015, de 30 de marzo, reformó en profundidad las bases del modelo. Junto a una nueva ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, vino a otorgar carta de naturaleza a los programas de cumplimiento, el *compliance* penal, y la posibilidad de que sirvieran de exoneración de responsabilidad para la persona jurídica, si estos habían sido implementados y ejecutados eficazmente con anterioridad a la comisión del delito. Por último, la LO 1/2019, de 20 de febrero, amplió el catálogo de delitos en los que se prevé la aplicación del art. 31 bis. En lo que a la praxis judicial se refiere, debe tenerse presente que la primera sentencia del Tribunal Supremo (TS) que ratificó una condena impuesta a una persona jurídica es la famosa 154/2016, de 29 de febrero; resolución que, hasta la fecha, puede decirse que constituye la base fundamental de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del modelo de responsabilidad consagrado en los arts. 31 bis y ss. CP.

Es evidente que a pesar del rico bagaje doctrinal dogmático y político-criminal nacional y comparado del que se dispone en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el art. 31 bis ss. CP suscita numerosos aspectos problemáticos en los que la labor judicial constituye una pieza clave para su comprensión. En el marco de este escenario, y transcurrida más de una década de andadura de esta regulación, el presente estudio tiene por objeto analizar la respuesta que la jurisprudencia ha dado a algunas de estas cuestiones, tomando como eje vertebral los parámetros constitucionales del derecho penal, y sin perjuicio de las aportaciones de la doctrina para dotar al régimen del art. 31 bis de un marco teórico. Debe anticiparse que la pretensión de este análisis es limitada, pues se ciñe a determinadas cuestiones sobre las que se ha ido generando un cuerpo de doctrina jurisprudencial, más o menos consolidado, por parte del Tribunal Supremo. Con este propósito, se abordará previamente cuál ha sido el escenario político-criminal sobre el que tradicionalmente se ha defendido el castigo penal de las personas jurídicas, al objeto de identificar, de entre estas razones, la que realmente subyace a la regulación penal española. Con ello se pondrán las bases para el posterior análisis de algunas de las cuestiones nucleares que se van a plantear bajo la óptica de los principios constitucionales penales, específicamente en relación con el principio de legalidad y el principio de culpabilidad. A este respecto, cabe adelantar que, a pesar de los intentos del Tribunal Supremo de acompañar esta regulación con los elementos definitorios de un marco teórico conforme a un modelo fundamentado en la autorregulación empresarial, no son pocas las incoherencias que salen a la luz.

2. Marco político criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Cualquiera que se aproxime al debate teórico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se introduce en un ámbito en el que puede decirse que se han defendido todas las alternativas imaginables de desarrollo, tanto desde el punto de vista de su fundamentación de la sanción, como en función de la naturaleza de la sanción, así como de la relación existente entre la responsabilidad penal individual y la atribuible a la entidad. Y todo ello, claro está, haciendo abstracción de los extremos particulares a los que debe dar respuesta cada una de estas propuestas. Igualmente, no es posible desvincular el concreto modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica de la concreta necesidad político-criminal que avalaría su punición, puesto que esta última condicionaría precisamente las condiciones bajo las que se compromete su castigo. De acuerdo con esto, se hará un breve repaso de cuál ha sido el acervo político-criminal sobre el que ha pivotado la discusión de la punición de las personas jurídicas, paso previo para identificar, según se ha anunciado en la introducción, cuál es el que ha determinado la regulación penal española.

2.1. Aproximación histórica a los objetivos político-criminales pretendidos con la sanción penal a las personas jurídicas

El debate político-criminal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede sintetizarse en cuatro argumentos principales que han constituido el telón de fondo de los modelos desarrollados doctrinalmente.

El argumento que tradicionalmente ha predominado desde que aparecieran los primeros desarrollos teóricos se ha centrado en los problemas de imputación penal que surgen en el seno de estructuras empresariales complejas. Los principios de organización empresarial (jerarquía, división de funciones y coordinación de tareas) y la complejidad organizativa del entramado empresarial favorecerían el ocultamiento de los intervinientes del hecho delictivo y permitiría diluir las responsabilidades penales. Son, por tanto, estos problemas sustantivos y probatorios los que trajeron a la palestra, en un primer momento, la necesidad de “compensarlos” castigando a la propia entidad.²

Ahora bien, este discurso no se ha presentado generalmente de manera aislada, puesto que, en realidad, ha constituido el punto de partida sobre el que se han ido añadiendo otros motivos favorables al castigo de las personas jurídicas. Especial predicamento han tenido a este respecto nociones como la existencia de una “actitud criminal de grupo”,³ derivada de los déficits preventivos de los

mecanismos de imputación penal de la persona física o del déficit preventivo de la pena, aun en caso de existir una condena penal,⁴ o la presencia de una “filosofía corporativa criminógena” o “cultura empresarial criminógena”; elementos que han resultado claves en el desarrollo de los modelos de autorresponsabilidad o responsabilidad propia de la persona jurídica.⁵ A medida en que las tesis de la responsabilidad vicarial o derivada fueron siendo superadas por los modelos de responsabilidad propia o autorresponsabilidad, desde la década de los noventa del siglo pasado fue cobrando importancia en el debate político-criminal la necesidad de actuar frente a la cultura criminógena de la empresa, de otra manera, fomentar la autorregulación regulada. De manera que la responsabilidad de la entidad surgiría por la existencia de una deficiencia organizativa, un déficit o ausencia de medidas adecuadas para evitar la comisión de delitos en la empresa. Se buscaría, entonces, fomentar una organización correcta: el cumplimiento de los deberes de organización que le corresponden y que alcanza su máxima expresión en la llamada autorregu-

2 Históricamente sobre este argumento, *vid.* por todos, Bajo Fernández, M., “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *ADP*, 1981, p. 372; En Alemania, Heine, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiver Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 198 s.

3 Fundamental, Schünemann, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Ein Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen un ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantes Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, p. 22.

4 Volk, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, *JZ*, 1993, p. 431.

5 En la doctrina española un sector de la doctrina ha apelado a la filosofía o cultura corporativa como elementos clave para formular la culpabilidad de la empresa con base en consideraciones preventivas. Pioneros en esta dirección, Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000; Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

lación empresarial dentro del marco global de la responsabilidad social de la empresa.⁶

Aún han coexistido otros dos argumentos a los que no se les puede negar peso en el debate político-criminal. Uno, la necesidad de sancionar a la propia entidad en la medida en que la comisión del delito le genera un beneficio o provecho. En consecuencia, la sanción buscaría despojarle o privarle de las ganancias ilícitas obtenidas y que, en su caso, no vuelvan a ser utilizadas en el futuro para la nueva comisión de hechos delictivos.⁷ Dos, también se han alegado razones más pragmáticas, como el que cada vez un mayor número de legislaciones penales reconocían la responsabilidad penal de personas jurídicas,⁸ o la existencia de obligaciones y compromisos suscritos con determinadas instancias internacionales que han solicitado en determinados ámbitos de criminalidad adoptar una solución jurídica contra la criminalidad de empresa.

No es posible abordar en los límites de este estudio una valoración en profundidad sobre si cada uno de los argumentos anteriores constituyen auténticas razones político-criminales para concebir a la persona jurídica como sujeto de imputación penal, pero conviene ofrecer unas breves pinceladas para enmarcar su valoración en el marco de la regulación penal española. En concreto, ni los déficits de imputación jurídico-penal de las personas físicas que materialmente cometen el delito, ni los beneficios que este genera a la persona jurídica, ni los compromisos internacionales, son argumentos que puedan constituir una auténtica razón político-criminal para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Cuestión distinta son las deficiencias organizativas y la actitud criminal o cultura corporativa criminógena de aquellas, elementos que, se adelanta ya, han determinado las bases político-criminales del modelo de responsabilidad consagrado en los arts. 31 bis y ss. CP, lo que ha sido refrendado tanto por la doctrina como, en lo que al objeto de este trabajo se refiere, la jurisprudencia. No obstante, no puede afirmarse que el legislador haya hilado muy fino en esta cuestión, al menos en un primer momento, si se atiende a la evolución legislativa de la regulación penal, según se va a analizar a continuación.

6 Vid. por todos, Heine, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, ob. cit., pp. 275, 277 y 281 ss.; Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 264 s. y 268 s.; Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 38 y 55 ss.

7 Hirsh, H.J., “Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *ZStW*, 1995, o. 287.

8 Bajo Fernández, M., “La velada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 80 s. En Alemania, Tiedemann, K., “Strafbarkeit Juristischer Personen? —Eine rechtsvergleichende Bestandaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht—”, W en Schoch/Stoll/Tiedemann, *Freiburger Begegnung*, C.H.Müller, Heidelberg, 1996, p. 53.

2.2. Las bases político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español

En atención a las sucesivas reformas que ha sufrido el régimen de imposición de penas a las personas jurídicas desde la LO 5/2010, la primera intuición que se desprende cuando se trata de identificar su clave político-criminal es que el legislador penal español parece no haberla tenido muy clara o, por lo menos,

no se habría visto acompañada con el modelo legal consagrado inicialmente.

Punto de partida de estas consideraciones es lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. En ella se justificaba que la incorporación del art. 31 bis había venido motivada por la presión internacional en la materia, pues numerosos instrumentos jurídicos internacionales “demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente”.⁹ En cierta medida era comprensible el trasfondo de esta alegación, ya que la vía por la que el legislador español había optado para “cumplir” con las obligaciones internacionales con anterioridad a la reforma de 2010 resultaba altamente con-

trovertida en la doctrina a la luz de los parámetros constitucionales penales, a la par de insuficiente.¹⁰ En cualquier caso, las razones político-criminales materiales que avalaban la tendencia a la homogeneización jurídica en este tema resultaban, al parecer, tan palpables para el legislador de 2010 que no merecían ser mencionadas. Sin duda, la in-

9 Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, de 27 de noviembre de 2009, *BOCG*, serie A, núm. 52-1, pp. 3-4. En términos similares se expresaba ya la Exposición de motivos del PCP 2007, explicando la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como forma de “satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco” y “estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia” frente a una “palpable necesidad político-criminal, que, compartida por el resto de países de nuestro entorno ha dado lugar a las mentadas resoluciones” (Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 15 de enero de 2007, *BOCG*, serie A, núm. 119-1, p. 3). Cuestionaba la “obligación” de la reforma en materia de personas jurídicas debido a los compromisos internacionales, ya en relación con el PCP 2007 y ACP 2009, Octavio de Toledo y Ubieta, E.: “¿Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *ADPCP*, 2009, p. 113.

10 Desde la aprobación del CP de 1995 existía el art. 129, por el que se establecía un régimen de sanción “penal” mediante la imposición de “consecuencias accesorias”. Tras la reforma de 2010, las consecuencias accesorias conviven actualmente con las penas para las personas jurídicas, puesto que las primeras se reservan para entidades que no ostentan personalidad jurídica, si bien existen disfuncionalidades a este régimen dual general (sobre ello, extensamente, Gil Nobajas, M. S., “Personas jurídicas *versus* entes sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, 2018). La segunda vía de respuesta contra la persona jurídica se introdujo por LO 15/2003, incorporando un apartado segundo al art. 31 (cláusula del actuar en lugar de otro), por el que se le hacía responsable directo y solidario del pago de la pena de multa que se impusiera al administrador de hecho o de derecho. Con carácter general puede decirse que ni hubo una aplicación profusa de ambas previsiones, ni se estableció una jurisprudencia sólida para la comprensión de los requisitos que basaban su aplicación, algo que, por lo demás no debe extrañar debido a las importantes dudas que suscitaba una regulación llamada teóricamente a dar respuesta a la criminalidad vinculada a las personas jurídicas, pero parca en cuanto a su contenido y requisitos de aplicación.

fluencia que determinadas organizaciones internacionales a nivel universal y regional han tenido en el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos sometidos a castigo penal ha sido poderosa. Pero esta influencia, por importante que haya sido y siga siendo, nunca ha obligado a que la responsabilidad de la persona jurídica deba ser necesariamente penal, y ningún instrumento internacional obliga a optar por ello, pues depende de la tradición jurídica de cada Estado.

Mayores pistas ofrece la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo. En ella se dispone que “(l)a reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...), con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. Ante el silencio del legislador en la redacción originaria del art. 31 bis CP y las dudas interpretativas y críticas a que dio lugar, es precisamente en lo que se califica de mera “mejora técnica” donde se encuentra la verdadera razón de la sanción penal de las personas jurídicas. Y es que la inclusión del debido control vino acompañada del reconocimiento del valor exoneratorio de los programas de cumplimiento normativo, con los requisitos que estos debían cumplir y las condiciones para considerar la comisión del delito como una anécdota en el funcionamiento y actividad de la persona jurídica únicamente atribuible al concreto sujeto o los concretos sujetos, personas físicas, que lo hubieran cometido.

En un intento de resumir la filosofía que inspira la reforma de 2015, se profundiza en la autorregulación empresarial como piedra angular del modelo de responsabilidad, algo que anteriormente quedaba insuficientemente plasmado en la ley. Se incorpora así la mención legal expresa a un modelo de

organización empresarial “ideal” dirigido a prevenir delitos o, en su caso, detectarlos, especificando el papel que juega en el sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. En esta línea, la regulación del Código Penal implica, en esencia, una transmisión del control de riesgos del Estado a las empresas, reservándose el primero un papel fiscalizador de si dicho control se ha llevado a cabo correctamente para prevenir y/o detectar la comisión de delitos. De otra manera: la libertad de organización de las empresas encuentra su límite en la necesidad de que la organización empresarial debe mantener una política de integridad en el desarrollo de su actividad.¹¹ Con todo, la reforma de 2015 no vino a cerrar el debate sobre el modelo de responsabilidad penal al que se adscribía la reforma dejaba abierta la naturaleza del *compliance* penal. Como se verá en el siguiente epígrafe, esta fue precisamente una de las primeras cuestiones sobre a la que ha tenido que salir al paso el Tribunal Supremo, no sin controversia.

¿Y dónde quedan el resto de argumentos político-criminales? Según he defendido anteriormente, el castigo penal de la entidad no ha de tener, al menos, como finalidad principal depurar las inmunidades penales que surgen en su seno.¹² Si la empresa, de-

¹¹ Cfr. Nieto Martín, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A., *El derecho penal económico de la era compliance*, Valencia, 2013, p. 203 ss.

¹² Gómez Benítez, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*.

bido a sus principios organizativos y reglas de funcionamiento, pone a prueba las reglas de imputación jurídico-penal tradicionales, fundamentalmente en lo referido al entendimiento de las categorías de autoría y participación, estas deberían ser revisadas, siempre con el respeto al canon de constitucionalidad penal. Además, el CP ha consagrado un modelo de responsabilidad concurrente entre la persona física y la jurídica, de manera que la sanción penal a la entidad en modo alguno elude el castigo penal de la concreta persona o personas que materialmente han cometido el delito. Así lo ha confirmado igualmente el Tribunal Supremo,¹³ sin perjuicio de los supuestos legalmente contemplados en los que aún es posible castigar a la persona jurídica en ausencia de identificación de la persona física que materialmente comete el delito o cuando no es penalmente responsable, conforme al art. 31 ter CP.¹⁴

En cuanto al objetivo de privar del beneficio que genera el delito para la persona jurídica, no hay que olvidar que la criminalidad de la persona jurídica tiene una motivación eminentemente económica y, en consecuencia, la necesidad de privar del beneficio ilícito obtenido por el delito constituye ciertamente un problema político-criminal de primera magnitud. De ahí que la exigencia de obten-

ción de un beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica es una de las condiciones que requiere el art. 31 bis CP para comprometer su responsabilidad penal. No obstante, y aunque son cuestiones estrechamente vinculadas, existirían otras fórmulas que ya permitirían dar respuesta a este problema, por la vía del instituto del comiso, consecuencia jurídico-penal complementaria de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

3. Evaluación teórico-constitucional del marco regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

3.1. Derecho penal y Constitución. Relevancia de los principios constitucionales en la imposición de penas a las personas jurídicas

El análisis político-criminal anterior ha derivado el centro de atención hacia una pretensión autorreguladora del porqué hacer penalmente responsables a las personas jurídicas. Pero, aunque identificar la clave de su eficacia resulta una cuestión previa irrenunciable, su desarrollo no puede atender únicamente a este aspecto, sin condicionarlo a una valoración específicamente jurídico-penal. La conveniencia político-criminal de hacer responsable a las personas jurídicas no es suficiente en un derecho penal garantista, pues todavía debe pasar por el rasero de su validez constitucional, lo que en último término supone poner a prueba los cimientos teóricos sobre los que se asienta.

El monopolio de la potestad punitiva por el Estado no le habilita a ejercerlo a toda costa para lograr sus fines político-criminales —por muy deseables que sean estos—, no desde una concepción política que lo concibe como Estado social y democrático de dere-

Algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón, nº 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 205.

¹³ ATS 2008/2011, de 15 de diciembre; SSTs 516/2016, de 13 de junio, 780/2016, de 19 de octubre, y 499/2019, de 23 de octubre.

¹⁴ STS, 165/2020, de 19 de mayo, indicando que el sistema del art. 31 bis CP es bidireccional o acumulativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

cho, según proclama el art. 1.1. CE. Derivado de esta triple configuración, el propio Estado autolimita su poder punitivo en virtud de un bloque de principios que pretenden impedir, en diferentes facetas y manifestaciones, una injerencia desmedida o arbitraria de la intervención penal. Conforman, en consecuencia, los principios constitucionales en materia penal, canon de constitucionalidad sobre el que deben medirse los fundamentos teóricos de una determinada estrategia político-criminal. Dado que estos principios constituyen límites a la labor del legislador y de los jueces y tribunales en la creación y aplicación del derecho penal de las personas físicas, también un derecho penal aplicable a las personas jurídicas debe someterse a las mismas condiciones de validez constitucional.¹⁵ En estos términos se ha pronunciado la STS 514/2015, cuando manifiesta que:

(...) ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

Igualmente, la STS 499/2019, de 23 de octubre, recuerda que el art. 31 bis “no se presenta como una forma de responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad.

De acuerdo con lo anterior, el sometimiento y respeto a los principios legitimadores del derecho penal es independiente de la asunción de una determinada concepción dogmática, entendida esta como única posible y válida, pues el único límite a su admisibilidad se encuentra en la Constitución.¹⁶ Pero también es cierto que no todo planteamiento teórico, aun cumpliendo con el canon constitucional, es asumible en relación con las personas jurídicas. Esto sucede si, conforme a la comprensión tradicional de la Teoría del Delito, se toma un punto de partida antropocéntrico. De ahí que, de entrada, haya un muy importante sector doctrinal que rechaza que realmente el art. 31 bis ss. CP instaure una auténtica responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, diga lo que diga el TS. Siendo conscientes de ello, y teniendo en cuenta que la pretensión de este trabajo es, precisamente, analizar determinadas cuestiones abordadas por nuestro Alto Tribunal a la luz de los principios de legalidad y de culpabilidad, conviene adelantar que el Tribunal Supremo ha interpretado el régimen de los arts. 31 ss. CP como un modelo de responsabilidad propia o de autorresponsabilidad, rechazando su concepción como una mera traslación objetiva de la responsabilidad de la persona física, como defienden los partidarios de la responsabilidad vicarial o derivada de la persona jurídica.

¹⁵ González Cussac, J.L., “Sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Galán Muñoz, A. / Mendoza Calderón, S. (Coords.): *Derecho penal y Política criminal en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 111.

¹⁶ Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal*, ob. cit., p. 17. Similar, Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de empresas fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 138.

3.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad, manifestación esencial de un Estado de derecho, expresa el imperio de la ley al que también están sometidos los poderes públicos, según proclama el art. 9.1 CE. De ahí que este principio actúa como garantía jurídica frente a eventuales injerencias punitivas del Estado, en cualquiera de las fases de manifestación del *ius puniendi*: desde el momento de la creación de la norma penal hasta que se ejecuta la pena impuesta en sentencia.

En lo que al objeto de este estudio se refiere, cobra especial importancia la garantía criminal *–nullum crimen sine lege–*, relacionada con la creación de la norma penal, en el sentido de que solo hay castigo si hay un hecho definido como delito. A su vez, esta garantía conecta con otros postulados que determinan las condiciones bajo las cuales la ley penal le da cumplimiento, de los que interesan en el análisis que se va a efectuar el requisito de que la ley debe ser previa a la comisión del delito (*lex praevia*), y que sea taxativa en su formulación (*lex stricta*). En este sentido, se abordará, en primer lugar, la aplicación retroactiva del art. 31 bis CP a hechos anteriores a su entrada en vigor. Ello permitirá ya introducirnos en algunas de las cuestiones nucleares y más controvertidas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, la cuestión de su naturaleza y fundamento. Sobre ellas se profundizará, posteriormente, al analizar dos aspectos materiales del principio de legalidad que conectan con el requisito de que la ley penal debe ser estricta: el mandato de determinación de la ley penal, que deriva a la cuestión de cuál es el delito del que responde la persona jurídica, y el principio *ne bis in idem* en relación con la cláusula de modulación de las penas de multa impuestas, respectivamente, a la

persona física y jurídica. Conviene advertir que el análisis que se presenta está íntimamente relacionado con otros principios legitimadores de la intervención penal, fundamentalmente el principio de culpabilidad que posteriormente también será objeto de tratamiento.

3.2.1. Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos: primera aproximación a la naturaleza de la responsabilidad que establece el art. 31 bis

Conforme a lo anteriormente expuesto, la introducción del art. 31 bis CP en la reforma de 2010 superó las medias tintas con que hasta la fecha se había dado respuesta a la criminalidad de empresa, por la vía, por un lado, de las consecuencias accesorias del art. 129 y, por otro, de la obligación directa y solidaria del pago de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho del denostado art. 31.2. Por ello, una de las cuestiones que debía resolverse es si, ante la sucesión de varios regímenes de sanción para las personas jurídicas (y también para entes sin personalidad jurídica), los hechos punibles acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 debían ser juzgados conforme a las previsiones del art. 129 o, en su caso, del art. 31.2¹⁷ o, por el contrario, entraba en aplica-

¹⁷ Debe tenerse presente que los delitos a los que se circunscribía el ámbito de aplicación de estas previsiones forman actualmente también parte del sistema *numerus clausus* del art. 31 bis. La LO 5/2010 vino a acomodarlo, con algunas fugas, al nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y a incorporar algunas nuevas figuras delictivas que la LO 1/2019 ha ampliado.

ción la normativa ya vigente. En atención a lo dispuesto en el art. 9.3 CE las previsiones relativas a la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas también se someten al principio general de irretroactividad de las leyes sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos, de manera que solo cabría plantear una aplicación retroactiva del art. 31 bis si, comparando globalmente la regulación anterior y posterior, tal como establece la Disposición Transitoria 1^a.2 CP, aquel resulta más beneficioso a la luz de los criterios de imputación y de las sanciones que la acompañan, de conformidad con el art. 2.2 CP.¹⁸ Además, hay que recordar que la versión inicial del art. 31 bis fue modificada sustancialmente por la LO 1/2015 para dar entrada a los modelos de gestión y organización y la posibilidad de que produzcan un efecto exoneratorio para la entidad; exoneración que en la LO 5/2010 resultaba de dudosa aplicación por no haberse previsto expresamente.

La jurisprudencia pronto manifestó que el carácter favorable o desfavorable del art. 31 bis no debía enjuiciarse desde el punto de vista de la persona física condenada, sino exclusivamente en atención a la entidad. En consecuencia, se ha rechazado desde un primer momento toda pretensión de fundamen-

tar la exoneración del representante o administrador o una revisión de la condena en el hecho de que, una vez entrada en vigor la reforma y de cumplirse los requisitos del art. 31 bis, la condena debía ser la propia persona jurídica y, en contrapartida, debía liberarse de responsabilidad a la persona física. Como se ha dicho en otro momento, se parte de una responsabilidad concurrente, reconocida legalmente en el art. 31 ter CP y refrendada por la jurisprudencia.¹⁹

La cuestión sobre la retroactividad o irretroactividad de la ley penal ha sido objeto de discusión cuando se ha condenado a la persona jurídica por vía del art. 31.2 por hechos acaecidos antes de la LO 5/2010, momento en el que se derogó esta cláusula y se sustituyó por otra regulación de responsabilidad, *ex* art. 31 bis. ¿Era más favorable la regulación previa por la que la persona jurídica estaba obligada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o la regulación del art. 31 bis? Y, en este último caso, ¿en su versión originaria o según la regulación actualmente vigente tras la reforma de la LO 1/2015? La trascendencia de esta cuestión no se ciñe exclusivamente a resolver un problema sobre la aplicación temporal de

¹⁸ “Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. Ya con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1995 el Tribunal Constitucional había refrendado la retroactividad de las leyes penales más favorables en su sentencia 8/1981, de 30 de marzo.

¹⁹ En este sentido, el ATS 2008/2011, de 15 de diciembre establece que “(...) la consagración novedosa en la legislación española de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no equivale a una causa de exclusión o de desplazamiento de la responsabilidad criminal en que haya podido incurrir la persona física autora del ilícito penal, como pretende la parte recurrente. Por otra parte, lo contrario equivaldría a una inaceptable cláusula genérica de exculpación hacia las personas que componen las personas jurídicas”.

la ley penal, de carácter transitorio, sino que permite adentrarnos, en una primera aproximación, en los aspectos materiales que más adelante se abordarán sobre el principio de taxatividad penal y que afectan al núcleo duro del art. 31 bis ss. CP, es decir, sus criterios de imputación y el modelo dogmático al que se vinculan. En concreto, han tenido ocasión de pronunciarse sobre el requisito de la ley previa las SSTs 234/2019, de 8 de junio, y 619/2021, de 9 de julio.

Según la primera de estas resoluciones:

(...) para realizar esa ponderación debe tomarse en consideración cualquier presupuesto que vaya a ser tenido en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar la condena. Resulta irrelevante el lugar sistemático que ese presupuesto ocupe en la teoría del delito y puede referirse a cualquiera de los elementos del delito.

De manera que, en realidad, la respuesta a esta cuestión remite a los presupuestos de imputación de uno y otro sistema, pero también al régimen procesal que se le aplica y las garantías que le son inherentes. En este sentido, la STS 862/2009, de 23 de julio, vino a descartar, antes incluso de la LO 5/2010, que el art. 31.2 CP instaurase una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, como defendió un sector minoritario, pero relevante, de la doctrina,²⁰ pues “la autora y responsa-

ble del delito no es la persona jurídica, sino la persona física”. De manera que solo si se acredita que existe responsabilidad por parte de esta última “se le impone el pago de la multa a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó la persona física imputada”. Las SSTs 234/2019 y 619/2021 se adhieren a este planteamiento al establecer que el derogado art. 31.2 establecía una sanción penal para la persona jurídica que se imponía de modo objetivo, ya que resultaba suficiente con acreditar la relación jurídica del sancionado con la entidad. De otro modo, “se instauraba así una sanción penal, ciertamente limitada pero directa y solidaria, de la persona jurídica bajo pautas de responsabilidad

ránneas, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, *passim*, especialmente p. 261 ss. Incluso la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 indicaba que con el art. 31.2 “(s)e aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, esta será responsable del pago de manera directa y solidaria”. Lo que no explicaba el legislador era bajo qué presupuestos o criterios de imputación surgía esta obligación de pago. De manera que, de entre las distintas caracterizaciones dogmáticas que se articularon, la postura mayoritaria interpretó que era una medida de naturaleza civil para las personas jurídicas [Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)”, *RD*, nº 13-14, *passim*].

²⁰ El principal valedero de esta postura minoritaria ha sido Gómez-Jara Díez, C., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en el mismo autor: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contempo-*

vicarial y objetiva, contrarias al principio de culpabilidad que proclama el propio art. 2 del CP”.²¹

Por el contrario, con el art. 31 bis CP el legislador justificó la responsabilidad penal de la persona jurídica, a juicio del TS, en el principio de autorresponsabilidad, modelo que impone, además, mayores garantías procesales de las que la persona jurídica no gozaba con la aplicación objetiva del art. 31.2 para llegar a un pronunciamiento condenatorio. Ambos aspectos, sin entrar ahora aquí en la pormenorización sobre en qué consiste la autorresponsabilidad de la entidad, conducen al Alto Tribunal a considerar el régimen legal del art. 31 bis CP más beneficioso y, en consecuencia, conduce a su aplicación retroactiva. No obstante, la incompatibilidad de esta regulación con la normativa derogada conduciría, a juicio del TS, a su no aplicación.²²

Obsérvese que a esta misma conclusión parece que ha de llegarse en relación con el art. 129 CP, si bien aquí no se trata de una norma que haya quedado derogada, pero sí ha sufrido un cambio de contenido radical, reservando actualmente su aplicación a entes sin personalidad jurídica y excluyendo, en consecuencia, la posibilidad de decretar la disolución según el vigente art. 129.²³

Lo anterior nos pone en la pista de la siguiente cuestión, en concreto, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica conforme a un modelo de autorresponsabilidad; aspecto que conecta con el mandato de determinación de la ley penal o principio de taxatividad.

3.2.2. Mandato de determinación o principio de taxatividad. ¿Qué delito comete la persona jurídica?

El requisito de la ley estricta que impone el principio de legalidad exige que la norma penal describa con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas,²⁴

²¹ Cf. STS 514/2015, de 2 de septiembre.

²² Conforme con la postura del TS, Gómez-Jara Díez, C., “Transitoriedad y responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿pueden aplicarse hoy en día los derogados artículos 129.1 b) y 31.2 del Código Penal de 1995?”, *Diario La Ley*, nº 9505, 24 de octubre de 2019, p. 6. En términos similares se pronunció la STS 704/2018, de 15 de enero, sobre la aplicación retroactiva del art. 31.2 a hechos anteriores a su entrada en vigor, cuando solo existía el régimen de consecuencias accesorias del art. 129. También aquí se consideró que la incompatibilidad de regímenes llevaba a la no aplicación del art. 31.2, puesto que supondría una aplicación retroactiva desfavorable a las sociedades a las que se condena al pago solidario y directo de la multa por la que se condena a los administradores, sanción no prevista en el catálogo de consecuencias accesorias del entonces art. 129 CP (ni tampoco en su versión actualmente vigente).

²³ Con la nueva redacción del art. 129, la disolución es pena para una persona jurídica, pero no consecuencia accesoria para entes que no poseen personalidad jurídica, pues obviamente no se puede disolver lo que formalmente no ha nacido a los ojos del derecho. Ha defendido la irretroactividad de la nueva regulación de consecuencias accesorias en supuestos de disolución, Gómez-Jara Díez, C., “Transitoriedad y responsabilidad penal”, *ob. cit.*, p. 13.

²⁴ De Vicente Martínez, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 40.

constituyendo uno de los aspectos centrales en torno a las exigencias materiales para dar cumplimiento a la garantía criminal y penal.²⁵ No hay razones para pensar que el mandato de determinación no actúe con plena validez en el castigo de las personas jurídicas, que debe conectar con la realización de un hecho punible. De ahí se deduce la estrecha conexión que media entre el principio de taxatividad y el problema de la delimitación del delito por el que se hace responsable a la persona jurídica. En este sentido, la discusión doctrinal ha oscilado tradicionalmente entre los partidarios de un modelo de responsabilidad derivada o heterorresponsabilidad; o de responsabilidad propia o autorresponsabilidad. Según el primero, la persona física y jurídica responden del mismo delito, puesto que el castigo de esta última se fundamenta en la traslación de la responsabilidad de la persona física según un esquema civilista de representación de la entidad que genera a esta un beneficio. Por su parte, los defensores de un modelo de autorresponsabilidad se han esforzado por delimitar un hecho injusto y una culpabilidad propia de la persona jurídica, conforme a la premisa de que también estas últimas pueden ser sujetos de imputación penal.

Con estos mimbres, puede decirse que, en un primer momento, la regulación del art. 31 bis según la versión dada por la LO 5/2010 permitía reproducir este mismo debate en el plano legal, puesto que, se recordará una vez

más, no fue hasta la reforma de 2015 cuando se dio carta de naturaleza al *compliance* penal y a la posibilidad de que eximiera de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por alguna de las personas físicas que recogía este precepto. En realidad, ponderaba una interpretación del régimen legal más acorde a un modelo de heterorresponsabilidad que de autorresponsabilidad en la doctrina,²⁶ algo que también había calado en algunas resoluciones judiciales.²⁷

El punto de inflexión en este debate se sitúa en la ya mencionada STS 154/2016. Esta resolución decantó la balanza en favor de una comprensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vinculada a los modelos de autorresponsabilidad, centrado en las carencias organizativas por la ausencia de medidas de control para evitar la comisión de delitos. Postura que, obviamente, no es compartida por toda la doctrina y tampoco lo fue por todos los magistrados que firmaron

²⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 159. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones el mandato de determinación de las normas penales. *Vid.* solo ahora la STC 142/1999, de 22 de julio.

²⁶ Gómez Benítez, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ob. cit.*, pp. 205 y 209. También apuntaba a un modelo vicarial la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado.

²⁷ Así, la STS 516/2016, de 13 de junio: “(...) En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”. También la STS 506/2018, de 25 de octubre, se postula a favor de una responsabilidad vicarial, si bien el AATS, rec. 2332/2018, de 12 de noviembre, aclara que se trata de un error en la argumentación y modifica este extremo suprimiendo la referencia a la responsabilidad vicarial.

la sentencia, puesto que, si bien la balanza se decantó hacia un modelo de autorresponsabilidad, lo hizo muy precariamente, con ocho votos frente a los siete magistrados que firmaron un voto particular a favor de interpretar el art. 31 bis como un modelo de responsabilidad derivada. Sea como fuere, y al margen de los serios inconvenientes que surgen en el plano de la prueba sobre la eficacia del programa de *compliance* para cumplir con su misión preventiva de delitos, al hacer recaer la carga de la prueba en la parte acusadora en una suerte de *probatio diabolica*,²⁸ resulta imprescindible exponer el planteamiento mayoritario para valorar por qué delito responde la persona jurídica. No se puede negar

que detrás del posicionamiento mayoritario subyace la necesidad de soslayar los problemas de constitucionalidad que tradicionalmente se han opuesto a los modelos de heterorresponsabilidad, y que se proyectan a la órbita procesal en relación con las garantías y derechos que le asisten a la persona jurídica. La cuestión es si, cumplido lo segundo, se consiguen superar las críticas, también de índole constitucional, a la concreta fórmula de autorresponsabilidad del art. 31 bis CP.

En el intento de sintetizar la postura del voto mayoritario de la STS 154/2016, conviene destacar los dos elementos claves, a mi juicio, del art. 31 bis. Por un lado, la necesidad de que alguna de las personas físicas que se enumeran en las letras a) y b) de este precepto cometa el delito, bajo las condiciones legales que, en cada caso, se establecen. Por otro, el hecho de que las medidas internas y controles preventivos, en definitiva, el *compliance*, no haya resultado eficaz para evitar el delito o, directamente, no haya existido. La comprensión de la naturaleza jurídica del llamado “hecho de conexión” o delito de la persona física y de los modelos de organización y gestión que regulan los apartados 2 a 5 del art. 31 bis son los que van a definir una y otra postura de los magistrados. Muy brevemente, el voto particular se alinea con un modelo limitado de heterorresponsabilidad, al entender que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en el delito de la persona física bajo las condiciones legalmente establecidas, mientras que el *compliance* actuaría como circunstancia eximente. La postura mayoritaria, sin embargo, desplaza el núcleo de la tipicidad, es decir, el hecho propio de la persona jurídica, a las deficiencias organizativas, la ausencia de medidas de prevención y control, de manera que existiría un “delito corporativo” diferenciado

²⁸ Gómez Tomillo, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, n.º 8747, 2016, p. 6. Cfr. Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 90 s., proponiendo una visión integradora al respecto. Así, la acusación tendría que probar que las medidas concretas de vigilancia y control para el concreto delito imputado a la persona jurídica no eran idóneas, mientras que la prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad, incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza correspondería a la defensa. Por su parte, la STS 298/2024, de 8 de abril, considera que la inexistencia de un plan eficaz de cumplimiento constituye un elemento negativo del art. 31 bis CP, de manera que al tratarse de un factor de exclusión de la responsabilidad corresponde su acreditación a la defensa.

del delito que lleva a cabo la persona física, a pesar de que ambos sujetos responden por la misma calificación jurídica de la concreta figura delictiva en la que se recoge expresamente la aplicación del art. 31 bis. El defecto organizativo constituye, así, la base autónoma para el castigo de la entidad por omisión del debido cuidado, una suerte de participación omisiva por haber facilitado, propiciado o tolerado el delito de sus responsables máximos o intermedios o de sus empleados.

La noción del delito corporativo ha sido posteriormente refrendada en resoluciones posteriores. En concreto, la STS 221/2016 manifiesta que se exige algo más que la comisión del delito previo por la persona física; se requiere un hecho propio de la persona jurídica, en definitiva, un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión que constituye el fundamento de este delito corporativo.²⁹ Obsérvese que conforme a este planteamiento el defecto organizativo cons-

tituye el tipo objetivo,³⁰ pero no se pronuncia, ni hasta la fecha se ha pronunciado, sobre el tipo subjetivo, esto es, en qué consiste un defecto organizativo doloso o imprudente de la persona jurídica. Los desarrollos teóricos que han abordado en esta cuestión difieren, lógicamente, en función del modelo asumido. Para algunos, el problema de la imputación subjetiva se ubica realmente en sede de culpabilidad, porque el dolo y la imprudencia son conceptos diseñados para las personas físicas.³¹ Otros desarrollos de tendencia autorreguladora defienden que la mayor o menor gravedad del defecto organizativo es el baremo para determinar el hecho injusto doloso o imprudente de la entidad.³² Las tesis que perfilan un modelo puro de autorresponsabilidad construyen un concepto de dolo e imprudencia propio de la persona jurídica, sustentado en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial.³³ Cabría pensar que, si

²⁹ Esta misma sentencia reconoce que la presencia de un voto particular con la opinión de siete magistrados “refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización (...). El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”. No obstante, la tesis del delito corporativo ha sido posteriormente también afirmada en otras sentencias, como son las SSTs 668/2017, de 11 de octubre, 894/2022, de 11 de noviembre y 89/2023, de 10 de febrero, entre otras.

³⁰ González Cussac, J.J., “Sobre el fundamento”, *ob. cit.*, p. 117.

³¹ Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal*, *ob. cit.*, p. 125 s., entendida esta culpabilidad como defecto de organización, por lo que este será más reprochable cuando la conducta del concreto sujeto físico sea intencional que cuando sea meramente imprudente.

³² Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *ob. cit.*, p. 160 s.

³³ Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para un modelo de imputación*, *ob. cit.* p. 327 s.; Gómez-Jara Díez, C., “El injusto típico de la persona jurídica”, en Bajo Fernández, M. / Feijóo Sánchez, B. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad*, *ob. cit.*, p. 138; Pérez Machío, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como ins-*

el TS ha asumido en su interpretación del art. 31 bis las bases de un modelo teórico puro de autorresponsabilidad, de pronunciarse sobre el tipo subjetivo lo haría orientándose hacia esta última propuesta. No obstante, ello haría surgir algunos problemas. Uno, en el plano dogmático, extensible a cualquier presupuesto de responsabilidad desarrollado por un modelo puro de autorresponsabilidad, es el referido al constante rechazo que produce todo intento de delimitar un concepto jurídico-penal de naturaleza subjetiva, esto es, que exige la constatación de elementos, como el conocimiento y la voluntad, de la persona jurídica.³⁴ Pero al margen de esta discusión dogmática, la aceptación de una propuesta de esta naturaleza, en realidad, de cualquier propuesta que diferencia entre dolo e imprudencia de la persona jurídica, encuentra un escollo en las previsiones del CP, puesto que la práctica totalidad de los delitos por los que la persona jurídica es responsable son dolosos, y, como sabemos, la imprudencia solo es punible cuando así se recoge expresamente, *ex art. 5 CP*.

Sin perjuicio de lo anterior, existe a mi modo de ver otra disfuncionalidad entre la adscripción del régimen legal en el CP español a un modelo supuestamente puro de autorresponsabilidad, como parece postular el TS,³⁵ y lo que realmente ha introducido el le-

gislador penal en el art. 31 bis. Sin embargo, cuando la doctrina acompasa las disposiciones del CP con lo manifestado por el TS, llega a la conclusión, mayoritariamente, de que se trata de un modelo mixto,³⁶ como hacen sospechar algunas disposiciones específicas, por ejemplo, la modulación de las cuantías de las penas impuestas a la persona física y jurídica y que será objeto de tratamiento en el siguiente epígrafe. Y siendo mixto, habrá quien haga hincapié o encuentre la raíz de este régimen en la heteroresponsabilidad, mientras otros, la mayoría, la encuentren en los postulados de la autorresponsabilidad, más acorde con la base político-criminal que da sentido a esta regulación. En cualquier caso, conviene aclarar que el defecto de organización, conforme a la interpretación que hace el TS del art. 31 bis, es el núcleo de la tipicidad, cuando no controle lo que hace sus empleados.³⁷ In-

trumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva, Comares, Granada, 2017, p. 185.

34 Vid. Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *ob. cit.*, pp. 155 y 160, quien identifica el dolo organizativo con el defecto de organización.

35 Fundamentalmente, Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, p. 70 ss.

36 Feijóo Sánchez, B.J., *El delito corporativo*, p. 102; Gómez Tomillo, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 29 ss.; Cigüela Sola, J., “La inimputabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020”, *InDret*, 1/2021, p. 640; Pérez González, S., “Sobre la culpabilidad empresarial: notas para una coexistencia eficaz de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, 2020, p. 196 s., para quien los arts. 31 bis 2 y 4 serían causas genéricas de exención de la pena y no una causa de atipicidad.

37 De la Mata Barranco, N., “El cumplimiento normativo eficaz penalmente”, en Demetrio Crespo, E. (Dir.): *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 416.

teresa destacar este aspecto porque en el defecto de organización no hay que encontrar, según esta interpretación, la culpabilidad de la empresa, frente a otros planteamientos que definen la culpabilidad de la persona jurídica como una culpabilidad por defecto de organización, con origen en la doctrina alemana.³⁸ Por lo que, *sensu contrario*, si la empresa está bien organizada, no se trata de una ausencia de culpabilidad, sino de una causa de atipicidad.³⁹

Dos últimos apuntes sobre el requisito de la ley cierta. Primero, no se escapa que la respuesta dada por el TS a la pregunta de cuál es el delito por el que responde la persona jurídica trae consigo otra cuestión que también afecta directamente al principio de taxatividad, como es el relativo a la indeterminación con que el modelo de organización y gestión se define en el CP,⁴⁰ así como los requisitos legales para que opere la exoneración. Cuestión, por lo demás, que aún no ha sido objeto de tratamiento específico en la jurisprudencia,

principalmente porque las condenas existentes a personas jurídicas lo son sobre la base de que no existía programa de cumplimiento, si bien actualmente se estarían investigando y enjuiciando algunos casos especialmente mediáticos que inevitablemente tendrán que abordar este tema. En segundo lugar, resulta sorprendente que en una cuestión en la que no cabe margen de discusión, los órganos no siempre hayan tenido claro que conforme al principio de tipicidad solo es posible comprometer la responsabilidad de la persona jurídica en aquellos supuestos legalmente previstos. Resulta, por ello, inadmisiblemente, la confusión que, sobre todo en los primeros años de vigencia de este régimen, ha operado en los tribunales, con acusaciones contra personas jurídicas por delitos que no pertenecen al sistema de *numerus clausus* del art. 31 bis, por muy criticable que algunas de estas ausencias resulten, pero lo que es peor, con condenas en algunos casos.⁴¹

3.2.3. Principio *ne bis in idem* o prohibición del doble castigo: la cláusula de modulación de las penas del art. 31 ter CP

La prohibición de la duplicidad de sanciones, otra de las manifestaciones del principio de legalidad en su vertiente de ley estricta,⁴²

³⁸ Puede considerarse a Klaus Tiedemann el padre de la tesis sobre la culpabilidad por defecto de organización, si bien su planteamiento se circunscribía a la imposición de sanciones pecuniarias a las personas jurídicas en el régimen contravencional de la *OWiG*, existente en Alemania desde 1968. En “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“, *NJW*, 1988, pp. 1171-1172.

³⁹ Gómez-Jara Díez, C., “El injusto típico”, *ob. cit.*, p. 133; De la Mata Barranco, N., “El cumplimiento normativo”, *ob. cit.*, p. 416.

⁴⁰ Plantea la insuficiente determinación típica del art. 31 bis sobre la base de su responsabilidad por la omisión de adecuados mecanismos de control, Feijóo Sánchez, B.J., *El delito corporativo*, *ob. cit.*, p. 101.

⁴¹ La STS 630/2019, de 18 de diciembre, casa la sentencia de instancia y absuelve a la persona jurídica por el delito de apropiación indebida por el que había sido condenada, ya que en este delito, por muy criticable que ello sea, no se prevé la aplicación del art. 31 bis CP.

⁴² Como ha reconocido la STC 2/1981, de 30 de enero. Posteriormente varias sentencias del TC han considerado el principio *ne bis in idem*

proscribe imponer dos o más sanciones por un mismo hecho, cuando es posible identificar en todas ellas una coincidencia de sujetos, hecho y fundamento; prohibición que, como es sabido, opera tanto dentro del orden penal como entre este y cualquier otro sector jurídico. Teniendo en cuenta el significado y contenido de este principio, cabría pensar que cualquier formulación teórica que pretenda sancionar al sujeto colectivo plantearía un problema permanente de inconstitucionalidad,⁴³ si se considera que el hecho delictivo de la entidad exige un sustrato físico que lo materialice. Por eso, si junto a la persona jurídica se castiga también a la persona física que lleva a cabo la actuación delictiva, se estaría inculcando la prohibición constitucional de una doble sanción.

No obstante, aunque este principio ha sido uno de los argumentos críticos a un modelo de responsabilidad vicarial, debe partirse de la interpretación que el TS ha hecho del art. 31 bis como modelo, aparentemente puro, de autorresponsabilidad. Según esta, la persona física y jurídica responden cada uno de su propio delito según lo anteriormente analizado en conexión con el principio de taxatividad. Conforme a esta interpretación, decaería la crítica de que se inculca la proscripción del doble castigo, lo que, en principio, se reforzaría con las previsiones del art. 31 ter CP. Los apartados 1 y 2 de este artículo contemplan determinadas situaciones en los que es posible el castigo de la entidad en

ausencia de responsabilidad de la persona física.⁴⁴ Con lo que la sanción de ambas, aun siendo la regla general, puede conocer excepciones. Pero las cosas se enturbian cuando se acude a la regla que contiene el primer apartado del art. 31 ter, *in fine*, toda vez que establece que “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”.

como vinculado al principio de legalidad y de tipicidad. Entre otras, SSTC 229/2003, Pleno de 18 de diciembre y 188/2005, Pleno de 7 de julio.

⁴³ Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 111.

⁴⁴ Esta disposición, junto a la previsión de atenuantes específicas para la persona jurídica, entre las que se encuentra el haber adoptado, con posterioridad a la comisión del delito, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (actual art. 31 quater, letra d), sirvieron de apoyo a quienes con anterioridad a la reforma de 2015 defendían que el CP había consagrado un modelo de autorresponsabilidad, por lo que aunque no se dijera expresamente debía eximirse de responsabilidad a la persona jurídica que estuviera correctamente organizada cuando se cometió el delito. Con todo, la STS 949/2022, de 13 de diciembre, ha manifestado que “siendo cierto que el artículo 31 ter CP permite la condena de la persona jurídica aun cuando no haya sido declarada la responsabilidad penal de las personas físicas y cuando se afirme que los eventuales autores son necesariamente algunas de las personas por cuya actuación ha de responder la persona jurídica, también lo es que esa condena no exime del deber de acreditar y declarar la concurrencia de todos los elementos típicos establecidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal”.

La obligación de modulación de las penas supuso, desde un primer momento, una elevada sospecha en favor de un modelo vicarial, en la medida en que el legislador estaba reconociendo implícitamente que el administrador y la persona jurídica son, en realidad, el mismo sujeto, al menos en la hipótesis en la que existe solapamiento entre la propiedad de la sociedad y la administración.⁴⁵ Ahora bien, en el momento en que pareciera que se ha consolidado una interpretación jurisprudencial a favor de una responsabilidad fundamentada en los déficits organizativos

de la entidad que favorecen o propician la comisión delictiva, y que, entonces, no puede hablarse en puridad de “mismos hechos” y mismo delito para persona física y jurídica, esta cláusula se presenta aún más disfuncional si cabe.⁴⁶

En cualquier caso, la existencia de esta previsión legal exige determinar dos aspectos, uno, en qué situaciones de concurrencia de multas entre persona física y jurídica debe aplicarse, pues como ha señalado la doctrina esta disposición no contiene ninguna referencia sobre el tamaño de esta última ni de que sea un *alter ego* de sus titulares.⁴⁷ Y, dos, qué debe interpretarse por modular las penas impuestas. Hay que advertir que, en realidad, las sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión no han profundizado sobre la compatibilidad de esta cláusula con un modelo de autorresponsabilidad, porque, según se verá, para el

45 Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Coord.): *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid 2010, p. 22; Fernández Teruelo, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una revisión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 25, 2011, p. 20 s. No obstante, la mayoría de la doctrina se ha mostrado crítica con esta cláusula desde la aprobación de la LO 5/2010. *Vid.* por todos, con ulteriores referencias doctrinales, Faraldo Cabana, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La Ley Penal*, n° 115, 2015, p. 2 ss.

Los recelos a que, en realidad, el art. 31 bis instituye un modelo de responsabilidad derivada se apoyan igualmente en otras previsiones, como es el hecho de que la duración máxima de las penas interdictivas temporales no pueden exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física, o que cuando se aplica una multa por cuotas para la persona jurídica su duración depende de la duración de la pena privativa de libertad de la persona física. Faraldo Cabana, P., “Obligatoria modulación”, *ob. cit.*, p. 2.

46 En el mismo sentido, Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M., “Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones tras la STS 118/2020, de 12 de marzo”, *La Ley compliance penal*, n° 2, 2020, p. 2 s.

47 Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M.A., “Retos de la jurisprudencia”, *ob. cit.*, p. 3.

TS no se está ante un problema de doble castigo,⁴⁸ sino de proporcionalidad.⁴⁹

Comenzando por la segunda de las cuestiones planteadas, se ha pronunciado sobre el sentido de la modulación la STS 746/2018, de 13 de febrero, por la que se condena por delito fiscal al administrador único y socio mayoritario de la mercantil; doctrina que ha

sido confirmada por la STS 118/2020, de 12 de marzo, también por delito fiscal y en un caso de socia mayoritaria y administradora única la sociedad. De estas resoluciones se desprende, en primer lugar, la obligación de modular las penas,⁵⁰ salvo que se justifique expresamente el porqué de su no aplicación. En segundo lugar, la modulación que exige el art. 31 ter no supone, conforme a una interpretación teleológica, eliminar o condonar la pena pecuniaria impuesta a la persona física, ni tampoco imponerla por debajo de su mínimo legal.⁵¹ El umbral máximo será el límite máximo legal de la multa de la persona física, de

⁴⁸ Expresa la STS 118/2020 que solamente le compete entrar a valorar si la multa impuesta en instancia se ajusta a la legalidad “(c)on independencia del mayor o menor acierto del legislador con esa fórmula que no acaba de solucionar el problema de la multiplicidad de multas proporcionales cuando con muchos los partícipes de un delito que lleva aparejada este tipo de multa; y abstracción hecha también de los problemas de *bis in idem* en el caso de sociedades unipersonales”. Por lo que implícitamente parece dar a entender que cuando no es una sociedad unipersonal, no existiría tal quebranto de la prohibición del doble castigo. *Vid.*, no obstante, la STS 298/2024, de 8 de abril, para la que la condena concurrente de los dos socios de la entidad junto a esta plantearía un problema de *bis in idem*, si bien el motivo de absolución de todas las personas jurídicas inicialmente condenadas se basó en la ausencia de beneficio para ellas.

Parece valorar positivamente esta cláusula en términos de prohibición del doble castigo y de proporcionalidad, incluso sobre la base de un modelo que encuentra su fundamento en la ausencia del debido control, Fernández Teruelo, J.G., *Parámetros interpretativos*, *ob. cit.*, p. 59.

⁴⁹ Como dispone la STS 118/2020, el art. 31 ter recoge una solución “un tanto rudimentaria y simple” y que si el legislador tenía en mente sortear un problema de *bis in idem* “lo ha hecho de forma poco atinada”.

⁵⁰ La doctrina, no obstante, matiza los términos del art. 31 ter, al entender que la obligación de modular solo surge cuando ambas penas resulten desproporcionadas en relación con la gravedad de los hechos. Así, Feijóo Sánchez, B., “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M. / Feijóo Sánchez, B. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 279; Faraldo Cabana, P., “La obligatoria modulación de las multas”, *ob. cit.*, p. 4, con el argumento de que el criterio de la gravedad de los hechos no coincide con el de la identidad de intereses patrimoniales; Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad de las sociedades unipersonales”, en Simón Castellano, P. / Abadías Selma, A. (Coords.): *Cuestiones penales a debate*, J.B. Bosch, Barcelona, p. 133.

⁵¹ Ya la STS 154/2016 hacía alusión a la imposibilidad de que por aplicación de esta regla se redujeran las cuantías de las multas impuestas a la persona física y jurídica por debajo del mínimo legal. También en el mismo sentido se pronuncia la STS 217/2024, de 7 de marzo.

manera que la suma de la multa concreta imputada a la persona física y jurídica no supere aquel. El umbral inferior estará, a su vez, en el mínimo legal de la multa de la persona física, que habrá de ser superado con la suma de las dos multas. No obstante, excepcionalmente se admite rebasar por debajo este umbral, si lo aconsejan razones de proporcionalidad y de *non bis in idem*, pero nunca hasta el punto de eliminar la multa para uno de los sujetos condenados.

Estas razones de proporcionalidad y de *non bis in idem*, que el TS no especifica, llevan a la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la tipología de persona jurídica en la que resulta obligada la modulación. A este respecto, la STS 583/2017, de 19 de julio, considera aplicable la previsión moduladora del art. 31 ter a supuestos en los que “se imponen multas a personas jurídicas que están participadas en porcentajes altos o totales por quienes son, a su vez, responsables penales y por tanto merecedores de una multa”. Y posteriormente, las SSTs 746/2018 y 118/2020, ya mencionadas, aluden a situaciones en las que el administrador condenado ostenta, a su vez, la condición de socio con una participación superior al 50% del capital, puesto que indirectamente la multa impuesta a la persona jurídica redundaría en el patrimonio de la física. Obsérvese que ya en estas últimas resoluciones se produce un cambio respecto de la STS 583/2017, al considerar que cuando la equiparación entre la gestión y la propiedad es total, es decir, se trata de sociedades unipersonales, no hay un problema de doble castigo. La cuestión que se suscita aquí es si estas sociedades deben someterse a responsabilidad penal, cuestión que por razones sistemáticas se abordará en sede del principio de culpabilidad penal, en concreto, en relación con la imputabilidad empresarial. Por su parte, la reciente STS 36/2022, de 20

de enero, completa la doctrina expuesta al concluir que tampoco concurre un problema de doble penalidad cuando la condena recae en la persona jurídica y en el administrador único que no es socio de esta, por no tener participación en la persona jurídica. Siendo así, decaería obviamente la aplicación de la modulación de las penas. Con todo, esta resolución parece primar igualmente consideraciones de proporcionalidad en la suma resultante de aplicar ambas penas.

No se escapa que la previsión del art. 31 ter y la interpretación y aplicación que de ella ha hecho el TS entran en un círculo vicioso si se conecta con otras cuestiones nucleares de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de un modelo de autorresponsabilidad como el que se está consolidando jurisprudencialmente. Por un lado, se considera que realmente no daría respuesta a un problema de *bis in idem*, pero igualmente se apela a una posible conculcación de la doble sanción para reducir la pena por debajo del mínimo legal establecido. Además, en los supuestos en los que la participación del capital del administrador condenado está entre un 51% y un 99%, no hay identidad de sujetos, incluso en sociedades unipersonales participadas completamente por una persona que, igualmente, es su administradora. Pero haciendo abstracción de este argumento, de naturaleza formal, tampoco concurriría una identidad de hechos. Se está ante hechos distintos y, en consecuencia, delitos distintos, según ha manifestado el TS, lo que llevaría a no poder aplicar nunca esta cláusula por consideraciones de proporcionalidad. En la persona física, el hecho injusto conecta con los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito en cuestión. Pero en la persona física, se está ante un elemento diferenciador y propio de la persona jurídica, sobre la base de las deficiencias organizativas que han propi-

ciado, favorecido o posibilitado la comisión del delito en su beneficio.⁵²

4. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, como principio legitimador de la potestad punitiva de un Estado democrático no se confunde con la culpabilidad jurídico-penal, categoría del delito que fundamenta la imposición de la pena, sino que viene a significar una idea más amplia, la de que no se puede castigar a un inocente.⁵³ Dentro de él se encuentran sus plasmaciones particulares, de las que, en efecto, forma parte el principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto, junto al de personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho propio y el principio de dolo o imprudencia.

A los efectos de este trabajo, las siguientes reflexiones se ceñirán a la culpabilidad en sentido estricto y, como corolario de esta, la relativa a la imputabilidad empresarial, base de la anterior, esto es, qué tipo de personas jurídicas pueden someterse a un juicio de culpabilidad.

4.1. Imputación subjetiva o culpabilidad de la persona jurídica

Tradicionalmente ha sido la culpabilidad penal, como categoría del delito, la censura fundamental al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con una clara preeminencia sobre el resto de argumentos contrarios a su punición, principalmente para refutar la validez constitucional de los modelos de responsabilidad derivada o heterorresponsabilidad. Recordemos que la STS 514/2015 expresaba que, se optará por un modelo de responsabilidad derivada o propia, “cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

Teniendo en cuenta esto, ¿cómo se define la culpabilidad de la persona jurídica? Sobre esta cuestión la jurisprudencia ha pasado muy de puntillas, y de una manera confusa. A este respecto, debe partirse de la premisa de que el TS ha optado por delimitar el fundamento del delito corporativo de la persona jurídica en las deficiencias estructurales de la entidad, el déficit organizativo, que definía, recordando la STS 154/2016, el núcleo de la tipicidad, esto es, el hecho injusto propio y diferenciado de aquella. Siendo eso así, la culpabilidad ha de referirse a dicho hecho. En este sentido, las alusiones a la culpabilidad organizativa se limitan, en la STS 221/2016, a proclamar que solo con una responsabilidad de la persona jurídica construida sobre un delito corporativo “podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”. Por su parte, la STS 154/2016 parece residenciar la culpabilidad en la:

(...) ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e inde-

52 Apelan a la existencia de un distinto fundamento, Faraldo Cabana, P., “La obligatoria modulación de las multas”, *ob. cit.*, pp. 4 s.; Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M.A., “Retos de la jurisprudencia”, *ob. cit.*, p. 3.

53 Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, p. 134.

pendiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos (...).⁵⁴

Esta “cultura ética empresarial”, “cultura corporativa de respeto a la Ley”, o “cultura de cumplimiento”, como ya indicaba la Circular 1/2016, que pareciera que daría contenido al juicio de culpabilidad.⁵⁵

Con estas manifestaciones el TS parece reforzar su opción por un modelo puro de responsabilidad, incompleto en cuanto a su comprensión en el marco de las previsiones del art. 31 bis ss. CP, en la medida en que, como se señaló anteriormente, si las alusiones a la culpabilidad de la persona jurídica son escasas, el silencio es absoluto en lo relativo al dolo y la imprudencia de esta. Ello es expresión de lo espinoso que resulta delimitar estos elementos de naturaleza subjetiva para un ente colectivo, como parte de la doctrina ha puesto de manifiesto. Y, en particular, a las tesis que buscan en la cultura corporativa un equivalente funcional a la culpabilidad de las personas jurídicas,⁵⁶ en la medida en

que este elemento habría quien consideraría que, en realidad, también es un componente más del injusto de la entidad.⁵⁷

4.2. La imputabilidad empresarial. A su vez, sobre el concepto de persona jurídica

Frente a la escasa atención que ha manifestado, al menos por el momento, el TS sobre la culpabilidad de la persona jurídica, no puede decirse lo mismo sobre la imputabilidad, base de aquella. Punto de partida de la cuestión que ahora se aborda es que la LO 5/2010 estableció un sistema dual de sanción penal para los entes colectivos, conforme a un criterio formal o institucional,⁵⁸ el de la personalidad jurídica, por muy cuestionable que este sea político-criminalmente y a pesar de las disfuncionalidades que genera.⁵⁹ Solo a las personas jurídicas se les puede imponer penas, reservándose para los entes sin personalidad jurídica el régimen de las consecuencias accesorias y que es coincidente en cuanto a la clase de sanción imponible, a

⁵⁴ En el mismo sentido, STS 668/2017, de 11 de octubre.

⁵⁵ Favorable en la doctrina a esta comprensión, Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo*, ob. cit., p. 87 ss.; Pérez Machío, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 190 ss.

⁵⁶ Como plantea Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, ob. cit., p. 258 ss. Crítico con la posibilidad de que la cultura corporativa pueda operar como equivalente

funcional de la culpabilidad de las personas físicas, Cigüela Sola, J., *La culpabilidad colectiva en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 207 ss.

⁵⁷ Cigüela Sola, J., “Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal”, en *La Ley compliance penal*, nº 2, 2020, p. 15 s.

⁵⁸ Feijóo Sánchez, B.J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p 55.

⁵⁹ Gil Nobajas, M.S., “Personas jurídicas versus entes sin personalidad jurídica”, ob. cit., p. 23 ss.

excepción de la multa y de la disolución, excluidas de la aplicación del art. 129 CP.

Pero el reino de las personas jurídicas es muy dispar en cuanto a su tipología, dimensión y complejidad. Poco tiene que ver una gran corporación en la que el capital se divide en un número muy elevado de socios y en la que el poder se concentra en unos pocos, con una sociedad pantalla o fachada que, aunque formalmente es una persona jurídica, es un ente hueco creado por cuestionables motivos.⁶⁰ Algo tuvo presente el legislador sobre esta dispar realidad, como sabemos, al incluir una regla de modulación de las cuantías de la pena con la que se castiga, respectivamente, a la persona física y a la jurídica. Pero lo hizo de una manera defectuosa y disfuncional que, según se ha visto, resulta difícilmente compatible con las claves del modelo de autorresponsabilidad que defiende el TS. En cualquier caso, descartado a juicio del TS que el art. 31 bis CP consagre una responsabilidad derivada, el siguiente aspecto que requiere aclaración es, precisamente, para qué tipo de organizaciones con personalidad jurídica se dirige el mensaje autorregulatorio, esto es, dotar de un contenido material, y no meramente institucional o formal, a la persona jurídica. Esto significa posicionarse sobre el sustrato material que permite sustentar un juicio de culpabilidad, por impreciso que este sea en la jurisprudencia, con base en su par-

ticipación omisiva en el delito que comete la persona física. Es decir, determinar las claves de la imputabilidad empresarial. Pero desde la óptica del principio de legalidad supone dar razón del principio de taxatividad penal y otorgar carta de naturaleza a un concepto jurídico-penal de persona jurídica, más restringido que el concepto formal que aporta el derecho privado.

A este respecto, no puede decirse que la STS 154/2016 haya establecido una doctrina novedosa, puesto que se limita a seguir la postura que ya la Fiscalía General del Estado había manifestado en su Circular 1/2016 y que, a su vez, constituye uno de los pilares del planteamiento doctrinal del modelo puro de autorresponsabilidad que ha defendido un sector de la doctrina con una aproximación normativo-funcionalista. Conforme a esta tesis, el sistema organizativo empresarial ha de desarrollar una complejidad interna suficiente para convertirse en jurídico-penalmente imputable, del mismo modo que existirían personas física imputables e imputables. En consecuencia, determinadas formas organizativas quedarían excluidas del ámbito del derecho penal empresarial, por carecer de la necesaria autonomía organizativa.⁶¹

⁶⁰ Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ob. cit.*, p. 21 s. Amén de otras situaciones que no se van a abordar y que se refieren a tipologías en las que lo que se cuestiona es si la entidad posee o no personalidad jurídica, es decir, si ha llegado a adquirirse, y en el que las posturas divergen en la doctrina y la jurisprudencia.

⁶¹ Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal*, *ob. cit.*, pp. 112, 114 s. y 243 s. Comparten la exclusión de estas personas jurídicas, tanto con base en un modelo de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad, Fernández Teruelo, J.G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 34 s.

No puede decirse, en mi opinión, que la jurisprudencia haya asumido en bloque todo este planteamiento normativista,⁶² pero sí ha puesto las claves para la comprensión de la imputabilidad empresarial que, en realidad, tiene como principal aspecto positivo perfilar los contornos del concepto de persona jurídica⁶³ o, de otra manera, servir de filtro para excluir aquellas entidades que, siendo formalmente personas jurídicas, no tiene sentido que se vean sometidas a reproche penal, tanto en atención a los presupuestos sustantivos sobre los que se declara su responsabilidad, como fundamentalmente en relación con el despliegue de garantías procesales que esto último implica.

Teniendo presente lo anterior, la STS 154/2016 reconoce que no toda persona jurídica realmente debe estar sometida a las previsiones del CP.⁶⁴ Solo serán penalmente responsables aquellas que tengan un sustrato material suficiente, identificando tres categorías de personas jurídicas: i) personas jurídicas imputables que operan con normalidad en el mercado, estando mejor o peor organizadas; ii) personas jurídicas que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ile-

gal, y que son imputables en la medida en que tengan un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad; iii) personas jurídicas inimputables de carácter meramente instrumental, puesto que no tendrían ninguna actividad legal o esta sería meramente residual o aparente para un propósito delictivo. En consecuencia, solo las dos primeras clases de entidades contarían con un sustrato material suficiente o desarrollo organizativo para ser destinatarias de las previsiones del art. 31 bis y ss., ya que únicamente en ellas tiene sentido hablar de la implementación de programas de cumplimiento normativo. También se considerarían inimputables las sociedades unipersonales, en las que existe una identificación absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, se ha dicho que por exigencias del principio *ne bis in idem*.⁶⁵ La respuesta para estos supuestos de inimputabilidad quedaría reservada a la responsabilidad de las concretas personas físicas a las que objetiva y subjetivamente se pueda atribuir el delito, así como a la aplicación de la técnica del levantamiento del velo, algo que ya postulaba parte de la doctrina, así como la Circular 1/2011 de la Fiscalía en relación con las sociedades pantalla o fachada.⁶⁶ Cuestión

62 Cf. Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 70 ss.

63 Como indica, también, Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad penal”, *ob. cit.*, p. 116.

64 Distintas de las personas jurídicas que, *ex lege*, quedan excluidas de responsabilidad penal conforme al art. 31 quinquies CP, y que tienen como común denominador el haber sido creadas bajo una forma de derecho público.

65 Comparte esta exclusión en consideraciones de la prohibición del doble castigo, Fernández Teruelo, J.G., *Parámetros interpretativos*, *ob. cit.*, p. 59.

66 *Vid.* de entre la extensa bibliografía de este autor al respecto, Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, p. 74 ss.; del mismo autor: *La culpabilidad penal*, *ob. cit.*, p. 153 ss., haciéndolo extensible a las pequeñas empresas. También, Feijóo Sánchez, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios*

distinta es la referida al tratamiento jurídico-penal que ha de darse a estas sociedades, lo que en la doctrina oscila entre la disolución o el comiso.⁶⁷

La postura del TS se ha ido paulatinamente consolidando en las SSTs 108/2019, de 5 de marzo, y 534/2020, de 22 de octubre, en ambos casos en relación con sociedades instrumentales de las que se vale el administrador y socio único para materializar la comisión delictiva, superando así una confusa aplicación judicial por la que se ha llegado a condenar sociedades instrumentales unipersonales o fachada.⁶⁸ Pero lo que no aclara el TS es, entonces, cuál es el límite normativo que determina la imputabilidad empresarial, limitándose a expresar que probablemente variará a lo largo del tiempo, como igualmente lo ha reconocido la Circular 1/2016 y la doctri-

na.⁶⁹ Esta última ofrece pautas de orientación para delimitar la imputabilidad empresarial, como el número de trabajadores de la persona jurídica,⁷⁰ la presencia de procedimientos estándar en el seno de la empresa, normas de la propia organización o la existencia de decisiones corporativas que institucionalizan la identidad corporativa.⁷¹ En definitiva, la imputabilidad empresarial ha de construirse, en el caso concreto, con base en variables o factores que informen del grado de complejidad estructural y organizativa de la persona jurídica y en el que el programa de *compliance*, en caso de que la entidad cuente con uno, puede constituir, a mi juicio, un buen referente a la hora de visibilizar este aspecto y su nivel de madurez.⁷²

En otro orden de cosas, la jurisprudencia acota un concepto penal de persona jurídica con base en el criterio de la complejidad organizativa, pero siempre según una visión formal de aquella. De ello se desprenden dos cuestiones. Primera, que a la hora de excluir a determinadas entidades formales, como son las sociedades instrumentales, fachada

de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas, Civitas, Madrid, 2002, p. 91 ss., si bien cuestionando en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas; Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 169 ss., incluyendo dentro de las personas jurídicas inimputables también las pequeñas empresas y las empresas criminales; Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad criminal de empresas*, ob. cit., p. 106 ss.

67 Como apunta la Circular 1/2016. En la doctrina, entre otros, Martín Sagrado, O., “El decomiso de las sociedades pantalla”, en *Diario La Ley*, nº 8768, 24 de mayo de 2016, p. 5 ss.; Fernández Teruelo, J.G., Parámetros interpretativos, ob. cit., p. 58.

68 Realiza un estudio de la jurisprudencia en las audiencias provinciales y de los juzgados de lo penal, existiendo pronunciamientos contradictorios al respecto, Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad”; ob. cit., p. 124 ss.

69 Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal*, ob. cit., p. 244.

70 Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal*, ob. cit., p. 324, a favor de determinar el linde en 50 trabajadores, esto es, el tamaño de una mediana empresa.

71 Gómez-Jara Díez, C., “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en AA.VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 441 s.

72 Opta por un sistema gradual de imputabilidad empresarial, partiendo de una crítica de raíz a la interpretación del Tribunal Supremo de las previsiones del art. 31 bis, Cigüela Sola, J., “La inimputabilidad de las personas jurídicas”, ob. cit., p. 648.

o pantalla, el argumento determinante no es tanto, en mi opinión, su complejidad organizativa como el hecho de que son utilizadas o creadas *ex profeso* para amparar, encubrir o canalizar una actividad delictiva.⁷³ Pone sobre la pista de esta intuición las reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas del art. 66 bis, cuando define la persona jurídica instrumental como aquella en la que “la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal”, como criterio para determinar los límites máximos de las penas interdictivas temporales, y la posibilidad de imponer penas interdictivas definitivas, como la disolución. Conjugando esta previsión legal con la doctrina jurisprudencial sobre la imputabilidad empresarial, se deduce que si el art. 66 bis admite el castigo penal de la persona jurídica instrumental, siempre que exista, aunque sea en menor medida, actividad legal junto a la ilícita, cuando se está ante una sociedad completamente instrumental, la consecuencia jurídica aplicable debería ser su disolución. Pero en este caso únicamente si posee *cierta* complejidad organizativa, no cuando carece absolutamente de ella y se limita a ser una anotación en el correspondiente registro.⁷⁴ Obsérvese que, con todo,

esta interpretación no hace desaparecer los problemas que se plantean, entre otros, en relación con la compatibilidad de la imputabilidad empresarial con la regla sobre modulación de la multa del art. 31 ter anteriormente analizado.

La segunda cuestión, que únicamente se dejará apuntada, hace referencia a si conforme a un criterio material pueden tener cabida otros entes organizativos que, sin cumplir con la condición institucional de la personalidad jurídica, materialmente se conducen de manera similar a una persona jurídica imputable en el tráfico jurídico y en el mercado. Algunos autores han planteado propuestas en esta dirección,⁷⁵ que deben ser acogidas de *lege ferenda*, en la medida en que el art. 31 bis

⁷³ En el mismo sentido, Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad penal”, *ob. cit.*, p. 123.

⁷⁴ Diferencian las sociedades creadas exclusivamente para delinquir o fachada de las instrumentales a las que se refiere el art. 66 bis en cuanto dirigido a entidades que, junto a su objeto principal ilícito pudieran también desarrollar alguna actividad de carácter lícito, Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M.A., “Retos de la jurisprudencia”, p. 5 s.

⁷⁵ Por ejemplo, Bacigalupo Sagesse apuesta por la existencia de un patrimonio autónomo, acorde con la realidad de los negocios (“El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en Zugaldía Espinar, J.M./Marín de Espinosa Ceballos, E.B. (Coords.): *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013 p. 76 s.). Díez Ripollés apela a la realidad económica y teleológica del funcionamiento de la entidad como complemento a la personalidad jurídica (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, n° 1, 2012, p. 10). Asume una postura moderadamente expansiva y no exclusivamente formal del concepto de persona jurídica, sobre la base del patrimonio autónomo, Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 53 s. Niega una distinción que no sea estrictamente institucional, Feijóo Sánchez, B., *El delito corporativo*, *ob. cit.*, p. 56.

CP no deja margen a desprenderse del criterio formal de la personalidad jurídica.⁷⁶ Sin embargo, la restricción jurisprudencial al concepto de persona jurídica con base en la imputabilidad empresarial no quebranta, a mi juicio, el principio de legalidad, pues se trata de una restricción material del concepto formal de persona jurídica.⁷⁷ Además, se trata de una interpretación restrictiva *in bonam partem*, pues se consideran no punibles una clase muy específica de personas jurídicas por no poder declarar sobre ellas un juicio de culpabilidad sobre consideraciones autorregulatorias y preventivas. Y también, no hay que olvidar, la exclusión de estas entidades ofrece claras ventajas procesales, al no quedar amparadas por los derechos de defensa y garantías que asiste a la persona jurídica imputable.⁷⁸

A pesar de lo anterior, también en este tema se aprecia cierta confusión entre sociedades unipersonales, sociedades instrumentales y sociedades fachada. En realidad, el ámbito actual de aplicación de la inimputabilidad empresarial se restringe en la casuística judicial a un supuesto muy especí-

fico, el relativo a una sociedad que se utiliza para materializar el delito y, además, de la que no consta que tenga actividad mercantil o empresarial, organización e infraestructura.⁷⁹ Por lo que la clave, a mi juicio, de su inimputabilidad no está en que se trate de sociedades unipersonales o en el hecho de que exista una identificación absoluta entre gestión y propiedad,⁸⁰ sino en la carencia de sustrato material que hace decaer cualquier pretensión autorreguladora. Es decir, estas entidades son *per se* criminógenas. Aunque las resoluciones judiciales las denominan instrumentales, y ciertamente lo son, puesto que son instrumento para la realización del delito, deben diferenciarse de las sociedades instrumentales a las que se refiere el art. 66 bis CP en el marco de la individualización de las penas interdictivas aplicables a las personas jurídicas, que podrán ser o no unipersonales. Aquí se está aludiendo a otra situación, y es que existiendo realmente una actividad legal (y habría que añadir, complejidad organizativa o sustrato material suficiente), esta es inferior que la actividad ilícita.

De lo anterior se desprende cierta confusión cuando la FGE y el TS meten en el mismo saco de la inimputabilidad empresarial a la sociedad fachada o completamente instrumental y la sociedad unipersonal. Frente a pronunciamientos contradictorios en los que tanto se ha condenado como absuelto a sociedades unipersonales, se está consolidando

⁷⁶ Considera que el TS no aborda realmente un concepto jurídico-penal de persona jurídica, sino que se limita a asumir la clasificación de la Circular 1/2016, Gómez Tomillo, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, en *Diario La Ley*, n.º 8747, 22 de abril de 2016, p. 2. No obstante, este autor también admitiría que, por su relevancia, parece abrir la puerta a un concepto de tales características diferenciado del estrictamente civil.

⁷⁷ Cf. Cigüela Sola, J., “La inimputabilidad de las personas jurídicas”, *ob. cit.*, p. 639.

⁷⁸ STS 108/2019.

⁷⁹ Como se deduce de la STS 534/2020.

⁸⁰ Por ejemplo, en la STS 108/2019 se acredita que el condenado controlaba por sí o por medio de testaferros el entramado societario que creó para desarrollar la trama delictiva, con independencia de quién ostentara la participación del capital en ellas.

una línea jurisprudencial a favor de lo último. No obstante, cabría plantearse si la solución más correcta sería aplicar la modulación del art. 31 ter, a pesar de lo cuestionable que resulta, esto es, aplicar esta regla tanto en situaciones de identificación mayoritaria entre gestión y propiedad, como cuando esta es absoluta, a menos que, efectivamente, la cobertura jurídica suponga una mera argucia, un velo sin sustrato material con la pretensión de desenfocar el centro de imputación jurídico-penal. Lleva razón Gutiérrez Pérez cuando señala que no hay que confundir titularidad del capital, en manos de un único socio, con la estructura organizativa, que podrá ser más o menos simple, contar con más o menos trabajadores.⁸¹ De ahí que no toda sociedad unipersonal tiene por qué ser inimputable sin atender a su complejidad organizativa,⁸² por la misma razón por la que se excluye del ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades fachada o vacías de actividad.

81 En “La aparente irresponsabilidad penal”, *ob. cit.*, p. 128.

82 Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M.A., “Retos de la jurisprudencia”, *ob. cit.*, p. 7; Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad penal”, *ob. cit.*, p. 129 s. Gómez-Jara plantea una situación de semi-imputabilidad en estos los casos en los que se cuenta con una ínfima estructura organizativa, supuestos de microempresas de entre uno a nueve trabajadores, en los que entre de aplicación la modulación de penas del art. 31 ter CP. En *El Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, p. 267. La jurisprudencia ha confirmado recientemente el criterio de existencia de una mínima complejidad organizativa sobre el que sustentar el juicio de culpabilidad de la entidad, extrapolable a sociedades unipersonales, en la STS 894/2022, de 11 de noviembre.

5. Consideración final

La revisión de algunas de las cuestiones nucleares del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 bis ss. CP a la luz de algunos de los principios legitimadores del derecho penal ha puesto de manifiesto algunas de las dificultades y disfuncionalidades que plantea esta regulación cuando se interpreta conforme a las bases de un modelo puro de autorresponsabilidad. Y ello con independencia de que esta fórmula de fundamentación suscita rechazo en buena parte de la doctrina, bajo la premisa fundamental de que solo el ser humano puede ser objeto de imputación penal. En este contexto tan polémico a nivel doctrinal, en consecuencia, hay que enmarcar los esfuerzos de la jurisprudencia por ir dotando a esta regulación de un cuerpo doctrinal jurisprudencial que aspire a conferirle seguridad jurídica, si bien comparo la posición de aquellos que defienden que, en realidad, se está ante un modelo mixto que integra elementos característicos tanto de un modelo de responsabilidad derivada y de autorresponsabilidad. Aquí estaría el origen de algunas de las incoherencias que surgen en la interpretación que del art. 31 bis ss. va haciendo el Tribunal Supremo acorde con un modelo puro de autorresponsabilidad. El legislador habría introducido en el año 2010 una regulación positiva donde no quedaban suficientemente identificados los motivos por los que la persona jurídica debía ser penalmente responsable y que ha ido remendando con el tiempo. Con estos miembros, es probable que la principal razón por la que el TS haya asumido una comprensión como la que, paulatinamente, parece consolidarse en aquellos aspectos sobre los que ya se ha pronunciado, algunos de los cuales abordados en este trabajo, lo haya hecho por las implicaciones procesales que de ello se deri-

van, fundamentalmente por las garantías y derechos que le asisten a la persona jurídica, por encima de cualquier otra consideración dogmática. Queda por ver cómo se irá construyendo esta doctrina jurisprudencial, pues ya se ha visto que algunos elementos claves, empezando la culpabilidad de la empresa, han pasado muy de soslayo en las resoluciones del TS. Pero aún quedan otros aspectos nucleares, como, por ejemplo, los criterios con los que se va a valorar la eficacia del *compliance* penal empresarial o el estatuto jurídico-penal del *compliance officer*, o si también el art. 129 CP debería interpretarse en clave autorreguladora, dado que incluye una muy diversa tipología de entes sin personalidad jurídica, algunas equiparables materialmente a la persona jurídica.

6. Referencias

Bibliografía

- Bacigalupo Sagesse, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en Zugaldía Espinar, J.M./Marín de Espinosa Ceballos, E.B. (Coords.): *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 67-101.
- Bajo Fernández, M., “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *ADP*, 1981, pp. 371-380.
- Bajo Fernández, M., “La velada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en AA. VV., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 69-90.
- Cigüela Sola, J., “La inimputabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020”, *InDret*, 1/2021.
- Cigüela Sola, J., “Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal”, *La Ley compliance penal*, nº 2, 2020, pp. 1-26.
- Cigüela Sola, J., *La culpabilidad colectiva en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- De la Mata Barranco, N., “El cumplimiento normativo eficaz penalmente”, en Demetrio Crespo, E. (Dir.): *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 411-430.
- De Vicente Martínez, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, nº 1, 2012, pp. 1-33.
- Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Coord.): *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid 2010, pp. 11-38.
- Faraldo Cabana, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La Ley Penal*, nº 115, 2015.
- Feijóo Sánchez, B.J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- Feijóo Sánchez, B.J., “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M. / Feijóo Sánchez, B.J. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 273-296.

- Feijóo Sánchez, B.J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002.
- Fernández Teruelo, J.G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una revisión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 25, 2011, pp. 7-42.
- Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)”, *RDP*, n° 13, 2005, pp. 33-44.
- Gil Nobajas, M. S., “Personas jurídicas versus entes sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 29, 2018, pp. 1-44.
- Gómez Benítez, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, n° 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 203-219.
- Gómez Tomillo, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- Gómez Tomillo, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, n° 8747, 2016, pp. 1-12.
- Gómez-Jara Díez, C., “Transitoriedad y responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿pueden aplicarse hoy en día los derogados artículos 129.1 b) y 31.2 del Código Penal de 1995?”, *Diario La Ley*, n° 9505, 24 de octubre de 2019.
- Gómez-Jara Díez, C., *El tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Gómez-Jara Díez, C., “El injusto típico de la persona jurídica”, en Bajo Fernández, M. / Feijóo Sánchez, B.J. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 121-141.
- Gómez-Jara Díez, C., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en Gómez-Jara Díez, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 239-307.
- Gómez-Jara Díez, C., “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 425-446.
- Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- González Cussac, J.L., “Sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las per-

- sonas jurídicas”, en Galán Muñoz, A. / Mendoza Calderón, S. (Coords.), *Derecho penal y Política criminal en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 111-121.
- Gutiérrez Pérez, E., “La aparente irresponsabilidad penal de las sociedades unipersonales”, en Simón Castellano, P. / Abadías Selma, A. (Coords.), *Cuestiones penales a debate*, J.B. Bosch, Barcelona, pp. 115-137.
- Heine, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiver Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- Hirsh, H.J., “Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *ZStW*, 1995, pp. 285-323.
- Martín Sagrado, O., “El decomiso de las sociedades pantalla”, en *Diario La Ley*, nº 8768, 24 de mayo de 2016.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- Nieto Martín, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A., *El derecho penal económico de la era compliance*, Valencia, 2013, pp. 191-210.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., “¿Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *ADPCP*, 2009, pp. 93-155.
- Pérez González, S., “Sobre la culpabilidad empresarial: notas para una coexistencia eficaz de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, 2020, pp. 179-236.
- Pérez Machío, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada, 2017.
- Schünemann, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Ein Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantes Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- Tiedemann, K., “Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“, *NJW*, 1988, pp. 1169-1174.
- Tiedemann, K., “Strafbarkeit Juristischen Personen? -Eine rechtsvergleichende Bestandaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht-”, en Schoch/Stoll/Tiedemann, *Freiburger Begegnung*, C.H.Müller, Heidelberg, 1996, pp. 30-54.
- Villegas García, M.A. / Encinar del Pozo, M., “Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones tras la STS 118/2020, de 12 de marzo”, *La Ley compliance penal*, nº 2, 2020, pp. 1-12.
- Volk, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, *JZ*, 1993, pp. 429-435.
- Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

STC 142/1999, de 22 de julio, ECLI: ES:TC:1999:142.

STC 8/1981, de 30 de marzo, ECLI: ES:TC:1981:8.

STC 2/1981, de 30 de enero, ES:TC:1981:2.

Tribunal Supremo

STS 298/2024, de 8 de abril, ECLI: ES:TS:2024:1932.

STS 217/2024, de 7 de marzo, ECLI: ES:TS:2024:1158.

STS 89/2023, de 10 de febrero, ECLI: ES:TS:2023:441.

STS 949/2022, de 13 de diciembre, ECLI: ES:TS:2022:4493.

STS 894/2022, de 11 de noviembre, ECLI: ES:TS:2022:4116.

STS 36/2022, de 20 de enero, ECLI: ES:TS:2022:39.

STS 619/2021, de 9 de julio, ECLI: ES:TS:2021:3252.

534/2020, de 22 de octubre, ECLI: ES:TS:2020:3430.

STS, 165/2020, de 19 de mayo, ECLI: ES:TS:2020:1077.

STS 118/2020, de 12 de marzo, ECLI: ES:TS:2020:887.

STS 630/2019, de 18 de diciembre, ECLI: ES:TS:2019:4206.

STS 499/2019, de 23 de octubre, ECLI: ES:TS:2019:3330.

STS 234/2019, de 8 de junio, ECLI: ES:TS:2019:1470.

STS 108/2019, de 5 de marzo, ECLI: ES:TS:2019:736.

AATS, rec. 2332/2018, de 12 de noviembre, ECLI: ES:TS:2018:12174AA.

STS 506/2018, de 25 de octubre, ECLI: ES:TS:2018:3665.

STS 746/2018, de 13 de febrero, ECLI: ES:TS:2019:392.

STS 704/2018, de 15 de enero, ECLI: ES:TS:2019:36.

STS 583/2017, de 19 de julio, ECLI: ES:TS:2017:3210.

STS 780/2016, de 19 de octubre, ECLI: ES:TS:2016:4549.

STS 516/2016, de 13 de junio, ECLI: ES:TS:2016:2616.

STS 154/2016, de 29 de febrero, ECLI: ES:TS:2016:613.

STS 221/2016, de 16 de marzo, ECLI: ES:TS:2016:966.

STS 514/2015, de 2 de septiembre, ECLI: ES:TS:2015:3813.

ATS 2008/2011, de 15 de diciembre, ECLI: ES:TS:2011:13271a.

STS 862/2009, de 23 de julio, ECLI: ES:TS:2009:5271.

El uso de herramientas de inteligencia artificial en materia de violencia de género: ¿Una adecuada estrategia preventiva y represiva?

• **Sandra López de Zubiría Díaz** •

Profesora contratada doctora interina del área de Derecho Penal (Departamento de Derecho Público II y Filología I) de la Universidad Rey Juan Carlos. Miembro del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos (INTERCIVITAS). ORCID 0000-0002-5833-4375
Email de correspondencia: sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es

Resumen: La presente investigación parte de una aproximación conceptual de la inteligencia artificial, así como del fenómeno de la violencia de género. Desde una perspectiva criminológica, se examina la naturaleza estructural de esta violencia, proporcionando un marco sólido para el análisis posterior, enfocado en la aplicación de la IA en este contexto. Se realiza un estudio de las aplicaciones actuales y futuras de estas herramientas, esencialmente en el contexto español, en un escenario tan complejo y delicado, destacando tanto las potencialidades que ofrecen como los desafíos que plantean. En concreto, se discuten los problemas vinculados con una aparente neutralidad de la IA que, sin embargo, puede favorecer el fortalecimiento de desigualdades y el mantenimiento de una violencia simbólica que pueda resultar contraproducente en este contexto.

Palabras clave: inteligencia artificial, violencia, género, desafíos, desigualdad.

Abstract: This research starts from a conceptual approach to artificial intelligence, as well as to the phenomenon of gender-based violence. From a criminological perspective, it examines the structural nature of this violence, providing a solid framework for the subsequent analysis, focused on the application of AI in this context. A study is made of the current and future applications of these tools, essentially in the Spanish context, in such a complex and delicate scenario, highlighting both the potentialities they offer and the challenges they pose. In particular, it discusses the problems linked to the apparent neutrality of AI, which, however, may favor the reinforcement of inequalities and the maintenance of symbolic violence that may be counterproductive in this context.

Key words: artificial intelligence, violence, gender, challenges, inequality.

• **Fecha de recepción**
15-03-2024

• **Fecha de aceptación**
27-05-2024

Sumario:

1. Acercamiento inicial a la inteligencia artificial: sobre su conceptualización y usos actuales
2. La violencia de género como fenómeno criminológico
3. Aplicación de IA en materia de violencia de género: actualidad y futuro cercano
4. Daños colaterales ante una suerte de inteligencia neutral: violencia simbólica y fortalecimiento de desigualdades
5. Conclusiones
6. Referencias bibliográficas

1. Acercamiento inicial a la inteligencia artificial: sobre su conceptualización y usos actuales

En el presente texto se abordará el uso, tanto actual como atendiendo a un futuro cada vez más plausible, de las herramientas de inteligencia artificial frente al fenómeno de la violencia de género. Para ello, en primer lugar, se realizará una conceptualización inicial, sentando las bases de lo que se entiende por *inteligencia artificial* (en adelante, IA). Asimismo, antes de profundizar en los usos que esta produce en el concreto ámbito objeto de estudio de este texto, se realizará un acercamiento a lo que supone el fenómeno de esta violencia, desde una perspectiva criminológica. Con ello, una vez creado un marco teórico adecuado, se analizará el uso actual en el ámbito de la violencia de género a través del recurso de la IA, valorando la experiencia en la materia y reparando en las nuevas aplicaciones planteadas en este contexto.

Por último, se abordarán los aspectos más controvertidos observados en la aplicación de estas herramientas, especialmente perjudiciales en el marco de esta violencia, como es el fortalecimiento de desigualdades tradicionalmente asentadas y la proliferación de la violencia simbólica. Sin duda, aspectos esenciales a tener en cuenta que, lejos de pretender una demonización del avance tecnológico, buscan atender a las cuestiones perniciosas reparadas, para eliminarlas y fomentar un desarrollo de la IA desde una correcta perspectiva de género, con el mayor respeto a los derechos fundamentales.

En primer lugar, se debe señalar que, pese a que el término *inteligencia artificial* data de 1955 —acuñado por el profesor John

McCarthy en una conferencia Dartmouth—,¹ lo cierto es que es en la actualidad cuando mayor interés está generando este concepto dada la “importancia progresiva”² que se vive en el presente y su aplicación en multitud de campos diversos.

Sin embargo, aun teniendo presente que su existencia se plantea desde hace varias décadas, en la actualidad la unanimidad en torno a una conceptualización unívoca es todavía un desafío,³ en parte derivada de la incesante evolución en el campo, así como de las diversas tipologías que la componen, lo que también supone un obstáculo para su regulación, pese a las “abundantes iniciativas para regular la cuestión”.⁴

De esta manera, MIRÓ LLINARES distingue entre un tipo débil, lo que sería una suerte de equiparación a la inteligencia humana, y un tipo fuerte, el cual ya superaría los niveles de

inteligencia de los seres humanos.⁵ Sin embargo, pese a los diversos desarrollos en la materia, constituidos esencialmente a través de procesos de *big data*, programación neuro-lingüística, *machine learning* o *data mining*, lo cierto es que todos se insertan, al día de hoy, en aquella considerada como IA débil, lo cual no resulta especialmente tranquilizador a la luz de la problemática ya derivada en torno a esta tipología englobada únicamente en la parte débil y que, por tanto, será previsiblemente multiplicada si en un futuro se desarrolla la tipología fuerte.

Con ello —y, limitándonos en este texto a abordar la IA débil— se puede partir de la existencia de un término como el de IA, que permite integrar un conjunto amplio de “campos de investigación que se dedican a explorar la automatización de los procesos del intelecto humano”,⁶ concluyendo que, aun sin un consenso en torno a la conceptualización, cuando nos referimos a IA hablamos de “sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente”⁷ y que en la actualidad

1 PARSHEERA, S., “A gendered perspective on artificial intelligence. Proceedings of ITU kaleidoscope 2018 — machine learning for a 5G Future”, *IEEE*, 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3374955

2 NAVAS NAVARRO, S., “La perspectiva de género en la inteligencia artificial”, *Diario La Ley*, n.º 1, 2021, p. 5.

3 Como señala HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M., “Inteligencia artificial y derecho penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis, 2019, pp. 792-843.

4 Especialmente en el ámbito de la UE, tal y como señala GARCÍA SÁNCHEZ, B., “La inteligencia artificial y el derecho penal: nuevos problemas surgidos en la era digital”, en ROPERO CARRASCO, J. (coord.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 37.

5 MIRÓ LLINARES, F., “El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos”, en DUPUY DE REPETTO, D. S., CORVALÁN, J. G. (dirs.) y KIEFER, M. (coord.), *Cibercrimen III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el derecho penal y procesal penal*, B de F, Buenos Aires, 2020, p. 83.

6 DELGADO CALVO, M., “La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno. Discurso de apertura de la Universidad de Granada. Curso académico 1996-1997”, Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 17.

7 BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *Ius Et Scientia*, 2, 2020, p. 55.

se basan, esencialmente, en el desarrollo de “algoritmos de predicción”.⁸

Estos algoritmos se generan a través del diseño de diversas operaciones matemáticas entrelazadas,⁹ partiendo de objetivos propuestos —dependiendo del ámbito de aplicación— que suponen la obtención de resultados concretos a través de la implementación de dichas operaciones con base en un tratamiento de datos concreto. Con ello, se pretende la creación de sistemas que ofrezcan las mismas capacidades de los seres humanos,¹⁰ a través del uso de una cantidad ingente de datos “ordenados de manera comprensible (Smart data), que un modelo matemático va utilizando de manera aleatoria, hasta establecer patrones de correlación determinista entre ellos”.¹¹

Así pues, y pese a la falta de consenso señalada anteriormente sobre el propio término de IA,¹² lo cierto es que en la actua-

lidad la aplicación de estas herramientas ha impregnado la mayor parte de ámbitos de la sociedad, lo cual ha puesto ya sobre la mesa la existencia de numerosos retos —y otros muchos venideros— para diversos campos, entre ellos el del derecho.¹³

NO, “las instituciones europeas han tenido un creciente interés en regular el sector en cuestión, ya sea la Comisión, el Parlamento, el Consejo o el Comité Económico y Social, todos ellos buscan una armonización de las normas comunitarias que sirvan para poder regular este fenómeno”. ALZINA LOZANO, A., “La creación de una política criminal en Europa en el ámbito de las nuevas tecnologías: especial referencia a la inteligencia artificial”, en ROPERO CARRASCO, J. (coord.) *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 175. En este contexto, resulta destacable la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, a través de la cual no solo propone una serie de definiciones que permitan una conceptualización común (entre otras, señala que se entenderá “Sistema de inteligencia artificial —sistema de IA—: el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”), sino que establece un conjunto de disposiciones que atienden los riesgos derivados de la IA, así como limitan ciertas prácticas de IA, entre otras cuestiones.

¹³ Entre otros aspectos, diversos autores, entre

⁸ MIRÓ LLINARES, F., “El sistema penal ante la inteligencia...”, *op. cit.*, p. 89.

⁹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Big data, inteligencia artificial y violencia de género”, *Diario La Ley*, n° 49, 2021.

¹⁰ MUÑOZ RODRÍGUEZ, A. B., “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n° 36, 2020, p. 699.

¹¹ DE MIGUEL BERIAIN, I. y PÉREZ ESTRADA M. J., “La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados”, *Revista de Derecho UNED*, 25, 2019, p. 536.

¹² No obstante, pese a la ausencia de consenso sobre la conceptualización, dada la problemática señalada, lo cierto es que sí parece haber acuerdo en torno a la necesidad de armonización en la materia. Como indica ALZINA LOZA-

Entre otros ámbitos, el vinculado con la sociedad de comunicación es el que más cercano resulta a la mayoría de las personas. Así, se hace uso diariamente de diversas plataformas y redes sociales —como pueden ser Instagram, TikTok, Facebook o Twitter— a través de las cuales los sistemas obtienen significativos datos de los usuarios, los cuales son utilizados y transformarlos para diversos usos, entre otros, los meramente comerciales.¹⁴ Asimismo, la IA no escapa al ámbito de las relaciones *amorosas*, por lo que los algoritmos se encuentran presentes también en las aplicaciones de emparejamiento —como Tinder, Grindr o Badoo, como ejemplos—,

los que se encuentra MIRÓ LLINARES, han destacado cuestiones problemáticas vinculadas con la exigencia de responsabilidad penal ante objetos automatizados gracias al uso de IA o problemas en el mantenimiento de garantías procesales. Asimismo, se observan vulneraciones en derechos fundamentales, vinculados esencialmente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros. MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 20, 2018, pp. 87-130.

¹⁴ De esta forma, a través de los usos que damos a esas redes —qué nos gusta, a quién seguimos o qué buscamos— esos datos son transformados y utilizados para que al usuario le llegue, casi “por casualidad” publicidad específica de aquellos productos que, según el algoritmo, más le pueden interesar. Es decir, una estrategia publicitaria perfecta. Así lo indica, BARONA VILAR, S., “Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 28, 2019, p. 28.

naturalizando la atribución de decisiones tan relevantes como aquellas vinculadas con las relaciones íntimas a la voluntad de un algoritmo determinado, sobre el cual el funcionamiento y la automatización del proceso son ciertamente opacos.¹⁵ Sin embargo, pese al desconocimiento en sí de muchos de esos procesos internos, así como de los desafíos planteados, el uso de IA no se limita únicamente al ámbito de las relaciones personales, sino que acompaña nuestra vida en contextos tan diversos —y relevantes— como los judiciales, los económicos o del campo de la salud. Si bien esto es una realidad cada día más presente en el panorama español, el uso de estas herramientas es más dilatado si acudimos a otros países, destacando especialmente China y Estados Unidos de América.

En estos lugares, la proliferación de herramientas de IA y su uso ha permeado multitud de ámbitos, donde los cuestionamientos tanto éticos como desde un punto de vista de garantías procesales y de respeto a derechos fundamentales han sido notables. Entre otros sistemas, se utiliza un predictor de riesgo de reincidencia (COMPAS) a partir de datos de sentencias ejecutadas, donde los sesgos iniciales están presentes y condicionan la fiabilidad de las predicciones futuras, tal y como advierte HERNÁNDEZ GIMÉNEZ.¹⁶

Asimismo, las herramientas sobre predicción se multiplican en otros ámbitos, como

¹⁵ Sobre esta cuestión, PAVONI PERROTTA, F., “La fórmula para el encuentro: los algoritmos en las love apps. Tecnologías de la elección en el mercado del deseo”, *Avatares de la Comunicación y la Cultura*, n° 15, 2018. Disponible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/avatares/article/view/4893>

¹⁶ HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. *op. cit.*, p. 825.

el de la previsión de atentados terroristas en el medio aéreo (a través de la herramienta FAST) o con el uso de Cloudwalk para predicción delictiva, valorando la predisposición al delito de la ciudadanía, a través del uso del reconocimiento facial y del análisis de la conducta. De la misma manera, ya una vez ejecutadas las penas, se han desarrollado sistemas de prevención de comportamientos violentos en el ámbito penitenciario a través de técnicas de IA, con el uso de aplicaciones como Static 99 o HCR-20.¹⁷

Si bien estas herramientas no se han acogido en España con la misma fuerza que experimentan en otros países, lo cierto es que la IA sí encuentra cabida en ámbitos esenciales de nuestra vida, aspecto este que muchas veces desatendemos. No nos referimos aquí al ámbito de las relaciones personales, anteriormente apuntado, sino a su presencia en sectores económicos, donde el uso de algoritmos se plantea para la decisión de aceptar o no un determinado producto financiero, con base en el nivel de riesgo y/o idoneidad resultante, o donde la Agencia Tributaria utiliza la IA para evitar el fraude fiscal, entre muchos ejemplos.

En esta línea se encuentra asimismo el ámbito judicial y penitenciario, donde las posibilidades del uso de ChatGPT, entre otras herramientas, ya han sido puestas de manifiesto como auxilio judicial y jurídico, no sin dejar de lado cuestionamientos éticos que ponen en duda su uso;¹⁸ así como el uso de

RisCanvi, herramienta especialmente creada para hacer predicciones de reincidencia y ser usada en los centros penitenciarios de Cataluña.¹⁹ Estos solo son algunos ejemplos de cómo la IA, a veces sin saberlo, se encuentra detrás de decisiones significativas en el día a día de las personas, situación que parece que será todavía más relevante en un futuro no muy lejano, conforme la aplicación de la IA parece tomar mayor impulso en la actualidad.

Con ello, de esta aproximación inicial sobre la IA quizás lo más certero que se pueda extraer es que se cuenta con mayor porcentaje de desconocimiento que de certidumbre frente a un ámbito donde ni siquiera el propio concepto está claro. Sin embargo, esto no es obstáculo para que su uso se vea aplicado en la actualidad a través del establecimiento de sistemas de tratamiento de datos que permitan mayor destreza que la humana en su gestión y en el cálculo asociado,²⁰ con la posibilidad de aprender y llegar a actuar por sí mismas,²¹ constituyéndose como herra-

a los que se enfrenta el sistema de justicia” como apunta MIRÓ LLINARES, F., *op. cit.*, p. 129.

17 Para mayor información, ROMEO CASABONA, C. M., “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 13, 2018, p. 44.

18 Siendo “uno de los debates más complejos

19 Sobre esta cuestión, GENERALIDAD DE CATALUÑA. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, SECRETARÍA DE MEDIDAS PENALES, REINSERCIÓN Y ATENCIÓN A LA VÍCTIMA, *Manual de aplicación del protocolo de valoración RisCanvi*, 2019. Disponible en: https://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/reinsercio_i_serveis_peni/manual-aplicacio-protocol-avaluacio-riscanvi.pdf

20 MIRÓ LLINARES, F., “El sistema penal ante la inteligencia...”, *op. cit.*, pp. 136.

21 MACCHIAVELLI, N., “Perspectiva de género en las nuevas tecnologías. El problema de los sesgos”, *Diario Suplemento Derecho y Tecnología*, 84, 2021, pp. 1-26.

mientas de respuesta a multitud de problemas²² a través de la ayuda y/o sustitución en la toma de decisiones de múltiples profesionales de diferentes contextos,²³ entre los que se encuentra la prevención y tratamiento de la violencia de género.

2. La violencia de género como fenómeno criminológico

Podría considerarse que, dada la aparente concienciación actual en torno al fenómeno de la violencia de género, su conceptualización fuera sencilla y suficientemente consensuada. Sin embargo, quizás por la relativa reciente identificación, así como por el creciente impulso de un negacionismo que llega hasta la esfera política,²⁴ la situación actual

se aleja de encontrarse ante una terminología clara, uniformemente aceptada.²⁵

Si bien la identificación del fenómeno es ciertamente reciente, la violencia de género se aleja de ser un fenómeno nuevo, estando presente a lo largo de toda la historia. No obstante, la juventud del concepto se justifica porque ha sido en fechas cercanas cuando se ha pasado de su entendimiento como *problema personal* a un *problema social*,²⁶ sobre el cual la comunidad internacional y los Estados se han empezado a ocupar.

Así, tras un periodo de tránsito entre el androcentrismo tradicional y la preocupación internacional por la situación de las mujeres, que se ha traducido en el establecimiento de numerosos textos internacionales que abordan sus derechos, las situaciones discriminatorias sufridas y, en concreto, la violencia padecida, nos encontramos en la actualidad con el término *violencia de género*, que, pese a su complejidad y cuestionamiento, representa mejor el tipo de violencia al que nos referimos.

Y es que el reparar en una violencia *de género* ha presentado diversas confusiones. Sin embargo, se debe partir de que este concepto supone la aceptación de la existencia de una construcción socialmente asignada a

22 MENDOZA, D., “Racismo y roles de género, conductas perpetuadas en algoritmos de inteligencia artificial”, *Coloquio-reflexiones desde la academia*, nº 65, 2020, pp.132-135.

23 LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J. L. Y ANDRÉS-PUEYO, A., “Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género”, *Psychosocial Intervention*, nº 25, 2016, pp. 1-7.

24 Sobre esta cuestión, DURÁN, CAMPOS-ROMERO Y MARTÍNEZ-PECINO advierten de que “Las creencias distorsionadas sobre este tipo de violencia constituyen obstáculos para su comprensión y suponen un factor de riesgo para su tolerancia y mantenimiento”. DURÁN, M., CAMPOS-ROMERO, I. Y MARTÍNEZ-PECINO, R., “Obstáculos en la comprensión de la violencia de género: Influencia del sexismo y la formación en género”, *Acción Psicológica*, nº 2, 2014, p. 97.

25 Además, en el proceso de identificación y definición se han encontrado diferentes expresiones, como violencia contra la mujer, violencia machista, violencia patriarcal o incluso terrorismo de género, que han ido sufriendo nuevos significados, lo que se ha traducido, a su vez, en una mayor complejidad en torno a la conceptualización.

26 DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015.

hombres y mujeres, donde se atribuyen cualidades diferentes, lo que se traduce en roles diferenciados y posiciones desiguales en la sociedad. De esta forma, como señala COBO, “la noción de género surge a partir de la idea de que lo *femenino* y lo *masculino* no son hechos naturales o biológicos, sino construcciones culturales”²⁷ permitiendo cuestionar la “jerarquización sexual en sistemas sociales y políticos patriarcales”.²⁸

Con ello se posibilita una adecuada comprensión de esta violencia como violencia estructural, basada en una discriminación hacia las mujeres históricamente asentada de sometimiento y sumisión, cimentada en un sistema de dominación dada esa posición dispareja entre los sexos.²⁹ Además, la particularidad de este fenómeno no se plantea únicamente atendiendo a su origen, sino también advirtiendo las consecuencias que produce —con una victimización específica, diferente de otras violencias— o las dificulta-

des para su persecución, dado el arraigo cultural y estructural en el que se desenvuelve.

Como se apuntaba anteriormente, tradicionalmente, ni la comunidad internacional ni el ámbito interno de los Estados atendían a esta violencia, que ni siquiera era reconocida como tal. Sin embargo, en las últimas décadas se han producido significativos avances en la materia que, entre otras cuestiones, han ayudado al asentamiento del propio concepto.

En este ámbito, a escala internacional, destaca especialmente el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (conocido habitualmente como Convenio de Estambul) por su abordaje multidisciplinar del fenómeno y la obligatoriedad de su cumplimiento para los Estados parte. No obstante, en este punto lo que más nos interesa es que este texto, en su artículo 3 aporta una serie de definiciones que han permeado y que han ayudado a afianzar el concepto y el contenido de esta violencia. Así, destacamos cuando alude a:

“violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Con ello, conforma una construcción de la violencia y cumplimenta la definición aportada en el mismo artículo,³⁰ donde señala:

²⁷ COBO BEDÍA, R., “Género”, en AMORÓS PUENTE, C. (Dir.), *10 palabras clave sobre mujer* (pp. 55-84), Verbo Divino, Navarra, 1995, p. 62.

²⁸ *Ibidem*, p. 68.

²⁹ Se hace referencia aquí al patriarcado como sistema de dominación que se configura con una suerte de relaciones desiguales entre hombres y mujeres y que impregna las instituciones —públicas y privadas—, ejerciendo una histórica opresión a la mujer como individuo, pero especialmente como colectivo “apropiándose de su fuerza productiva y reproductiva, de sus cuerpos y sus productos, ya sea con medios pacíficos o mediante el uso de la violencia”. FONTELA, M., “¿Qué es el patriarcado?” *Mujeres en Red*, marzo de 2008, disponible en: <http://mujeresenred.net/spip.php?article1396> [12-05-2023]

³⁰ Artículo 3, CONSEJO DE EUROPA, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Con ello, presenta una serie de manifestaciones violentas en las que este fenómeno puede desarrollarse, pero conceptualizando que el mismo es *singular*, entre otras cuestiones, por la magnitud de víctimas mujeres que produce, así como por ser el género — como roles y estereotipos asociados a la mujer— lo que *promueve* esa violencia.

Asimismo, atendiendo a un ámbito interno, en España se cuenta con una “ley integral” en el ámbito de la violencia de género, donde se aporta una definición de esta.³¹ Así,

³¹ Artículo 1, Objeto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Boletín Oficial del Estado*, 29/12/2004.

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.
2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos

la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supuso un punto de inflexión en el tratamiento de esta violencia en España, pasando de un modelo de política criminal *neutral* —abordando únicamente el ámbito de la violencia doméstica— hacia una política con perspectiva de género, advirtiendo que nos encontrábamos ante una violencia única, con características específicas que requieren una prevención y un tratamiento diferenciados.

Sin embargo, pese al loable esfuerzo de esta ley, lo cierto es que su conceptualización no resulta completamente adecuada. Si bien parte de atender las relaciones desiguales de poder, históricamente asentadas, lo cierto es que posteriormente limita el fenómeno al ámbito de la pareja (o expareja), dejando de lado, por tanto, el resto de las víctimas de violencia de género que se produce fuera de este contexto.

Con ello, pese a la ratificación del Convenio de Estambul, lo cierto es que erra el legislador en esta cuestión al no actualizar, como se viene demandando desde hace años, el objeto de una ley teóricamente integral,

menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.
4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.

a una violencia que se expande más allá del contexto afectivo de pareja.³²

Con todo, se puede enfatizar cómo la situación estructural de desigualdad se traduce en un factor criminógeno que promueve la violencia contra las mujeres. Las dinámicas de poder desarrolladas suponen estrategias para el mantenimiento de situaciones donde las mujeres sufren un proceso de cosificación, disminuyendo sus elementales cualidades como personas, viendo reducido su estatus y favoreciendo, en ocasiones, que esto se produzca a través de actos de violencia.

Por tanto, desde un punto de vista criminológico resulta esencial comprender el contexto del delito, con el objetivo de atender a todos los elementos del fenómeno: víctima, agresor y agresión producida, de tal forma

que se enfoque la violencia de género fomentando una estrategia preventiva que vaya más allá de estrategias punitivistas a través de la amenaza de la pena, sino favoreciendo una transformación de la sociedad, partiendo de que es esta la que ha tolerado —y, en ocasiones, favorecido— la violencia.

De esta forma, si queremos atender al fenómeno de la violencia de género desde la perspectiva criminológica —advirtiendo elementos criminógenos y factores de victimización—, abordando una estrategia más completa que las planteadas por otras disciplinas, es necesario partir de la idea de que aquellos delitos entendidos como “de violencia de género” no se corresponden en todo caso con el fenómeno de la violencia de género, siendo este más amplio.

Así, identificar la violencia de género no supone, necesariamente, la necesidad de tipificación expresa de delitos vinculados con el fenómeno, sino valorar adecuadamente el contexto en el que se produce y los elementos que lo condicionan para reconocer, cuando así ocurra, que estamos ante un hecho que presenta un mayor injusto al producirse con base en una estructura —patriarcal— que lo propicia, pudiendo elaborar herramientas preventivas y de protección más adecuadas, como las que se plantearán más adelante.

En este punto, realizada una aproximación hacia el entendimiento de la violencia de género como fenómeno amplio y vinculándolo con lo trabajado en este texto, se debe destacar que aparecen en la actualidad diversas herramientas de IA, especialmente como instrumentos en pro de una mayor prevención e identificación de esta violencia, así como recursos que promuevan una protección más adecuada, que a su vez plantean ciertos debates en torno a su idoneidad, cuestiones que se estudiarán con mayor detalle en los siguientes apartados.

³² No obstante, conviene aclarar que, pese a que el objeto de la ley no encaje con la conceptualización amplia del fenómeno, tal y como se expresa en los textos internacionales, el legislador no desatiende otras manifestaciones de violencia de género, como pudieran ser la mutilación genital femenina, la violencia sexual fuera de la pareja o la trata con fines de explotación sexual; contando con regulación penal en la materia y aspectos de política criminal que van más allá del punitivismo. Sin embargo, se cuestiona que el hecho de regular las diversas manifestaciones de forma diferenciada, sin acoger bajo el concepto de violencia de género a otro tipo de víctimas de esta violencia, supone el mantenimiento de una diferenciación de víctimas que dificulta un tratamiento integral y bloquea un adecuado entendimiento de esta violencia como un todo —con distintos actos de violencia— pero con un sustrato común y unas particularidades únicas compartidas.

3. Aplicación de IA en materia de violencia de género: actualidad y futuro cercano

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, el fenómeno de la violencia de género presenta unas características particulares que deben ser tenidas en cuenta ante cualquier aproximación preventiva y tratamental. Pese a la magnitud de esta violencia y la historia que la acompaña, lo cierto es que no se pueden establecer patrones de víctimas y/o agresores que puedan ser aplicados a todos los casos, encontrándonos ante situaciones concretas donde, si bien existe un factor criminógeno común, la heterogeneidad que presenta la variabilidad de las víctimas —y sus circunstancias diversas—, así como la presente en los agresores y en el propio contexto en el que se desarrolla la agresión, imposibilita abordar este fenómeno poliédrico desde una perspectiva única.

No obstante, el desarrollo tecnológico también se ha visto aplicado en este ámbito, de manera directa e indirecta, donde, entre otros ejemplos, podemos destacar el uso de sistemas de seguimiento con GPS para el cumplimiento de medidas y penas de alejamiento. Asimismo, el desarrollo de aplicaciones como AlertCops, si bien no definidas únicamente para las víctimas de violencia de género, suponen una herramienta interesante para poder hacer una llamada de auxilio y que las fuerzas y cuerpos de seguridad sean alertadas, conociendo nuestra identificación y geolocalización en cuanto pulsamos el botón de ayuda.

De manera más innovadora, también se puede advertir cómo la realidad virtual se presenta como posible estrategia en el tratamiento de los agresores, a través de proyectos que aplican la realidad virtual inmersiva para establecer una suerte de diálogo agresor-

víctima y fomentar la empatía con su situación, favoreciendo estrategias preventivas —de cara a evitar la reincidencia— a través del propio tratamiento con el agresor.³³ En definitiva, el uso del avance tecnológico se encuentra presente en el día a día de este fenómeno, sea como un uso preventivo, sea —en el menor de los casos— como estrategias para el tratamiento de los agresores.

En esta línea, la expansión de la IA en la actualidad ha propiciado que esta se vea inmersa también en el fenómeno de la violencia de género, a través del desarrollo de diversas herramientas.³⁴ En primer lugar, cabe destacar el sistema de seguimiento integral para los casos de violencia de género (conocido como VioGén),³⁵ siendo una aplicación

33 Para más información, se recomienda acudir a BARNES MÉNDEZ, N., SÁNCHEZ VIVES, M. V. y SLATER, M., “Realidad virtual inmersiva. Diseño de nuevos entornos virtuales para trabajar la empatía con hombres condenados por delitos de violencia, 2022”. Disponible en: <https://repositori.justicia.gencat.cat/handle/20.500.14226/417>

34 Si bien en este texto se abordarán aquellas que afectan de manera más directa al contexto de la violencia de género, conviene tener en cuenta que el desarrollo de herramientas de IA en otros supuestos también puede afectar tanto a las víctimas como a los agresores. Entre otros, el recurso a la IA en cuanto a evaluación de reiteración delictiva, establecimiento de permisos penitenciarios, entre otros (no desarrollados en el ámbito estatal, pero con cierta proyección a futuro), también condicionan al ámbito de estudio de esta investigación.

35 En el marco del sistema se encuentra tanto el VPR (valoración policial del riesgo) como el VPER (valoración policial de la evaluación del

basada en inteligencia artificial, con amplio recorrido en España, pues su funcionamiento tiene origen en 2007. Con este sistema se aglutinan diversas instituciones públicas — instituciones penitenciarias, administración de justicia o fuerzas y cuerpos de seguridad, entre otras— de tal forma que generan un mecanismo de seguimiento y protección de las víctimas de violencia de género.

En esencia, esta aplicación se sirve de un algoritmo —revisado en diversos momentos desde su inicio— que determina una valoración de riesgo (y su evolución en el tiempo) a través de la información que introducen los agentes al cumplimentar una serie de ítems sobre el fenómeno violento y el contexto en el que se desenvuelven tanto víctima como agresor (identificando factores de riesgo, vulnerabilidades especiales, etc.). De esta forma, lo cumplimentado por los agentes —a través de la declaración de la víctima— se traduce, tras la labor del algoritmo, en una valoración de riesgo “no apreciado”, “bajo”, “medio”, “alto” o “extremo” que, a su vez, supone el establecimiento de diversas medidas de protección, en función del grado de riesgo, partiendo de una simple información sobre servicios de ayuda y derechos de las víctimas hasta una vigilancia continuada en los casos de riesgo extremo.

Como se apuntaba, el origen de esta aplicación data de 2007 y, desde entonces, se han producido diversos ajustes para mejorar el algoritmo y evitar consecuencias negativas

de un diseño erróneo y/o incompleto del sistema. No obstante, pese a esto, se siguen produciendo situaciones que alertan de fallos en el mecanismo o, al menos, del mantenimiento de consecuencias indeseables.

Sobre esta cuestión, se señala que un 45% de los casos que son denunciados, se traducen en un riesgo “no apreciado”, lo cual parece suponer un porcentaje sumamente elevado, más cuando la realidad muestra que diversos casos que finalizaron con la muerte de la víctima habían sido previamente evaluados como riesgo “no apreciado” o con valoraciones bajas de riesgo.

Con ello, se requiere de una reflexión en torno a la problemática advertida, pues no parece sensato aceptar que supuestos que finalmente han terminado en el homicidio de la víctima fueran conocidos por parte de las instituciones y estas valoraran los hechos como de bajo riesgo (o no apreciado).

Al respecto, teniendo en cuenta que el algoritmo se nutre de los datos introducidos, quizás uno de los problemas radique en que estos no sean completos o no se incluyan de forma adecuada. En este sentido, generalmente los datos conocidos son únicamente aquellos que transmite la víctima que, además, suele acudir a denunciar en momentos posteriores a una agresión, por lo que el estado de shock en el que es posible que se encuentre puede dificultar el desarrollo de un discurso apto para cumplimentar los ítems por parte de los agentes, más cuando estos

riesgo). Gracias al VPR se realiza una valoración inicial de la situación de la víctima, cuya evolución se valora a través del VPER, advirtiendo si se han producido modificaciones en su situación que determinen la alteración de las medidas de protección.

suelen requerir respuestas binarias que deben interpretarse a raíz de las expresiones de la víctima.^{36,37}

Por otra parte, se alude a que, en términos generales, el agente responsable, pese a poder modificar el riesgo apreciado para una valoración de riesgo superior, no establece modificación alguna, conformándose con el resultado que da el sistema. De esta forma, en lugar de encontrarnos ante una aplicación de ayuda en la valoración —que debiera complementarse con la percepción del agente con base en su formación y experiencia—, nos situamos ante una “artificialidad” del instrumento,³⁸ es decir, ante un automatismo pleno del profesional debido a una “falsa expectativa sobre la fiabilidad de la predicción”.

36 Asimismo, también se señala que el sistema adapta la valoración del riesgo apreciada al nivel de recursos disponibles por lo que, en definitiva, se condiciona la protección de la víctima a una valoración que tiene en cuenta, en ocasiones, más que el riesgo real, las posibilidades de actuación con base en las herramientas de las que dispone en ese momento.

37 De estas reflexiones se deriva la necesidad de fomentar la formación del personal policial, para que puedan realizar esta tarea de la forma más adecuada posible. Asimismo, contar con personal de asistencia inmediata a la víctima —no únicamente por parte de la abogacía— permitiría a esta desarrollar mejor el discurso y aportar información más completa y válida para los agentes, a la par que reduciría la victimización secundaria.

38 ESTÉVEZ MENDOZA, L. M., “Inteligencia artificial y violencia contra las mujeres: ¿funcionan los sistemas automatizados de evaluación del riesgo?”, *Perspectivas, Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 3, 2020, p. 136.

Adicionalmente, se debe recordar que el algoritmo utilizado parte de una serie de datos previos con los que opera para establecer la posterior evaluación. En este sentido, si bien es cierto que el sistema opera con una cantidad ingente de datos, lo cierto es que estos no responden a todas las situaciones y contextos que puedan desarrollarse. De esta forma, la crisis sanitaria sirve como ejemplo perfecto para entender que, ante esto, el sistema no contaba con datos previos que reflejaran una situación similar que, de forma evidente, condiciona un fenómeno como el estudiado. De esta forma el sistema no ha podido valorar adecuadamente los supuestos de violencia de género atendiendo a los riesgos y consecuencias vinculadas de la crisis sanitaria que se ha vivido, a través de confinamientos totales, crisis económicas y muertes desmesuradas por un virus desconocido hasta hace relativamente poco tiempo.

Por ello, se valora muy positivamente el establecimiento de herramientas que ayuden a tomar decisiones, a valorar situaciones de riesgo y a coadyuvar en este ámbito. Sin embargo, se debe evitar que estos sistemas sustituyan decisiones humanas y que, por tanto, desvirtúen el loable objetivo de auxilio tecnológico por una sustitución completa del profesional.

Como se indicaba inicialmente, son diversas las herramientas de IA que se están desarrollando en este ámbito. Si bien el sistema VioGén es aquel con mayor recorrido, no deben desatenderse otras interesantes propuestas en la materia.

Así, nos encontramos con el desarrollo de sistemas de detección precoz a través de patrones de voz, desarrollados a manos del Instituto Andaluz de la Mujer, por medio de los cuales pretenden establecer una suerte de vínculos entre aspectos comunicacionales

y posible victimización de esta violencia.³⁹ De esta forma, a través de llamadas a los servicios sanitarios y de los discursos establecidos por parte de las mujeres en estas comunicaciones, se pretende valorar su posible encaje en un patrón de víctimas de violencia de género, infiriendo que las patologías por las que están llamando, enmascaran un origen de violencia con base en diferentes pautas comunicacionales.⁴⁰

Sobre esta cuestión, si bien se aplaude cualquier intento de mejora en este ámbito y el recurso a la tecnología como auxilio, nuevamente habría que tomar con cautela el desarrollo de estos sistemas. Entre otras cuestiones, se destaca la ausencia real de un “patrón” de víctima, por lo cual este sistema debería ser un auxilio en la toma de decisio-

nes de un profesional que, a su vez, no niegue la posible victimización de una persona por no *encajar* en el patrón de voz desarrollado.

La experiencia ya nos dice que las víctimas no son definidas bajo un patrón homogéneo y la “inadaptación” de ciertas mujeres a lo que se “espera” de una víctima de violencia ya ha llevado a cuestionar ciertos testimonios por no acomodarse a esta imagen de victimización. Por ello, dada la heterogeneidad de las víctimas, conviene actuar con prudencia, siempre con el objetivo de ayuda y no de sustitución, para evitar que, contrariamente a lo perseguido, en lugar de asistir a las víctimas, se las excluyan institucionalmente al no reconocerlas como tales.⁴¹

En vinculación con estos sistemas de detección y prevención en el ámbito de la violencia de género, a través del uso de sistemas de IA, nos encontramos asimismo con el Proyecto Empatía, a través del cual se ha desarrollado Bindi, concretándose en la creación de un algoritmo que “permita determinar de manera automática indicadores de alerta ante situaciones de riesgo del colectivo”,⁴² gracias a la monitorización de estados emocionales de víctimas de violencia de género

39 CONSTANZA GAMBOA, N., “La inteligencia artificial como herramienta al servicio de la erradicación de la violencia de género”, *Observatorio Violencia*, (21 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://observatorioviolencia.org/la-inteligencia-artificial-como-herramienta-al-servicio-de-la-erradicacion-de-la-violencia-de-genero/>[última consulta 19/05/2023]

40 En un sentido similar, si bien fuera de nuestras fronteras encontramos otros avances en la materia acudiendo igualmente a sistemas de análisis de voz, a través de los cuales se identifican expresiones y palabras clave que permitan prever un contexto de violencia de género. Sobre esta cuestión: NACIONES UNIDAS MÉXICO, “Inteligencia Artificial para prevenir la violencia contra las mujeres en el Estado de México”, 31 de enero de 2023. Disponible en: <https://mexico.un.org/es/217259-inteligencia-artificial-para-prevenir-la-violencia-contra-las-mujeres-en-el-estado-de-m%C3%A9xico>

41 Tal y como advierte ESTÉVEZ MENDOZA, un empleo automático de este tipo de recursos de IA puede “desembocar en artificialidad”, lo cual transforma cualquier avance en un arma de doble filo. ESTÉVEZ MENDOZA, L. M., *op. cit.*, p. 136.

42 SAN SEGUNDO, R. y LÓPEZ ONGIL, C., “EMPATÍA-CM: protección integral de las víctimas de violencia de género Mediante computación Afectiva multimodal”, *Sociología y Tecnología*, n° 12, 2022, p. 18. Disponible en: <https://revistas.uva.es/index.php/sociotecno/article/view/6190/4543>

que posibilite identificar emociones presentes, favoreciendo la creación de patrones de comportamiento de víctimas y agresores.

En este caso, en lugar de establecer un patrón de identificación a través de la voz y los estilos comunicativos, se monitorizan emociones, con la posibilidad de identificar situaciones de riesgo que sean comunicadas a terceros y establecer diversas medidas de seguridad (como el aviso a emergencias si se identifica una situación de peligro).⁴³

Nuevamente, encontramos en la IA una interesante propuesta en pro del desarrollo de mecanismos preventivos de la violencia, que no deben desmerecerse, pues toda apuesta por desarrollar sistemas que permitan una actuación temprana debe ser atendida. No obstante, al igual que se ha expuesto anteriormente, conviene actuar con moderación, por cuanto las emociones desarrolladas por las víctimas pueden ser muy numerosas no solo por las diferencias propias entre cada víctima, sino por la disparidad de emociones que puede desarrollar una misma persona, atendiendo al momento y al contexto en el que se encuentre.⁴⁴

Asimismo, en la actualidad, se está trabajando en el marco del proyecto IMPROVE, en el desarrollo de una suerte de robot conversacional que permita, gracias a la IA, establecer comunicación con posibles víctimas de violencia de género, a las cuales informe sobre sus derechos, evalúe sus riesgos y recomiende medidas y recursos disponibles. Al respecto, los medios señalan que el objetivo

es que, en un futuro, “pueda funcionar como aplicación que se pueda descargar en los dispositivos y que responda a las dudas de la misma manera que haría un agente”,⁴⁵ algo que resulta ciertamente cuestionable.

En la línea de lo expresado hasta el momento, debe ser celebrado que los avances tecnológicos y el desarrollo, en concreto, de sistemas de IA, se vean empleados en objetivos tan meritorios como los que pretenden una mayor prevención en el marco de esta violencia. Sin embargo, tal y como se apuntaba, esto no puede sustituir a las personas, más en un ámbito como el de la violencia de género, donde se reitera la necesidad de acompañamiento de las víctimas o de mayor formación de los profesionales como aspectos esenciales y de necesaria observancia. Por ello, parece que, si bien las posibilidades de un robot conversacional como el que se señala pueden ser numerosas, en ningún caso deberían ser desarrolladas con el objetivo de sustituir a los profesionales.

Para finalizar en la exposición sobre recursos de IA empleados en el ámbito de la violencia de género, se aludirá a RAIST (*Red Flag Artificial Intelligence for Sexual Trafficking*). Esta herramienta se ha desarrollado a manos de Diaconia, una plataforma de acción social⁴⁶ que tiene entre sus diversos pro-

⁴³ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁴ Desde el propio proyecto se atiende a estas cuestiones, señalando limitaciones no resueltas destacando, entre otras, la “variabilidad intrínseca y extrínseca”. *Ibidem*, p. 19.

⁴⁵ Como expone SANJUAN PONS, H., “Un robot conversacional con inteligencia artificial ayudará a las víctimas de violencia machista”, *La Vanguardia*, 4 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/valencia/20220904/8502033/robot-conversacional-inteligencia-artificial-ictimas-violencia-machista-valencia.html> [última consulta 18 de mayo de 2023]

⁴⁶ Para mayor información sobre esta entidad,

yectos uno encaminado a la lucha contra la trata de personas, especialmente vinculado con aquella con fines de explotación sexual. En este ámbito, se ha descubierto cómo, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se han modificado estrategias de captación de las víctimas, favoreciendo el acceso a mujeres muy jóvenes, incluso niñas, gracias a la expansión de las redes sociales y de las aplicaciones de mensajería instantánea.

En este marco, se ha propuesto el desarrollo de un modelo algorítmico a través del sistema IA que permita la detección temprana de riesgo de captación, cuya aplicación inicial radica en Telegram, pero con la posibilidad de ampliarla a otras aplicaciones. Si bien estaríamos hablando de un sistema *piloto*, con necesidad de desarrollo y ampliación, lo cierto es que, pese a sus limitaciones, presenta aspectos muy positivos.

Por un lado, dado que indican que “el usuario siempre tiene la opción de contactar directamente con un humano en caso de que sea necesario”,⁴⁷ se parte del entendimiento de la herramienta como una base para una posible identificación de riesgo, pero con la posibilidad de acudir a profesionales en caso de necesidad. Por ello, se evita el desplazamiento

humano por la tecnología, aspecto sobre el cual se ha advertido anteriormente como de especial preocupación a la luz de las experiencias previas.

Por otro lado, nos encontramos ante un ejemplo en el cual se plantea el recurso de IA ante un fenómeno de violencia de género desde una perspectiva amplia, es decir, evitando la limitación conceptual del marco afectivo/ de pareja, sobre el cual se ha profundizado en el apartado anterior. De esta manera, frente a las herramientas mencionadas con anterioridad, que venían referidas especialmente a la violencia de género en la pareja,⁴⁸ nos encontramos ante otras que favorecen la investigación y el desarrollo ante manifestaciones de violencia de género que escapan del ámbito de la pareja.

Como se ha podido apreciar en líneas precedentes, la IA es una realidad presente en nuestro día a día, que también encuentra cabida en el ámbito de la violencia de género, a través del desarrollo de herramientas que posibiliten, esencialmente, una prevención precoz y más adecuada. Se han señalado algunos de los sistemas que se han considerado de mayor interés, tanto por su grado de implementación —como en el caso de VIOGEN— como por la singularidad de sus posibilidades, a través de robots conversacionales, identificación de patrones de voz, detección de riesgos de captación e incluso monitorización de emociones. Al respecto, pese a las ventajas que presentan, nos encontramos también ante cuestiones no tan optimistas frente a su uso, como puede ser el for-

así como sobre sus diversos proyectos: <https://diaconia.es/>

47 DIACONÍA, “Implicación e impacto de la tecnología en la trata con fines de explotación sexual. Propuesta de desarrollo algorítmico basado en inteligencia artificial para la detección y lucha contra la trata en Telegram”, p. 51. Disponible en <https://diaconia.es/desactiva/trata/wp-content/uploads/Informe-V-Seminario-RLC-Trata-Web.pdf> [última consulta 15 de mayo de 2023]

48 Particularmente en el caso de VioGén, al ser creado en cumplimiento con la LO 1/2004, se limita al objeto de la ley, siguiendo un concepto de violencia de género restringido.

talecimiento de desigualdades, a través del mantenimiento de roles y estereotipos tradicionales, así como la continuación —cuando no incremento— de la violencia simbólica.

Sobre estas cuestiones se profundizará en las siguientes líneas.

4. Daños colaterales ante una suerte de inteligencia neutral: violencia simbólica y fortalecimiento de desigualdades

De lo expuesto con anterioridad se puede deducir que el recurso de la IA, lejos de ser una utopía, se ha convertido en una realidad presente en prácticamente todos los ámbitos de la vida, incluidos aquellos vinculados con los fenómenos criminológicos, como es la violencia de género.

Al respecto, se debe atender a las múltiples ventajas que presentan estos avances, permitiendo realizar tareas en tiempo muy inferior al que le costaría a un ser humano, así como establecer combinaciones y operaciones matemáticas que permitan crear previsiones y/o predicciones que auxilien en la toma de decisiones de muy diversos campos.

No obstante, como se apuntaba anteriormente, el objetivo no debiera ser sustituir a las personas, sino valorar sus posibilidades como apoyo. En este sentido, lejos de conseguir dicha erradicación, la experiencia demuestra que, muy al contrario de lo esperado, el empleo de estas herramientas se traduce en la potenciación de sesgos, estigmatizando a ciertos colectivos y perpetuando prejuicios tradicionalmente asentados, reforzando discriminaciones culturalmente preconcebidas.⁴⁹

Así, aludiendo a algunos empleos señalados al inicio del texto, se ha advertido cómo las herramientas generadas con el objetivo de prevenir la delincuencia (sea a modo predelincuencial, sea para evitar reiteración delictiva) resultan más estrictas con determinadas personas.⁵⁰ En palabras de MIRÓ LLINARES, nos encontramos ante “demasiadas aristas como para una predicción objetiva y libre de sesgos”⁵¹ donde, además, se produce una “despersonalización en su análisis”.⁵² En efecto, el fenómeno criminal se ve impregnado por diversas influencias donde la personalidad del autor y de la víctima, el contexto en el que se produce, entre otros aspectos, son determinantes para valorar no solo la individualidad de la pena, sino lo que

propia UNESCO en su *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, donde ha señalado, en su “Considerando”, que “suscitán preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas”.

⁵⁰ Cuestión nada descabellada si tenemos en cuenta que estas herramientas se nutren de una cantidad ingente de datos introducidos en el sistema para establecer las operaciones indicadas. Si esos datos introducidos parten ya de ciertos sesgos, la herramienta, lejos de limitarlos, los promoverá bajo una supuesta neutralidad muy alejada de la realidad.

⁵¹ MIRÓ LLINARES, F., “El sistema penal ante la inteligencia...”, *op. cit.* p. 96.

⁵² ROMEO CASABONA, C. M., *op. cit.*, p. 40.

⁴⁹ Sobre esta cuestión se ha posicionado la

cabe esperar en el futuro sobre la posible re-incidencia.⁵³

Por otro lado, cada día se desarrollan más herramientas basadas en reconocimiento facial donde, asimismo, se han advertido imprecisiones. Si tenemos en cuenta la ausencia de diversidad en el proceso de desarrollo de estas tecnologías —en mayor medida impulsadas por varones caucásicos—, no resulta disparatado pensar que determinados grupos de personas —con rasgos muy diferentes a los generalmente identificados por el sistema— no sean reconocidos.

En este contexto, también se destaca la inexistencia, en este tipo de sistemas, de la visibilización —o, incluso, el mero reconocimiento— de personas transexuales, de género fluido, intergénero o, en definitiva, cualquier identidad que escape del binarismo tradicionalmente asentado.⁵⁴

En la línea de lo expuesto, las mujeres, como colectivo, también han visto ejemplos donde el empleo de herramientas de IA ha promovido marcados estereotipos de género que han favorecido situaciones discriminatorias. Entre otros ejemplos, se ha percibido cómo determinados sistemas de

contratación han rechazado, como norma, *curriculum vitae* (CV) de mujeres, al definirse su algoritmo con base en CV enviados en los años anteriores, siendo estos predominantemente de hombres.⁵⁵ Asimismo, en el ámbito del lenguaje, se ha observado cómo ciertos traductores desarrollados con IA, a la hora de traducir información desde lenguas sin género, a aquellas donde sí existía, lo realizaba de forma sexista.⁵⁶ Por otro lado, uno de los ámbitos en auge lo encontramos en el desarrollo de robots para la asistencia —o sustitución— de las personas en ciertos ámbitos, especialmente laborales. En este sentido, se alude a que los robots representan una visión femenina o masculina, en función de para qué son creados, lo que “guarda relación con los roles de género de la cultura y las sociedades patriarcales”.⁵⁷

En esta línea, preocupa especialmente que la aplicación de estos sistemas de IA ha llegado hasta la creación de “robots sexuales”, siendo estos una suerte de “muñeca hinchable hiperrealista con inteligencia arti-

53 Donde, además, influirá el posible tratamiento efectuado por parte del condenado, en su caso.

54 Sobre esta cuestión, se alude a que “el carácter categorizante y encasillante de la discriminación convierten los sistemas algorítmicos en una tecnología con alto riesgo discriminatorio por naturaleza”, tal y como previene el INSTITUTO DE LAS MUJERES, “Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la Inteligencia Artificial”, 2023, p. 12. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf

55 Para más información: DASTIN, J., “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *Reuters*, 11 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> [última consulta 12 de mayo de 2023]

56 Tal y como señala PARSHEERA, S., *op. cit.* Se traducía *doctor* por “doctor” y *nurse* por “enfermera”, favoreciendo el mantenimiento de roles tradicionales en el ámbito de las profesiones.

57 DELICADO-MORATALLA, L., “La robot sexual y la pornografía: la ilusión del poder masculino y la fantasía de cosificar a las mujeres”, *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, n° 6, 2021, p. 230.

ficial”.⁵⁸ Si bien desde las empresas creadoras pueden valorar como positiva su existencia, aludiendo a la posibilidad de compañía y satisfacción que promueven estos objetos, lo cierto es que los riesgos que esconden no deben ser pasados por alto.

Así, DELICADO-MORATALLA destaca que, a través de estos robots, lo que se está favoreciendo es la representación de dominación, manteniendo la cosificación de la mujer y facilitando representaciones de sometimiento e incluso de agresiones sexuales, en definitiva, dando nuevos espacios al mantenimiento de una cultura de violación. De esta forma, en el contexto actual, en el que son diversas las voces que apuestan por una revisión de la pornografía —y de la educación sexual adecuada que la sustituya—⁵⁹ al advertir cómo es un espacio de representación de violencia y de prácticas sexuales discriminatorias, cuando no delictivas,⁶⁰ nos encontramos, por

contrapartida, con la aplicación de IA en este ámbito, creando nuevos espacios de violencia o de promoción de esta.

Por todo lo señalado, se puede afirmar que los algoritmos están impregnados de valores en todas sus fases. Esto es, desde la propia identificación del problema para el que se recurre al uso de IA, hasta la selección de los datos a introducir, la forma de introducirlos, su supervisión y evaluación, entre otros elementos.

Por ello, se debe partir de crear equipos multidisciplinares desde las primeras fases, advirtiendo la presencia de personas de diversos colectivos, etnias, géneros, etcétera, evitando los errores señalados anteriormente y, por tanto, posibilitando una representación de toda la sociedad, minimizando cualquier discriminación. Asimismo, la monitorización periódica debería ser fundamental, valorando el grado de adecuación del algoritmo y advirtiendo, a la mayor brevedad, cualquier atisbo de desigualdad promovido por el sistema. Como se ha percibido, la IA también es discriminatoria y actúa, por tanto, fortaleciendo desigualdades tradicionalmente asentadas que, lejos de reducirlas, reafirma de forma especialmente perjudicial, esto es, a través de una supuesta neutralidad muy alejada de la realidad.⁶¹

⁵⁸ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁹ Entre otras, LAMEIRAS, M., CARRERA, M.V. y RODRÍGUEZ, Y., “Caso abierto: la educación sexual en España una asignatura pendiente”, en GAVIDIA, V. (Coord.), *Los ocho ámbitos de la Educación para la salud en la escuela*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 197-210. Quienes denuncian cómo la educación sexual sigue siguiendo una asignatura pendiente, lo cual supone que los jóvenes carezcan de una educación adecuada que, por tanto, paliar con el recurso a internet y a la pornografía como fuente educativa.

⁶⁰ Siendo numerosos los estudios que demuestran la existencia de multitud de actos violentos en la pornografía, lo cual no debe infravalorarse, especialmente cuando se ha demostrado “una relación positiva entre el consumo masculino de pornografía y poseer actitudes que apoyen la violencia contra las

mujeres”, tal y como advierte CRIADO PAJUELO, A., “La representación de la mujer en la pornografía desde una perspectiva de género: un análisis global”, *Journal of feminist, Gender and Women Studies*, nº 12, 2022, p. 60.

⁶¹ Sobre esta cuestión: SMITH, G. y RUSTAGI, I., “When Good Algorithms Go Sexist: Why and How to Advance AI Gender Equity”, *Stanford Social Innovation Review*, 31 de marzo de 2021. Disponible en: <https://ssir.org/articles/en->

En definitiva, el uso de herramientas de inteligencia artificial plantea una doble perspectiva. Por un lado, aquella que valora positivamente su uso, atendiendo a las grandes ventajas que plantea. Por otro, aquella que se ocupa de aquellos aspectos más perjudiciales, como posibles vulneraciones de garantías procesales y de derechos fundamentales, especialmente vinculados —por el objeto de este texto— con la igualdad de las personas y el derecho a una vida libre de violencia. Realmente, no nos encontramos ante dos caras de una misma moneda, sino ante dos realidades que deben ponderarse y calibrarse.

No resulta adecuado mantener una postura empecinada ante el avance tecnológico, pues la realidad es que la IA ha venido para quedarse y ofrece numerosas ventajas. Sin embargo, tampoco debe resignarse a la presencia de su uso sin atender a los perjuicios que presenta, especialmente ante una supuesta neutralidad algorítmica que, en realidad, promueve un reforzamiento de estereotipos tradicionales.

Entre ellos, se encuentran aquellos vinculados con el género —como roles y estereotipos asociados a la mujer—, lo cual no hace más que fomentar una sociedad anclada en una cultura patriarcal tradicionalmente asentada que, a su vez, se refuerza —quizás no de manera intencionada— a través de la IA y de los “sesgos algorítmicos”⁶² que la impregnan. Esto se traduce en una contra-

productiva lucha contra la violencia de género, por cuanto contribuye al origen de esta a través de la perpetuación de desigualdades y posiciones jerárquicas que sustentan la violencia simbólica, lo que, a su vez, constituye el sustrato indispensable para la continuidad de cualquier manifestación de violencia de género.

5. Conclusiones

Con arreglo a lo señalado en este texto, es posible concluir que nos encontramos ante un ámbito en permanente desarrollo, especialmente en la actualidad, con posibilidades que todavía son desconocidas en su totalidad, pese a su aplicación actual en muy diversos ámbitos de la vida.

Si bien el origen de la inteligencia artificial acontece desde hace varias décadas, no se puede negar que el protagonismo lo ha alcanzado en momentos recientes, dada la multiplicidad de sus usos y modalidades, como aquellos que se producen en el entorno social, económico, político e incluso en el ámbito jurídico, cuya aplicación acrecienta el debate ético en torno a su uso.

Y es este debate el que más oscurece el crecimiento en este ámbito, pues las adversidades planteadas con los primeros usos ponen sobre la mesa cuestiones complejas. Entre otras, la exigencia de responsabilidad ante decisiones tomadas a manos de IA o las posibles vulneraciones de derechos fundamentales y las garantías procesales, más teniendo en cuenta que la problemática proviene del uso de herramientas teóricamente neutrales y más eficientes que el ser humano.

Como se ha señalado, el fenómeno de la violencia de género no escapa al recurso a la IA. Si bien la experiencia ya es dilatada, especialmente cuando atendemos al sistema VIÓGEN,

try/when_good_algorithms_go_sexist_why_and_how_to_advance_ai_gender_equity [última consulta 1 de mayo de 2023]

62 FERRANTE, E., “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos ¿Por qué deberían importarnos?”, *Revista Nueva Sociedad*, n.º 294, 2021, p. 29.

lo cierto es que en la actualidad se están desarrollando numerosas herramientas que posibilitarían una mayor prevención en la materia. Esta cuestión debe aplaudirse, por cuanto la búsqueda de mejores herramientas preventivas siempre es de valorar, pero no deben desatenderse los peligros que puede acarrear, con consecuencias especialmente perniciosas para las víctimas de una violencia cuyas especialidades propias hacen que se les presente una situación de mayor vulnerabilidad.

Por ello, debe repararse en las posibles flaquezas que presentan estos sistemas, valorando sus limitaciones. De esta forma, se ha señalado cómo en el ámbito de la IA se advierte una proliferación de sesgos tradicionales, multiplicados a través de algoritmos teóricamente neutrales que, en el ámbito que nos ocupa, no hace más que fortalecer situaciones discriminatorias y propiciar un escenario de violencia simbólica excusada en decisiones tomadas a manos de herramientas cuya neutralidad no se ve tan cuestionada como si estas fueran tomadas por “inteligencias humanas”.

Ante ello, lejos de demonizar el avance tecnológico, cuya negación nos llevaría a posturas obstinadas sin sentido, lo que se pretende aquí es partir del conocimiento para potenciar el desarrollo de herramientas de IA donde la ética tenga un lugar significativo. Si hemos advertido los perjuicios con la aplicación de determinados sistemas —sea en España, sea en otros países— se debe valorar una mejora desde el inicio —desde los objetivos perseguidos hacia la aplicación realizada, partiendo por el equipo técnico que se encuentre en su desarrollo— que evite consecuencias negativas de la mano del avance tecnológico.

Asimismo, de la experiencia frente a las aplicaciones actuales, es posible defender

que, en ningún caso, estas herramientas deben sustituir las decisiones humanas. Si bien la IA permite el tratamiento masivo de datos o la correlación entre ellos, ayudando a establecer, según el ámbito, unas u otras decisiones, estas deben ser tomadas finalmente por una persona formada en la materia, auxiliada por el recurso a la IA, pero nunca suplantada.

De lo contrario, nos encaminaremos ante un determinismo algorítmico, del cual desconocemos su proceso intermedio, pero en el que se confiará ciegamente pese a las perversidades que ya se han advertido. Estas, si bien negativas en cualquier ámbito, resultan especialmente gravosas en aquel referido al fenómeno de la violencia de género, atendidas la magnitud de sus víctimas, el origen cultural que lo sustenta y las particularidades propias del fenómeno, que hacen que sus consecuencias tengan un mayor perjuicio para las víctimas.

6. Referencias bibliográficas

- ALZINA LOZANO, A., “La creación de una política criminal en Europa en el ámbito de las nuevas tecnologías: especial referencia a la inteligencia artificial”, en ROPERO CARRASCO, J. (COORD.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ARSHEERA, S., “A gendered perspective on artificial intelligence. Proceedings of ITU kaleidoscope 2018 — machine learning for a 5G Future”, *IEEE*, 2018. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3374955
- BARNES MÉNDEZ, N., SÁNCHEZ VIVES, M. V. y SLATER, M., “Realidad virtual inmersiva. Diseño de nuevos entornos virtuales para trabajar la empatía con hombres condenados por delitos de violencia, 2022”

- FERRANTE, E., “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos. ¿Por qué deberían importarnos?”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 294, 2021, pp. 27-36.
- FONTELA, M., “¿Qué es el patriarcado?” *Mujeres en Red*, marzo de 2008. Disponible en: <http://mujeresenred.net/spip.php?article1396> [12-05-2023]
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., “La inteligencia artificial y el derecho penal: nuevos problemas surgidos en la era digital”, en ROPERO CARRASCO, J. (coord.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 13-40.
- GENERALIDAD DE CATALUÑA. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, SECRETARÍA DE MEDIDAS PENALES, REINSERCIÓN Y ATENCIÓN A LA VÍCTIMA. *Manual de aplicación del protocolo de valoración RisCanvi*, 2019. Disponible en: https://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/reinsercio_i_serveis_peni/manual-aplicacio-protocol-avaluacio-riscanvi.pdf
- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M., “Inteligencia artificial y derecho penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 10 bis, 2019, pp. 792-843.
- INSTITUTO DE LAS MUJERES, “Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la Inteligencia Artificial”, 2023. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf
- LAMEIRAS, M., CARRERA, M. V. y RODRÍGUEZ, Y., “Caso abierto: la educación sexual en España una asignatura pendiente”, en GAVIDIA, V. (Coord.), *Los ocho ámbitos de la educación para la salud en la escuela*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 197-210.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Boletín Oficial del Estado*, [29/12/2004].
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Big Data, Inteligencia Artificial y Violencia de Género”, *Diario La Ley*, n° 49, 2021.
- LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J. L. y ANDRÉS-PUEYO, A., “Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género”, *Psychosocial Intervention*, n° 25, 2016, pp. 1-7.
- MACCHIAVELLI, N., “Perspectiva de género en las nuevas tecnologías. El problema de los sesgos”, *Diario Suplemento Derecho y Tecnología*, 84, 2021, pp. 1-26.
- MENDOZA, D., “Racismo y roles de género, conductas perpetuadas en algoritmos de inteligencia artificial”, *Coloquio-reflexiones desde la academia*, n° 65, 2020, pp.132-135.
- MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 20, 2018, pp. 87-130.
- MIRÓ LLINARES, F., “El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos”, en DUPUY DE REPETTO, D. S., CORVALÁN, J. G. (dirs.) y KIEFER, M. (coord.), *Ciberdelitos III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, 2020.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, A. B., “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n° 36, 2020, pp. 695-728.
- NACIONES UNIDAS MÉXICO, “Inteligencia Artificial para prevenir la violencia contra las mujeres en el Estado de México”, 31 de enero de 2023. Disponible en: <https://mexico.un.org/es/217259-inteligencia>

- artificial-para-prevenir-la-violencia-
contra-las-mujeres-en-el-estado-de-
m%C3%A9xico
- NAVAS NAVARRO, S., “La perspectiva de género en la inteligencia artificial”, *Diario La Ley*, n.º 1, 2021.
- PAVONI PERROTTA, F., “La fórmula para el encuentro: los algoritmos en las love apps. Tecnologías de la elección en el mercado del deseo”, *Avatares de la Comunicación y la Cultura*, n.º 15, 2018. Disponible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/avatares/article/view/4893>
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, EurLex, 2021. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>
- ROMEIO CASABONA, C. M., “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º13, 2018, pp. 39-55.
- SANJUAN PONS, H., “Un robot conversacional con inteligencia artificial ayudará a las víctimas de violencia machista”, *La Vanguardia*, 4 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/valencia/20220904/8502033/robot-conversacional-inteligencia-artificial-ictimas-violencia-machista-valencia.html> [última consulta 18 de mayo de 2023]
- SAN SEGUNDO, R. y LÓPEZ ONGIL, C., “EMPA-TÍA-CM: protección integral de las víctimas de violencia de género Mediante computación Afectiva multimodal”, *Sociología y Tecnociencia*, n.º 12, 2022. Disponible en: <https://revistas.uva.es/index.php/sociotecno/article/view/6190/4543>
- SMITH, G. Y RUSTAGI, I., “When Good Algorithms Go Sexist: Why and How to Advance AI Gender Equity”, *Stanford social innovation review*, 31 de marzo de 2021. Disponible en: https://ssir.org/articles/entry/when_good_algorithms_go_sexist_why_and_how_to_advance_ai_gender_equity [última consulta 1 de mayo de 2023]
- UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, 2021. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

La trata de personas, ¿es una violación de derechos humanos?

• **Carla Elena Solís Echegoyen** •

Investigadora del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio.
Especialista en temas de violencia política contra las mujeres en razón de género.

• **Manuel Jorge Carreón Perea** •

Consejero de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores.

Resumen: La trata de personas ha sido recientemente abordada legalmente. En el año 2000, las Naciones Unidas adoptaron el Protocolo de Palermo. A nivel nacional, México fortaleció su marco legal aceptando la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y mejorando su sistema de ombudsman alrededor de la adopción de dicho protocolo. Se promulgaron leyes nacionales para prevenir y sancionar la trata de personas. El objetivo de este artículo es responder la interrogante de si la trata de personas constituye una violación de derechos humanos, un delito o ambos.

Palabras clave: trata de personas, derechos humanos, violación de derechos, delito, víctima.

Abstract: Human trafficking has been recently addressed legally. In the year 2000, the United Nations adopted the Palermo Protocol. At the national level, Mexico strengthened its legal framework by accepting the jurisdiction of the International Criminal Court and improving its ombudsman system around the adoption of said protocol. National laws were enacted to prevent and punish human trafficking. The aim of this article is to answer the question of whether human trafficking constitutes a violation of human rights, a crime, or both.

Keywords: human trafficking, human rights, violation of rights, crime, victim.

- **Fecha de recepción**

15-04-2024

- **Fecha de aceptación**

02-05-2024

Sumario:

1. Introducción
2. Definiciones
 - A. Trata de personas
 - B. Delito
 - C. Violación de derechos humanos
 - D. Víctima/s
3. Análisis
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

La trata de personas (TDP), a pesar de tener una historia de larga data para humanidad,¹ posee una configuración jurídica más o menos reciente, cuyas primeras expresiones podemos ubicar en el marco del inicio de funciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así, en 1950 es adoptada en Lake Success, Estados Unidos, la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, vigente en nuestro país a partir del año 1956.²

En 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) — vigente en México desde 1981—, en cuyo artículo 6.1 (prohibición de la esclavitud y servidumbre) podemos leer la siguiente disposición: “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. Tanto la convención de 1950 como la de 1969 conside-

¹ En este sentido, en el cuaderno de divulgación *Trata de personas*, publicado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se señala que “La trata de personas como problema social comenzó a reconocerse a finales del siglo XIX e inicios del XX como lo que se denominó ‘trata de blancas’, concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, con objeto de explotarlas sexualmente”. (CNDH, 2012: 5)

² La firma del instrumento de adhesión se dio el 21 de febrero, y la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 19 de junio, ambas fechas de 1956.

raban que las principales víctimas de la TDP eran mujeres y niños, casi restringiéndose a la explotación sexual o la prostitución ajena.

Es hasta iniciado el nuevo milenio, específicamente en diciembre del año 2000, cuando las Naciones Unidas adoptan el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, ratificado por México el día de navidad de 2003, documento base o rector de los esfuerzos de la comunidad internacional para afrontar esta conducta delictiva. Este documento internacional también es conocido como Protocolo de Palermo, siendo esta denominación la más extendida.

Dos puntos deseamos resaltar al respecto. Como primer punto, la adopción del protocolo se presenta en un contexto en el cual los países que conforman la ONU impulsaron múltiples acciones para combatir la criminalidad en sus vertientes nacional e internacional. Sobre este último aspecto tenemos como ejemplo el establecimiento de una Corte Penal Internacional mediante el Estatuto de Roma, que fue abierto a firma en 1998.

Mientras que, como segundo punto a destacar, nos referimos al ámbito jurídico nacional ya que, en fechas cercanas a la adopción del protocolo, México acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte Penal Internacional (16 de diciembre de 1998) y consolida su sistema de ombudsman mediante una reforma constitucional al artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Ahora bien, si dirigimos nuestra atención al desarrollo de la legislación en materia de trata de personas en México, la primera norma de carácter general que se promulgó fue la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas en 2007, durante los primeros

años del gobierno del presidente Felipe Calderón. Aunque se aplicaba en todo el territorio nacional, su competencia era de naturaleza federal. Destaca la tipificación de la trata de personas contenida en su artículo 5 de la siguiente manera:

Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

Cinco años después —en 2012—, se promulga la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (en adelante Ley General contra la Trata), que actualmente constituye nuestro marco legal de referencia no solo para entender el fenómeno de la trata, sino para abordar las diferentes problemáticas que conlleva. Es importante mencionar que, a raíz de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* de esta ley, las entidades federativas llevaron a cabo un proceso legislativo para expedir las suyas, dándose a su vez una homologación en materia penal del delito, aunque existen algunos casos de excepción.

Ahora bien, si prestamos atención a lo que se escribió en párrafos previos, podemos identificar dos tipos o clases de normatividades que contemplan la trata de personas: en materia penal y sobre derechos humanos. En cuanto a esta última, la CADH es la más representativa, ante lo cual podemos formular la siguiente interrogante: ¿es la trata de per-

sonas una violación de derechos humanos o un delito?

Para responder a la pregunta anterior, primero estableceremos las definiciones de los conceptos vinculados con ella, a saber, delito, violación de derechos humanos, trata de personas y víctimas. Una vez obtenido este marco conceptual, pasaremos al análisis de si la trata de personas es una violación de derechos humanos, un delito o, en su caso, ambos. Finalmente, ofreceremos conclusiones con respecto a lo que trabajamos.

2. Definiciones

A. Trata de personas

En general, el concepto de trata de personas se extrae del Protocolo de Palermo (2000), en donde se establece la siguiente definición:

- a. Por “trata de personas” se entenderá 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...

Si tomamos en cuenta la definición contenida en nuestra legislación nacional, la Ley General contra la Trata también contempla la

omisión, es decir, la inactuación frente a dicho delito, lo cual da cabida también a toda aquella persona, especialmente las autoridades, que, observando este fenómeno delictivo, no denuncien o actúen para evitar la explotación de las personas.

Además, se encuentran otras acciones como enganchar, retener, entregar, recibir o alojar, lo que da cuenta de cómo se busca contemplar todas las fases de la trata de personas, así como su complejidad en las formas de explotación humana, pues existen diversas modalidades, como esclavitud, condición de siervo o sierva, prostitución ajena, explotación sexual, explotación laboral, trabajo o servicios forzados, mendicidad forzada, adopción ilegal, matrimonio forzoso, experimentación biomédica, tráfico de órganos y utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades delictivas.

Así, en términos generales la trata de personas será toda aquella conducta, ya sea acción u omisión, que explote a los seres humanos con la finalidad de obtener algo de ellos en cualquier forma.

Finalmente, no queremos pasar desapercibido que el hecho de que la TDP se encuentre en el Protocolo de Palermo no resulta accidental. Por el contrario, este fenómeno se encuentra relacionado íntimamente con todo un sistema de corrupción dentro de la Administración Pública de los países. Los datos contenidos en el reporte de tráfico de personas (U.S. Department of State, s.f.) continúan señalando que la corrupción y la complicidad de las personas oficiales es una característica de este delito y por tanto de preocupación internacional, ya que las personas servidoras públicas se convierten en facilitadoras de la explotación de seres humanos. Además, destaca que los casos en los que las autoridades son las investigadas por complicidad son mínimas (U.S. Department of State, s.f.).

B. Delito

El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Así se encuentra conceptualizado en el Código Penal Federal, en su artículo 7. Tratándose de la TDP, como hemos referido, está tipificada en la Ley General contra la Trata en los artículos 10 al 38; el propio código sustantivo hace referencia a este delito refiriéndolo en su artículo 11 Bis, apartado B, fracción IV.

C. Violación de derechos humanos

La Ley General de Víctimas (2013) contiene una definición de violación a los derechos humanos de alcance nacional. La redacción es la siguiente:

Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

¿Cuáles son los elementos constitutivos de esta definición? Primero, una conducta, es decir, acciones u omisiones indebidas que un sujeto determinado lleva a cabo y que tienen como consecuencia impedir el ejercicio o la vulneración de derechos. ¿Cuáles derechos? Específicamente debemos hablar de derechos humanos, que tienen dos fuentes: una nacional, que encuentra su base en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM (y por supuesto en las normas que de ella deriven como leyes generales o constituciones locales por citar un par de ejemplos), y los tratados internacionales que tengan vigencia en el territorio nacional (es decir, que haya pasado por el proceso que marca la CPEUM y no haya sido denunciado).

El catálogo de derechos fundamentales exigibles y justiciables en México se limita a solo aquellos que están presentes en las normas nacionales o internacionales vigentes, es decir, se excluyen todos aquellos que no se encuentren ubicados en alguno de los dos supuestos anteriores, como los contenidos en instrumentos declarativos o aquellos contenidos en tratados que México no ha ratificado o a los que no se ha adherido.

El sujeto activo de estas conductas debe poseer una calidad específica: ser persona servidora pública, la cual es toda aquella que tiene un empleo, cargo o comisión en cualquiera de los tres órdenes de gobierno (poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como en los órganos constitucionales autónomos como la Universidad Nacional Autónoma de México, Fiscalía General de la República, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por mencionar solo algunos de ellos. Lo mismo aplica a nivel estatal y municipal.³

Por una tradición que podemos rastrear a los antecedentes de los derechos humanos como prerrogativas que se oponen o exigen al Estado, se considera que solo los entes estatales y sus agentes llevan a cabo violaciones de derechos humanos, mientras que los particulares comenten delitos.

³ Lo anterior con fundamento en lo que establecen los párrafos primero y tercero del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

D. Víctima/s

Al respecto, la norma rectora en la legislación mexicana es la Ley General de Víctimas (2013), que en su artículo cuarto realiza una división de tipos de víctimas:

- a. Víctimas directas: aquellas que hayan sufrido de manera directa, cualquier daño, consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- b. Víctimas indirectas: los familiares o las personas físicas a cargo de la víctima directa.
- c. Víctimas potenciales: aquellas personas cuya integridad o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima directa.
- d. Víctima colectiva: los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos.

Aunque parecería que la calidad de víctimas se adquiere tan solo con acreditar el daño o menoscabo de los derechos se identifique, solo se podrá tener acceso a los recursos de ayuda, reparación integral y compensación, una vez que se les otorgue dicha calidad. En este sentido tendremos que la persona agente del Ministerio Público y los jueces en materia penal (mediante sentencia ejecutoriada), de paz, amparo, civil y familiar, pueden otorgar esta calidad.

Ahora, en el caso concreto de trata de personas resulta relevante que también podrán otorgar esta calidad los organismos públicos de protección de los derechos humanos, organismos internacionales de protección de derechos humanos a los que México les re-

conozca competencia y la propia autoridad responsable de la violación a los derechos humanos.⁴

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que la Ley General contra la Trata también nos ilustra acerca de lo que se considera un daño o amenaza de daño grave; a partir de lo cual cualquier daño físico, psicológico, financiero, sexual o a la reputación, o la sola amenaza para la víctima, le haga creer que *no tiene más opción que someterse o seguir sometida a la conducta de explotación*. Con esta definición, no solo nos atenemos a lo que la Ley General de Víctimas (2013) propone como daño,⁵ que corresponde a la materialización física como la muerte o lesiones corporales, daños o perjuicios morales y materiales, sino también estaríamos comprendiendo el propio engaño o enganche, es decir, desde las fases iniciales de la trata, lo cual ilustra el riesgo que existe en el desarrollo de este delito desde que se selecciona a una víctima con fines de explotación.

3. Análisis

En la cartilla *La trata de personas* se vierte la siguiente afirmación “La trata de personas es un fenómeno muy antiguo que atenta contra los derechos humanos” (CNDH, 2012). De su simple lectura no se puede desprender que la trata de personas sea exclusivamente una violación de derechos humanos o un delito, ya que lo único que hace es señalar lo obvio: esta conducta afecta derechos humanos.

4 Dichas autoridades se encuentran facultadas conforme a la Ley General de Víctimas, artículo 110.

5 Artículo 6, fracción VI.

En materia jurídica, en donde muchas veces los términos importan más que los hechos, una *afectación* o *atentado* no es una *violación* de derechos humanos, ya que este último concepto tiene especificaciones muy claras para poder materializarse.

En su artículo *Sujetos vulnerables en la trata de seres humanos. Los casos de México y España*, Javier García Medina hace la siguiente afirmación

La trata de personas y las prácticas que lleva asociadas, como la esclavitud, la explotación sexual, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el matrimonio forzoso, son en sí mismas violaciones de los derechos humanos fundamentales de la persona. (Medina, 2017)

Así, para este académico la trata de personas y sus diversas formas de explotación sí son violaciones de derechos humanos.

Una objeción que puede formularse a este escrito es que no podemos basar nuestro análisis en la exposición de únicamente dos posturas, por lo cual a continuación presentamos algunas más.

La Alianza Global contra la Trata de Mujeres publicó en 2003, en conjunto con la Organización Internacional para las Migraciones y el gobierno norteamericano, un Manual sobre *Derechos humanos y trata de personas*, mediante el cual buscaba "... presentar la Trata de Personas en la escena de los Derechos Humanos. Existe la necesidad de comprender el marco de los Derechos Humanos para así entender que el concepto de la Trata involucra violaciones a los Derechos Humanos fundamentales" (Alianza Global Contra la Trata de Mujeres, 2003), posición que es próxima a la presentada por García Medina.

Añadiendo una posición más, esta vez desde una instancia internacionalmente reco-

nocida, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH, 2014) en el folleto informativo no. 36, publicado en 2014, establece una narrativa en la que la trata de personas es una violación de los derechos humanos.

Sin embargo y con el propósito de introducir una postura adicional, encontramos que la propia CNDH, en el marco de la presentación del informe de actividades 2022 del organismo, señaló lo siguiente

La trata de personas es un delito y violación a los derechos humanos con presencia en todo el mundo, que afecta a miles de personas cada día, siendo México un país de origen, tránsito y destino de víctimas de seres humanos con fines de explotación. (CNDH México)

El máximo organismo protector y difusor de los derechos humanos en nuestro país, en un documento más próximo en el tiempo al primero que citamos, considera que la multicitada conducta es tanto "un delito y una violación a los derechos humanos", es decir, se ubica en dos niveles, tal y como pasa con otras conductas como tortura, desaparición forzada de personas y ejecución arbitraria/extrajudicial—las cuales, a su vez, son consideradas como *violaciones graves de derechos humanos*— (Perea, 2023).

Consideramos que nadie puede objetar que la trata de personas, en sus diversas modalidades, es un delito y la comprobación es sencillísima. Basta con observar la tipificación en la Ley General contra la Trata (del artículo 10 al 36) de las diferentes modalidades de explotación y en algunos códigos penales como el del Distrito Federal (artículo

188 Bis).⁶ Así, la trata de personas es un delito, pero ¿es también una violación de derechos humanos?

A pesar de que instituciones tan importantes como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el ombudsperson mexicano sostienen que la trata de personas es tanto una violación de derechos humanos como un delito. Lo cierto es que en un campo estrictamente legal no podrían ser violaciones de derechos a menos que exista la participación de un agente estatal, requisito indispensable para que una conducta pueda ubicarse bajo esta categoría (véase el artículo 6, fracción XXI de la LGV).

Aunque la trata de personas afecte diferentes derechos humanos como la integridad personal, la indemnidad sexual, derechos laborales o el derecho a contraer matrimonio de manera voluntaria —todos ellos reconocidos tanto en la CPEUM como en diversos tratados internacionales vigentes en México—, legalmente hablando no pueden catalogarse, insistimos, como violacio-

nes a los derechos humanos sin la presencia del elemento estatal.

De acuerdo con el *Informe mundial sobre trata de personas 2022* de la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC, 2022), se presentan cuatro tipos de tratantes: 1) grupos de la delincuencia organizada; 2) asociaciones oportunistas;⁷ 3) tratantes individuales; y 4) grupos de delincuencia organizada tipo gobernanza. El mismo informe reporta cifras sobre la recurrencia de las formas en las que operan las y los tratantes: 46%, 21%, 10% y 23%, respectivamente. Como un punto adicional de reflexión, el documento también refiere que de 2020 a 2022 se presentó un aumento de cinco puntos porcentuales de tratantes que se engloban en el grupo cuatro. El punto que deseamos resaltar es que tales cifras no denotan los casos en los que participaron agentes estatales, motivo por el cual es difícil señalar la prevalencia y existencia de trata de personas que pudiera ser ubicada bajo la modalidad de una violación de derechos humanos.

Es cierto que el Estado puede incurrir en conductas que propicien la TDP, por ejemplo, la falta de supervisión de los recintos feriales, por parte de la autoridad municipal, en los que se promueva la explotación sexual de mujeres, niñas, niños y adolescentes, pero la explotación propiamente dicha no puede adjudicarse al municipio, el estado o la federación.

6 “Artículo 188 Bis.- Al que promueva, facilite, solicite, ofrezca, consiga, traslade, entrega o reciba para sí o para un tercero a una persona para someterla a explotación sexual, a la esclavitud o prácticas análogas, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro del territorio del Distrito Federal, se le impondrá prisión de 10 a 15 años y de 10 mil a 15 mil días multa. Cuando la víctima del delito sea persona menor de 18 años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, se aumentarán las penas hasta en una mitad”.

7 Grupos que no se dedican a delinquir de manera continua ni reiterada, pero que por alguna razón u objetivo pueden tratar a una o más personas.

Si descartamos esta posibilidad de considerar —legalmente— a la TDP como violación de derechos humanos, también debemos negar la posibilidad de que sea catalogada como una forma de *violación grave de derechos humanos*, a pesar de que existen voces que así lo señalan, como se expone a continuación:

En lo que respecta al ámbito del delito, este enfoque permite entender que la trata, al reducir a las personas a simples objetos-mercancías sometidas a la compra y venta del mercado criminal, constituye una grave violación de derechos humanos que transgrede la dignidad humana de las personas, tal y como ha sido señalado en repetidas ocasiones por los múltiples instrumentos y órganos de Naciones Unidas. (Sáenz, 2024)

Así y a manera de síntesis, la trata de personas no puede ser considerada ni una violación de derechos humanos, ni tampoco de carácter grave, a menos que se cumpla el requisito de que exista participación de un agente estatal.

4. Conclusiones

Consideramos que la TDP, en tanto conducta, afecta sensiblemente diferentes derechos humanos, ello sin contar dos que continuamente se aluden en los debates académicos: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, es claro que bajo la forma en la cual está escrita actualmente la definición de violación de derechos humanos, tanto en la Ley General de Víctimas como en las legislaciones victímales del orden local, no es posible ubicar la conducta delictiva bajo esta categoría.

Algo similar ocurre con el concepto de *tortura*, en donde la presencia de la figura de una persona servidora pública resulta indispensable para que pueda acreditarse la violación de derechos humanos o el delito. Aunque prevé supuestos en los que pueden incurrir en tal ilícito los particulares, se mantiene la necesidad de la presencia, anuencia o autorización de una persona servidora pública.

Así, nuestra propuesta sería el desarrollar el concepto de *vulneración de derechos humanos*, figura que tendría como sujetos activos a las y los agentes estatales, así como a las personas que no ejercen alguna función pública. En este supuesto podríamos ubicar conductas como la trata de personas o la discriminación, por citar un par de ejemplos.

Ante una posible objeción a esta propuesta —que reconocemos es arriesgada—, es menester recordar que una de las medidas que se adoptaron en sede legislativa para atender la problemática en materia de desaparición de personas en México fue la de tipificar la *desaparición cometida por particulares*, entendiendo que “Incorre en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero” (Secretaría de Gobernación, 2017: art. 34).

5. Bibliografía

- Alianza Global Contra la Trata de Mujeres (2003). *Derechos humanos y trata de personas*. Bogotá, Colombia.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH (2012). *La trata de personas*. México, CNDH.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH (s. f.). *Informe de Actividades 2022*.

- México. Recuperado el 14 de Marzo de 2024 de <https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60064>
- Medina, J. G. (2017). “Sujetos vulnerables en la trata de seres humanos. Los casos de México y España”. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, (1). <https://doi.org/10.25965/trahs.74>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH (2014). *Folleto informativo No. 36: Los derechos humanos y la trata de personas*. <https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-36-human-rights-and-human-traffic-king>
- Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito, UNODC (2022). *Global Report on Trafficking in Persons 2022*. Naciones Unidas: Nueva York.
- Perea, M. J. (2023). “Apuntes para una precisión dogmática del concepto de violaciones graves de los derechos humanos”. *Paréntesis Legal*, xxxix (39). <https://parentesislegal.com/apuntes-para-una-precision-dogmatica-del-concepto-de-violaciones-graves-de-los-derechos-humanos/>
- Sáenz, M. O. (2024). “Análisis crítico de la legislación vigente: 11 años de la Ley General en materia de trata de personas y 12 años de la reforma constitucional de Derechos humanos”. En S. C. Nación, *Manual sobre trata de personas* (pág. 230). México.
- U.S. Department of State (s.f.). *2023 Trafficking in Persons Report: Mexico*. Recuperado en marzo de 2024. <https://www.state.gov/reports/2023-traffic-king-in-persons-report/mexico/>

Legislación

- Ley General de Víctimas (2013). *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.
- Secretaría de Gobernación (2017). Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. *Diario Oficial de la Federación*, 16 de noviembre de 2017.
- Secretaría de Gobernación (2012). Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. *Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Naciones Unidas.

La prisión preventiva oficiosa a través de la dogmática de los derechos fundamentales.

Fundamentos y desarrollo de su test de proporcionalidad

• **Arnulfo Daniel Mateos Durán** •

Investigador postdoctoral en el Instituto Tarello de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova, Italia. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría y doctorado por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Email: arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it; orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>. Agradezco al Prof. Martin Borowski por sus comentarios respecto a ciertas ideas presentadas en este texto. Igualmente, agradezco a la Dra. Carla Pratt, al Mtro. Armando Juárez Bribiesca y al Mtro. Mario Armando Sandoval Islas, por recomendarme jurisprudencia relativa a la prisión preventiva oficiosa. Todas las ideas y posibles errores dentro de este texto son responsabilidad del autor.

Resumen: La prisión preventiva es una medida cautelar que debido a su intensa intervención en los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia es considerada generalmente como una medida extraordinaria. Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano existe la figura de la *prisión preventiva oficiosa*, la cual se ordena de manera oficiosa en cualquiera de los delitos dispuestos en el art. 19, párr. 2 de la Constitución mexicana. Esta aplicación inmediata condujo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a condenar al Estado mexicano por incumplir con sus obligaciones internacionales emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos. El objetivo de este trabajo consiste en armonizar la prisión preventiva oficiosa

Abstract: Pre-trial detention is a precautionary measure that, due to its intense interference in the rights to personal freedom and the presumption of innocence, is generally considered an extraordinary measure. However, in the Mexican legal system, there is the figure of *mandatory pre-trial detention*, which is automatically ordered for any of the offenses listed in art. 19, para. 2 of the Mexican Constitution. This immediate application led the Inter-American Court of Human Rights to condemn the Mexican State for failing to comply with its international obligations under the American Convention on Human Rights. The objective of this work is to harmonize mandatory pre-trial detention with the criteria of the Inter-American

con los criterios de la Corte Interamericana a partir de la configuración actual del sistema jurídico mexicano. Lo anterior será posible al establecer los fundamentos del *test* de proporcionalidad para esta medida cautelar y explicar su estructura. Todo esto, a través de las herramientas desarrolladas por la dogmática de los derechos fundamentales.

Palabras clave: prisión preventiva oficiosa, proporcionalidad, ponderación, *prima facie*, convencionalidad.

Court based on the current configuration of the Mexican legal system. This will be possible by establishing the foundations of the proportionality analysis for this precautionary measure and explaining its structure. All this, through the tools developed by the dogmatics of fundamental rights.

Keywords: mandatory pre-trial detention, proportionality analysis, balancing, *prima facie*, conventionality.

Fecha de recepción

03-06-2024

Fecha de aceptación

12-06-2024

Sumario:

1. Introducción
2. Análisis de la prisión preventiva oficiosa en la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México*
3. La prisión preventiva como una medida cautelar
4. El carácter "oficioso" de la prisión preventiva dentro del sistema constitucional mexicano
5. El examen de control constitucional en la prisión preventiva oficiosa
 - 5.1. Ámbito de protección
 - 5.2. Intervención
 - 5.3. La justificación constitucional (restricción constitucional)

6. Caso modelo

7. El efecto de la jurisprudencia de la CIDH en la ponderación

8. Conclusiones

9. Bibliografía

1. Introducción

Dentro de todo sistema jurídico existe un importante interés en la persecución estatal de los delitos cometidos por los individuos. Así, existen medidas cautelares como la *prisión preventiva* que tienen por objeto asegurar la investigación de ciertos delitos al establecer determinadas medidas que pueden afectar la libertad personal de la persona sujeta a un proceso penal. La prisión preventiva busca asegurar la consecución del proceso jurisdiccional del imputado al proceso penal a través de la privación de su libertad debido a un elevado peligro de fuga o posibles afectaciones para la víctima. Sin embargo, la intensidad de intervención en la libertad personal por parte de la llama-

da prisión preventiva *oficiosa* es tan invasiva y las causas de su aplicación tan variadas, que en la mayoría de los casos da como resultado una negación total de la libertad al procesado. Este es el caso del actual sistema constitucional mexicano.

El reconocimiento constitucional de la prisión preventiva oficiosa aplicada a los delitos del art. 19, párr. 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha dado lugar a una afectación grave en la libertad de un gran número de personas que actualmente se encuentran esperando una sentencia judicial dentro de prisión.¹ Esto no escapó al examen de control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ya que las características de la prisión preventiva oficiosa condujeron a que este tribunal condenara al Estado mexicano, en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*² por incumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La condena al Estado mexicano derivada de la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* continúa impactando en el sistema constitucional mexicano. Tanto es así que, como resultado del modelo de control cons-

titucional difuso existente en el sistema jurídico mexicano, han surgido diferentes criterios jurisdiccionales que buscan cumplir con los efectos de esta sentencia. Por un lado, algunos tribunales colegiados se decantan por inaplicar el art. 19, párr. 2 CPEUM con fundamento en la sentencia de la CIDH y el principio *pro persona*,³ mientras que otros órganos de control constitucional subrayan la prelación de las restricciones textuales contenidas en la CPEUM.⁴ Del mismo modo, derivado de la política de seguridad actual dentro del territorio mexicano, el Ejecutivo federal y un importante número de gobernadores de las entidades federativas han solicitado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que no elimine esta medida cautelar de la CPEUM por su inconventionalidad.⁵

La importancia de este estudio radica en que la justificación de la prisión preventiva

¹ Relativo a esto, véase la entrada del blog escrito Cortez, Edgar, La prisión preventiva como perversión de la justicia. *Blog del Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia A. C.*, publicado el 26 de abril de 2024. Disponible en: <https://www.imdhd.org/comunicacion/blog/la-prision-preventiva-como-perversion-de-la-justicia-penal/>

² CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³ Por mencionar algunos criterios: Jurisprudencia IX.P. J/8 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3689; Jurisprudencia IX.P. J/5 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3674; Jurisprudencia IX.P. J/11 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3682.

⁴ Ejemplos: Tesis aislada II.30.P.60 P (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*; Jurisprudencia VII.10.P. J/2 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 33, enero de 2024, t. VI, p. 5801.

⁵ Herrera, Rolando, “Pide Conago a Corte mantener prisión preventiva”, *Reforma*, 6 de mayo de 2024; Morales, Alberto y Villa y Caña, Pedro, “Gabinete de Seguridad manda carta a la Corte con preocupaciones sobre prisión preventiva oficiosa”, *El Universal*, 16 de abril de 2024.

no solo cuenta con una base legal en su modalidad *justificada* (art. 135 Código Nacional de Procedimientos Penales), sino que su forma *oficiosa* está dispuesta de manera textual en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. A diferencia de la prisión preventiva justificada, el juez de control está obligado a ordenar la prisión preventiva oficiosa cuando se presente alguna de las causales contenidas en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM, limitando de este modo cualquier test de proporcionalidad en la aplicación de esta medida cautelar para el caso concreto. Esta última modalidad de la prisión preventiva fue lo que condujo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a condenar al Estado mexicano por la incompatibilidad de tal figura con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Las dos modalidades de la prisión preventiva —oficiosa y justificada— son similares en su estructura, teniendo como diferencia importante el carácter cualitativo de la razón que justifica su aplicación, en otras palabras, entre más grave sea el delito, mayor peso tienen las razones que justifican su aplicación. Esto puede observarse claramente al revisar la lista de causales de aplicación de la prisión preventiva oficiosa dentro del art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Sin embargo, lo anterior no significa que todos los delitos contenidos en el párrafo 2 del art. 19 de la CPEUM deban conducir necesariamente a la prisión preventiva (independientemente de si en este caso es de carácter oficiosa, como veremos más adelante) o que otros delitos no contenidos en dicha disposición, pero que en el caso concreto representan una afectación grave a otros bienes jurídicos legalmente tutelados, no ameriten la aplicación de la prisión preventiva.

Los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 CPEUM son delitos de alto impacto en la sociedad, por lo que el legislador constituyente decidió darles rango constitucional para ga-

rantizar su persecución. Lo anterior no debe interpretarse en el tenor de que la obtención de una sentencia condenatoria de estos delitos de alto impacto debe ser el objetivo de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, sino que existe un interés calificado de que el proceso penal pueda desarrollarse sin inconvenientes evitando la fuga del sujeto al proceso. Todo esto produce importantes repercusiones dentro del test de proporcionalidad de ambas medidas cautelares —particularmente en la tercera grada, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación—, ya que el peso de las razones que justifican aplicar la *prisión preventiva oficiosa* es mayor que las de la *prisión preventiva justificada* dentro de la ponderación con otros principios en colisión; lo que, no obstante, no significa que la prisión preventiva oficiosa no pueda ceder ante otros derechos en colisión en un caso determinado.⁶

En ese sentido, este trabajo tiene por objetivo proponer las etapas y la estructura del examen de control constitucional en la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Como ya se señaló, ambas modalidades son muy similares, lo que presupone que compartan los criterios a desarrollarse en este trabajo, teniendo como única diferencia principal la etapa de las restricciones constitucionales. Así, este trabajo tendrá la siguiente estructura: 1) se analizarán brevemente las características de la prisión preventiva oficiosa que son incompatibles con la CADH derivadas del caso *García Rodríguez y otros vs. México*; 2) se explicará de manera breve la medida cautelar de la prisión preventiva; 3) así, se ofrecerán argumentos para comprender el carácter “oficioso” de la prisión preventiva dispuesto

⁶ Esto se verá en el apartado 5.3.

en el art. 19, párr. 2 CPEUM; 4) a partir de esto, se realizará un examen constitucional de la libertad personal y los efectos de la prisión preventiva oficiosa en este derecho; 5) se describirá la estructura de la ponderación en los casos de aplicación de la prisión preventiva oficiosa a partir de un caso modelo; 6) con base en la estructura descrita, se analizarán los efectos de la jurisprudencia internacional, y 7) por último, se ofrecerán conclusiones sobre el tema.

Este es un ejercicio académico que busca dar una respuesta —a partir de la actual configuración del sistema constitucional mexicano, tomando como punto partida la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* y las herramientas ofrecidas por la dogmática de los derechos fundamentales— a los problemas derivados de la prisión preventiva oficiosa para los operadores jurídicos mexicanos, quienes se encuentran ante la disyuntiva de inaplicar la prisión preventiva oficiosa debido a su *inconveniencia* o aplicar sin mayor examen esta medida cautelar con base en una interpretación exegética de la Constitución.

2. Análisis de la prisión preventiva oficiosa en la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México*

En la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México* la CIDH estableció varios puntos generales relativos a la medida cautelar de la prisión preventiva y su lugar dentro del sistema interamericano de derechos humanos. La CIDH comienza señalando en su estudio que la adopción por parte de los Estados parte de la figura de la prisión preventiva no constituye una contravención a la CADH o a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que se ajuste a los es-

tándares establecidos por el marco de protección ofrecido por estos instrumentos.⁷ En tanto la medida cautelar no sea arbitraria⁸ o afecte el derecho a la presunción de inocencia es justificada su aplicación, no obstante debe cumplir con los siguientes requisitos: a) deben presentarse los presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) las medidas tienen que cumplir con las gradas del test de proporcionalidad, y c) la decisión que impone la prisión preventiva debe ser motivada de manera suficiente ajustándose a las condiciones de los puntos anteriores.⁹

La prisión preventiva es una medida cautelar y no una pena, su objetivo es servir como un medio que garantice el pleno de-

7 En palabras de la CIDH: “La prisión preventiva en sí misma no es contraria al Derecho Internacional de los derechos Humanos y constituye una medida que los Estados pueden adoptar siempre y cuando se ajusten a los requisitos convencionales”. Cfr., CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 154.

8 Aunque la medida cautelar esté contemplada por la ley, esto no es suficiente porque la medida cautelar no debe ser “arbitraria”; una medida no es arbitraria si cuenta con los elementos de “incorrección, injusticia e imprevisibilidad”. CIDH, *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96. Véase también Casal Hernández, 2014: 189.

9 Cfr., CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 156.

sarrollo del proceso. Por esta razón, su aplicación debe ser extraordinaria. El carácter extraordinario de la prisión preventiva es congruente con la intensidad de intervención en el derecho a la libertad y la presunción de inocencia que ocasiona su aplicación, el cual es muy elevado.¹⁰ Por esta razón, la excepcionalidad de la prisión preventiva exige un mayor examen en su justificación constitucional para el caso concreto. Un punto importante, y que será algo que se analizará más adelante, es el requisito de un fin legítimo con el cual se justifique la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Como ya bien se mencionó, la prisión preventiva ni es una pena ni tampoco su finalidad es que el proceso concluya en una, sino que busca evitar cualquier interferencia que haga peligrar el proceso penal. Esto puede observarse ya desde el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en la Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala: “La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 25).

Aunque exista un peligro procesal latente de afectación al proceso y esto pueda ser suficientemente justificado, ello no significa que la aplicación de la prisión preventiva no sea sometida a un examen constitucional/convencional. Conforme a los criterios de la CIDH, la imposición de esta medida cautelar en manos de la autoridad debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuenten con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y d) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.”

Los requisitos antes mencionados son una descripción clara de las gradas del test de proporcionalidad, por lo que se presupone que el test de proporcionalidad constituye un elemento indispensable en la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. El vínculo de la excepcionalidad de la aplicación de prisión preventiva con el test de proporcionalidad será un elemento importante al momento de realizar el examen de control constitucional que justifique o no la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.

Asimismo, la certeza en la comisión del delito es un elemento muy importante para justificar la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Ya que la misma CIDH ha señalado que la privación de la libertad no puede fundarse en meras sospechas. Esto ya lo había

¹⁰ Esto es un punto importante, el cual se reflejará dentro de la grada de proporcionalidad en sentido estricto, más concretamente en la fórmula del peso.

¹¹ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 158.

puesto de manifiesto la CIDH en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador*:

Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.¹²

No obstante, aun cuando sea verificable la posible culpabilidad del detenido, la prisión preventiva no debe considerarse como una forma de garantizar la pena establecida en el tipo penal perseguido, sino un medio que permita asegurar la conclusión del proceso penal. Esto es congruente con lo que señala la CIDH en el mismo caso (y posteriores decisiones):

“Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.¹³

La exigencia de una certidumbre suficiente al momento de justificar la prisión preventiva se repite en la sentencia *García*

Rodríguez y otros vs. México cuando la CIDH señala: “Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse su verificación en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”.¹⁴ La certidumbre a través de la verificación de las circunstancias objetivas del caso es un punto importante que más adelante jugará un papel importante dentro del test de proporcionalidad, particularmente, en la proporcionalidad en sentido estricto.

Otro elemento importante que hace particularmente problemático el caso mexicano es el carácter *oficioso* de la prisión preventiva. En otras palabras, la aplicación de oficio de la prisión preventiva evita que el juez no pueda realizar un examen de las circunstancias del caso y simplemente tiene que ordenarla cuando se presente en el caso concreto uno de los delitos del listado del art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Este elemento contraviene el necesario carácter *excepcional* de la prisión preventiva y elimina cualquier margen de decisión del juez al momento de conocer del caso concreto. Este problema no escapó del análisis de la CIDH cuando señala lo siguiente:

En el mismo sentido, esta Corte constata que el artículo 19 reformado de la Constitución mexicana, el cual establece que la autoridad judicial ‘ordenará la prisión preventiva, oficiosamente’ para ciertos delitos, adolece de las mismas problemáticas señaladas para el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000.

12 CIDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 103.

13 *Idem*.

14 CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 159.

[...] En ambas disposiciones legales, la preceptividad del instituto, además, limita el rol del juez afectando su independencia (porque carece de margen de decisión) y supone un acto que deviene exento de todo control real, al tener por motivación la mera aplicación de la norma constitucional, impidiendo al imputado controvertir los hechos o discutir el fundamento.¹⁵

Otro punto que menciona la CIDH, pero que en este estudio concreto no será analizado, es la interferencia de la prisión preventiva en el derecho a la igualdad derivada del trato desigual a los imputados de los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM, respecto de otros delitos. Aquí solamente sería oportuno mencionar que este caso se centra en un trato discriminatorio fundado en una restricción textual contenida en la CPEUM. La disyuntiva entre si esta distinción representa una intervención intensa en el derecho a la igualdad o no depende del peso de las razones que justifiquen la aplicación de esta medida cautelar extraordinaria —una colisión del peso de las razones que justifican dicha intervención (materializada en la distinción) frente a las razones que argumentan que hay una lesión al derecho a la igualdad—.¹⁶

Después de un breve análisis de los criterios establecidos por la CIDH en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*, consideramos

que los siguientes puntos son de suma importancia para el propósito de esta investigación.

1. La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional.
2. Con motivo de su excepcionalidad se exige el uso del test de proporcionalidad al momento de justificar su aplicación.
3. Debido a su intensa intervención en los derechos de libertad y presunción de inocencia, es exigible un alto grado de certidumbre en las circunstancias objetivas del caso concreto.
4. La prisión preventiva oficiosa niega un *margen de decisión* (margen de discrecionalidad) al juez, al imposibilitar un análisis de las características del caso concreto.

Los puntos antes mencionados serán el eje central del estudio que a continuación se desarrollará, puesto que todos estos criterios sirven como puntos rectores dentro la reconstrucción dogmática de la prisión preventiva oficiosa. Como ya se mencionó, el objetivo de este trabajo es elaborar un modelo del examen de la prisión preventiva oficiosa a partir de las herramientas ofrecidas por la dogmática de los derechos fundamentales y, sobre todo, justificar a nivel constitucional el test de proporcionalidad en esta medida cautelar.

3. La prisión preventiva como una medida cautelar

Antes de comenzar el examen dogmático de la prisión preventiva oficiosa, es necesario destacar su lugar dentro del sistema jurídico mexicano, particularmente, su finalidad dentro del sistema penal y en la persecución de los

¹⁵ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 169-170.

¹⁶ Relativo a la estructura del test de proporcionalidad en los derechos de igualdad, véase Borowski (2023).

delitos. La prisión preventiva consiste en una medida cautelar que conduce a una pérdida provisional de la libertad del imputado en el proceso penal, hasta que se resuelva definitivamente su situación jurídico-penal por la probable comisión de un delito (Barajas Languren, Quintana Contreras y Barajas López, 2019: 30; Smolianski, 2020: 111). A diferencia de la prisión punitiva, la prisión preventiva no es una pena, sino una garantía para que el imputado no afecte el desarrollo del proceso penal. Esta medida es una de varias medidas cautelares reconocidas en el sistema penal mexicano, como podemos constatarlo en el art. 155 del CNPP. Conforme al art. 156 CNPP, el juez de control decidirá la aplicación de la medida cautelar correspondiente con base en la gravedad del supuesto de hecho del delito. La obligación del juez de observar el criterio de la *mínima intervención* conduce al uso del test de proporcionalidad —en su modalidad de derechos de defensa—¹⁷ para establecer si la medida cautelar elegida logra la consecución del fin legítimo perseguido con la menor intervención en los derechos fundamentales afectados; en este caso, el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. Esto tiene sentido, porque el juez está obligado a considerar los argumentos de las partes y la justificación propuesta por el Ministerio Público. A

partir de los argumentos presentados, el juez tiene el deber de justificar cuál medida cautelar decide imponer al caso concreto, siempre considerando que la medida cautelar tenga la menor intensidad de intervención en la libertad. Este proceso de argumento-contrargumento refleja la estructura de la proporcionalidad, por lo que el test de proporcionalidad en la aplicación de las medidas cautelares es una parte inescindible.

Un punto característico de la prisión preventiva es el carácter excepcional derivado de su naturaleza de *ultima ratio* (Jiménez Ojeda, 2021: 134). En este sentido, su aplicación debe considerar la gravedad del delito y los bienes protegidos afectados por la posible comisión del delito. Esto implica que, entre más grave sea el delito, mayores son los motivos que justifiquen la aplicación de una medida cautelar que asegure el desarrollo del proceso penal. Por estas razones, la prisión preventiva debe contar con las siguientes características: excepcionalidad, verificación del mérito sustantivo, fin procesal (evitar fuga o entorpecimiento de la investigación) y proporcionalidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 47-50).

4. El carácter “oficioso” de la prisión preventiva dentro del sistema constitucional mexicano

A diferencia de la prisión preventiva justificada, la cual está regulada en el derecho infraconstitucional, la prisión preventiva oficiosa está dispuesta por el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. En el caso de la prisión preventiva oficiosa no existe una mayor aclaración respecto a si el juez está obligado a conocer los argumentos del imputado o del Ministerio Público para decidir si otorga o no la prisión preventiva, sino que se establece un deber

¹⁷ El test de proporcionalidad en los derechos de defensa tiene como principio rector la *prohibición de la medida excesiva*, esto significa que, entre las posibles opciones de intervención en el derecho fundamental afectado, la autoridad estatal no puede elegir la medida que intervenga en mayor medida, sino aquella que no afecte o solo lo haga en menor intensidad, en comparación con otras medidas posibles, véase Borowski (2022: 334).

constitucional hacia el juez de control de ordenar la prisión preventiva cuando se presente algún tipo penal del catálogo de delitos contenido en el párrafo 2 del art. 19 CPEUM. Este carácter *oficioso* del art. 19, párr. 2 CPEUM es justamente una de las razones por la que la CIDH condenó al Estado mexicano por lesionar los derechos reconocidos en la CADH. Como bien señala la CIDH, la oficiosidad de la prisión preventiva niega cualquier margen de decisión por parte del juzgador, ya que la *oficiosidad* se ha interpretado con un carácter absoluto que niega cualquier margen de discrecionalidad al juez. Así, en la reconstrucción del test de proporcionalidad para la prisión preventiva oficiosa, debemos resolver si el carácter *oficioso* implica necesariamente la imposibilidad del juez de decidir si el caso concreto amerita la aplicación de esta medida, sobre todo, a través de un test de proporcionalidad. Por esta razón, valdría la pena señalar que el carácter oficioso de la prisión preventiva no estaría exento de alguna forma de flexibilización y, sin embargo, seguir conservando un deber para el juez de control que oriente a asegurar su aplicación para ciertos delitos. Aunque pueda sonar contraintuitivo, esto puede justificarse a través de varios argumentos.

Un primer argumento que podría mencionarse a favor de esta interpretación consiste en el efecto de los derechos fundamentales internacionales incorporados al sistema constitucional mexicano. Al incorporar tratados internacionales a su sistema jurídico, el Estado mexicano se compromete a cumplir con las obligaciones internacionales contraídas. Sin embargo, dentro de estas obligaciones internacionales, el respeto y la garantía de los llamados derechos fundamentales internacionales adquiere un mayor peso respecto de otras obligaciones internacionales debido a su carácter moral y legitimador (Mateos Du-

rán, 2023: 118). Dicho carácter moral se materializa generalmente en el alto rango con el que se incorporan estos derechos dentro de los sistemas constitucionales nacionales.¹⁸ El caso mexicano no es una excepción, ya que, a partir de la reforma constitucional del año 2011, los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano cuentan con rango constitucional.

La incorporación de los derechos fundamentales internacionales en los catálogos nacionales conduce generalmente a un amalgamamiento de las interpretaciones de los derechos fundamentales a nivel nacional (Mateos Durán, 2023: 124; Mateos Durán, 2023b: 253). Lo cual, dependiendo del rango de las disposiciones y el grado de apertura del sistema constitucional al derecho internacional, tiene como consecuencia una relativización de las restricciones estrictas constitucionales (Mateos Durán, 2023: 132; Mateos Durán, 2023b: 257). El sistema constitucional mexicano no es una excepción. El constituyente al incorporar los derechos fundamentales internacionales dentro del catálogo de la CPEUM no estableció una regla de prioridad de estos frente a los derechos fundamentales nacionales (u originarios), lo que conduce a un deber de armonización por parte de los operadores jurídicos en los casos de contradicción entre normas constitucionales (Mateos Durán, 2023: 132). Un intento de esto lo podemos observar en la tesis aislada I.40.P.16 P (11a.) del Cuarto Tribunal Colegiado en Ma-

¹⁸ Esto puede explicarse a través de la teoría de la transformación de los derechos humanos como derechos humanos en derechos fundamentales (derecho positivo). Relativo a esta teoría, véase Borowski (2022: 370 y ss).

tería Penal del Primer Circuito la cual, al armonizar el ordenamiento nacional con el internacional, busca justificar la posibilidad de que las partes puedan debatir la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.¹⁹

Aunque ha sido citada en varias ocasiones, la C.T. 293/2011 es un criterio que contradice el impacto de los derechos fundamentales internacionales dentro del catálogo de derechos de la CPEUM y el sistema constitucional en general (Mateos Durán, 2023: 132). Como ya se señaló, al momento de incorporar los derechos fundamentales en la CPEUM, el constituyente no estableció una regla para la solución de las incongruencias entre los derechos fundamentales nacionales y los internacionales, por lo que una prioridad de las restricciones constitucionales no puede justificarse a nivel constitucional. Si bien se podría interpretar la parte final en el párrafo 1 del art. 1 de la CPEUM —“cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...]” — como una forma de establecer una cierta prioridad de las normas constitucionales nacionales frente a las internacionales, esta frase puede interpretarse también en el sentido de que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por otras normas de mismo rango, en especial, los derechos fundamentales internacionales (Mateos Durán, 2023:132).

Dejando de lado los efectos de los derechos fundamentales en el sistema mexicano, es posible considerar también un segundo argumento que justificaría una interpretación más flexible del carácter *oficioso* de la prisión

preventiva prevista en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Este argumento no descansaría en el efecto del derecho internacional, sino que su fundamento se encontraría en el mismo sistema constitucional mexicano. El sistema constitucional mexicano va construyéndose a través de reformas constitucionales, la promulgación de leyes y criterios jurisprudenciales. Principios constitucionales, como el principio *pro persona*, conducen al entendimiento de un deber de todas las autoridades estatales y federales de acatar y estar vinculadas a los derechos fundamentales. Entre estas disposiciones, el párrafo 2 del art. 1 de la CPEUM puede ser de gran ayuda al establecer:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Con esta disposición, vinculada al art. 133 CPEUM, podría justificarse la vinculación de los derechos fundamentales a todos los actos de autoridad, incluso aquellos derivados de una competencia o un deber constitucional. En este sentido, el deber del juez de control de realizar un test de proporcionalidad en la prisión preventiva justificada en el CNPP es un indicio de la congruencia en todas aquellas medidas estatales con una fuerte intensidad de intervención en los derechos fundamentales. Por ello, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico mexicano, puede justificarse una interpretación de la prisión preventiva oficiosa que conduzca a un examen del caso concreto por parte

¹⁹ Tesis aislada I.40.P.16 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 33, enero de 2024, t. VI, p. 6089.

del juez relativo a la aplicación de la prisión preventiva para los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Así, el *principio de unidad constitucional* exige de los operadores jurídicos la necesaria armonización de la aparente contradicción que representa la prisión preventiva oficiosa respecto de otros principios contenidos en la CPEUM y leyes secundarias (Mateos Durán, 2023b: 259). Intentos de flexibilizar la prisión preventiva oficiosa ya pueden verse en la actividad jurisdiccional de los tribunales colegiados y juzgados. Aquí vale la pena mencionar que existe una tesis jurisprudencial (XXII.P.A. J/1 P 11a.),²⁰ la cual plantea la posibilidad aplicar un test de proporcionalidad aun cuando se trate de la prisión preventiva oficiosa. Para justificar dicho criterio se cita la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2a./J. 163/2017 (10a.)²¹ para que se practique un examen de interpretación más favorable de las restricciones de la CPEUM, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con todas las disposiciones de la CPEUM (interpretación sistemática).²²

Un último argumento que apoyarían una flexibilización de la prisión preventiva oficiosa puede encontrarse en la estructura misma de los derechos fundamentales, los cuales, salvo contadas excepciones, cuentan

con la estructura de principios. Los principios, a diferencia de las reglas, establecen pretensiones *prima facie*. Una obligación *prima facie* es un deber cuyo cumplimiento es exigido en la medida en que no existan razones de peso en contra que justifiquen su inaplicación (Ross, 2009: 18-19; Hare, 1991: 27 y ss.). Esta característica es visible en los derechos fundamentales, debido a que en algunos casos su satisfacción puede ceder frente a otras razones fundadas en otros derechos fundamentales, bienes constitucionales y la ley (reserva de ley). De este modo, la libertad personal del imputado puede ceder frente a las razones que justifican la prisión preventiva para el caso concreto, pero lo mismo puede suceder de manera inversa. Detrás de la prisión preventiva oficiosa hay principios constitucionales que entran en colisión con la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia. Estos últimos pueden ceder ante la libertad personal dependiendo de las características del caso concreto.²³ La justificación de la prioridad se lograría a través del test de proporcionalidad.²⁴ Si la prisión preventiva constituye por sí misma un derecho fundamental o un bien constitucional,

20 Jurisprudencia XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 34, febrero de 20224, t. V, p. 4466.

21 Jurisprudencia 2a./J 163/2017 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 49, diciembre de 2017, t. I, p. 487.

22 Otros intentos, pueden verse en la jurisprudencia IX.P. J/6 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3684.

23 Aunque la prisión preventiva oficiosa puede considerarse como una regla, detrás de ella existen principios, los cuales constituyen los bienes protegidos por los tipos penales considerados como razones para la aplicación de la prisión preventiva. Respecto a la posibilidad de ponderar principios detrás de determinaciones estrictas de la Constitución, véase Borowski (2009: 103 y 104).

24 Véase en el mismo sentido, la jurisprudencia IX.P. J/201 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3671.

se verá más adelante dentro del examen de control relativo a la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.

De este modo, con base en los argumentos antes mencionados, es posible interpretar el carácter *oficioso* de la prisión preventiva como un deber *prima facie* por parte del juez de control en los casos que se presenten algunos de los supuestos de hecho del catálogo de delitos del art. 19, párr. 2 de la CEPUM. Esto implica que, al materializarse alguno de los delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, el juez está obligado a considerar la prisión preventiva como primera medida cautelar posible para el caso concreto. No obstante, debido a su naturaleza como obligación *prima facie*, es posible que esta obligación ceda frente a otras razones que justifiquen su inaplicación. Así, se abre la puerta a que se consideren otras medidas cautelares, en las situaciones en las que no existan argumentos de peso que justifiquen su aplicación. El peso de las razones que justifiquen la aplicación o no de la prisión preventiva será determinadas por el caso concreto. Un criterio similar al aquí expuesto puede verse la jurisprudencia IX.P. J/5 (11a.), la cual señala:

[L]a autoridad jurisdiccional debe actuar “oficiosamente”, es decir, sin petición de parte, para someter a control horizontal la imposición de la medida cautelar y, cerrado el debate, ejercer su arbitrio para razonar el cumplimiento del test de proporcionalidad (fin legítimo, necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad), hecho lo cual, con la libertad de jurisdicción, de manera fundada y motivada, habrá de resolver lo que conforme a derecho proceda.²⁵

²⁵ Jurisprudencia IX.P. J/5 P (11a.), *Gaceta del*

La ventaja que ofrece esta reconstrucción de la *oficiosidad* de la prisión preventiva es que es congruente con la importancia que el constituyente exige al momento de imponer una persecución calificada a ciertos delitos en el art 19, párr. 2 CEPUM —que se traduce en la aplicación de una medida cautelar de fuerte intensidad de intervención, pero que al mismo tiempo asegura de manera certera que el imputado no ponga en peligro el proceso penal—,²⁶ pero a su vez es coherente con el actual sistema jurídico mexicano. Otro punto a favor de esta reconstrucción es que resulta compatible con el test de proporcionalidad, puesto que al igual que la prisión preventiva justificada, el juez estaría obligado a conocer los argumentos del imputado y del Ministerio Público, los cuales serían incluidos dentro del test de proporcionalidad.

5. El examen de control constitucional en la prisión preventiva oficiosa

Con base en el examen de Intervención-Restricción (*Eingriff-Schranken*),²⁷ la protección *prima facie* ofrecida por un derecho fundamental puede ceder ante una restricción con fundamento constitucional. En este sentido, como ya mencionamos, la obligación de ordenar la prisión preventiva oficiosa para los delitos que lo ameriten pueden ceder ante otras razones que justifiquen su no aplicación. No obstante, es aquí donde debemos

Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3674.

²⁶ El porqué de este argumento es importante, se verá en el apartado 5.3.

²⁷ Relativo a este esquema, véase Borowski (2022: 81 y ss.).

aclarar que la prisión preventiva como tal no es un derecho fundamental, sino que es una medida cautelar extraordinaria que tiene por objetivo asegurar la investigación de ciertos delitos que afecten bienes protegidos. Este último punto merece especial atención, ya que existe un deber del Estado respecto de los bienes protegidos afectados por la comisión de los delitos en los que se ordena de oficio la prisión preventiva. Volveremos a este último punto en la etapa de la justificación constitucional, específicamente, dentro del test de proporcionalidad.

Por esta razón, nuestro estudio comenzará analizando el *derecho a la libertad personal*, el cual está protegido a nivel nacional por los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 CPEUM. Debido a la incorporación de los derechos fundamentales internacionales contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, en la CPEUM, otras disposiciones que protegen la libertad personal son los arts. 5 y 7 de la CADH, el art. 9 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los art. I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 14). Estas disposiciones vinculan a todas las autoridades del Estado mexicano debido a su rango constitucional.

El hecho de que empleamos el derecho a la libertad personal como punto de partida del examen se debe a que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa es una forma de restricción constitucional que afecta la satisfacción de este derecho. En este sentido, la mayoría de los juicios de amparo promovidos contra la aplicación de la prisión preventiva oficiosa versan sobre sus efectos en la libertad personal del quejoso. La importancia y los efectos de la prisión preventiva oficiosa en el derecho a la libertad personal los anali-

zaremos en la etapa de la justificación constitucional (restricciones constitucionales). Igualmente, en la etapa de las restricciones se aclarará el papel del derecho fundamental a la presunción de inocencia dentro del test de proporcionalidad.

Así, utilizaremos en este trabajo el *modelo del derecho fundamental híbrido* (Mateos Durán, 2023: 125 y 126; Mateos Durán, 2023b: 253 y ss.). De acuerdo con este modelo, el derecho a la libertad personal en México es una “amalgama” de todas las disposiciones con rango constitucional que protegen ese derecho. De este modo, todas las etapas del esquema Intervención-R restricción (ámbito de protección, intervención, justificación constitucional) considerarán las herramientas aplicables en el sistema constitucional mexicano. Esto tiene como resultado que se considere el principio *pro homine* en la construcción del derecho híbrido dentro de las etapas de ámbito de protección e intervenciones.²⁸ Lo anterior implica que en el ámbito de protección se tomará en cuenta el mayor número de actos y situaciones jurídicas vinculadas con la libertad personal como protegidos *prima facie* y en la etapa de las intervenciones se exigirán los menores requisitos para calificar el acto de autoridad como una intervención/lesión a la libertad personal. En la etapa de

²⁸ Lo que significa que este principio no juega un papel tan relevante en la etapa de la justificación constitucional, especialmente, en el caso de colisión de derechos fundamentales, debido a que en estos casos cualquier resultado de la ponderación de principios será entendido como una interpretación *pro homine* en ese sentido. Relativo a los límites del principio *pro persona*, véase Mateos Durán (2023: 121 y ss).

las restricciones se considerarán todas las restricciones aplicables a la libertad personal contenidas en todos los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Sin embargo, es necesario destacar que el análisis del derecho a la libertad personal no será exhaustivo como lo requeriría un caso real. La razón detrás de esta decisión se debe a límites de espacio y al objetivo principal de este trabajo de reconstruir precisamente las etapas del test de proporcionalidad y la estructura de la ponderación en la prisión preventiva oficiosa.

5.1. *Ámbito de protección*

El ámbito de protección personal del derecho a la libertad personal protege a todas las *personas* como portadoras de este derecho fundamental conforme a todas las disposiciones antes mencionadas. El derecho general a la libertad comprende varios aspectos de la vida individual, pero es susceptible de ofrecer algunas formas de protección especializada que se materializan en facetas específicas de la libertad, por ejemplo, la libertad de expresión. En cuanto al ámbito de protección material, la libertad personal protege, en comparación con otros derechos de libertad (asociación, de tránsito, de trabajo, etc.), el aspecto corporal o físico del portador, es decir, la posibilidad de que el portador pueda moverse espacialmente. La CIDH parte igualmente de este entendimiento de la libertad personal al señalar:

En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico.

El derecho de la libertad personal es un derecho de defensa, por lo que la principal pretensión de este derecho es exigir la omisión de cualquier acto estatal que prive de la libertad física y de movimiento al individuo. Esta característica igualmente es reconocida por la CIDH:

De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.²⁹

5.2. *Intervención*

Se considera un acto o medida estatal como una intervención en el derecho fundamental cuando la satisfacción del derecho se ve mermada o afectada por la vigencia o aplicación de dicho acto o medida. La intervención en la libertad personal se entenderá como cualquier medida estatal que resulte en la privación de la libertad (detención, apriamiento, custodia), es decir, cualquier acto restrictivo que limite la “capacidad deambulatoria ordinaria del individuo” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 55). Respecto a los criterios necesarios para considerar un acto estatal como una intervención, en el sistema constitucional mexicano parece bastar cualquier afectación fáctica a la libertad personal, independientemente de

²⁹ CIDH, Chaparro Álvarez y Lao Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 53.

si el acto estatal tiene como finalidad limitar la libertad personal. Lo anterior puede corroborarse al dar un vistazo a la Contradicción de Tesis 84/2019 de la Primera Sala de la SCJN:

De tal manera que la libertad personal no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia directa privar al gobernado de la libertad personal, sino que tal afectación también surge con actos que delimiten, de alguna forma, su permanencia o modifiquen las condiciones en que tal privación continúe ejecutándose.³⁰

Respecto a la duración de la detención u obstaculización, para la CIDH la lesión al derecho a la libertad personal no requiere de una duración específica para considerarse como una intervención (Antkowiak y Gonza, 2017: 145).

5.3. La justificación constitucional (restricción constitucional)

En la etapa de la justificación constitucional se analiza si la intervención estatal cuenta con un fundamento en la ley (con base en una reserva de ley constitucional) o en una disposición de la CPEUM. Todo esto, en el entendido que el derecho a la libertad personal no es ilimitado debido a que puede ser susceptible de restricciones, particularmente, por la comisión de un delito que amerite una pena privativa de la libertad. En esta etapa se analizan las diferentes restricciones de los derechos fundamentales, entre estas, de particular mención, el test de proporcionalidad.

³⁰ Primera Sala, Contradicción de Tesis 84/2019, p. 9

Ejemplos de restricciones en la CPEUM podemos encontrarlos en sus arts. 16, 18 y 19, que establecen medidas restrictivas de la libertad personal. La misma CADH reconoce en el art. 7, numeral 2 la posibilidad de establecer restricciones a la libertad personal a través de las constituciones y leyes de los Estados parte. No obstante, en este punto vale la pena mencionar que el art. 7, numeral 3 CADH dispone que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, lo que constituye un límite material a las restricciones contenidas en las normas constitucionales y leyes secundarias.³¹ Las medidas cautelares no son una excepción a esto, en palabras de la CIDH:

De este modo, para que respete la presunción de inocencia (artículo 8.2) al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención.³²

³¹ Jesús María Casal describe la función de la “arbitrariedad” dentro de la libertad personal protegida por la CADH: “La prohibición de privaciones ilegales de la libertad atiende a un criterio formal y procedimental, mientras que la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad responde a un criterio fundamentalmente material o sustancia. No basta que una detención sea conforme a la Constitución y las leyes de un país para considerarla lícita o legítima, ya que es preciso adicionalmente que esta normatividad se ajuste a principios materiales de razonabilidad o proporcionalidad” (Casal Hernández, 2014: 189).

³² CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),

Así, es en este punto donde entra el test de proporcionalidad como un límite material de las restricciones constitucionales y legales. En el sistema constitucional mexicano se considera que el test de proporcionalidad cuenta con cuatro etapas: 1) fin legítimo; 2) idoneidad; 3) necesidad, y 4) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.³³ No obstante, cuando se emplea el examen del esquema Intervención-Restricción, en la etapa de la justificación constitucional se analiza desde un inicio la existencia de un fin legítimo, en otras palabras, una justificación constitucional de la intervención estatal. En caso de que no exista dicho fin legítimo, el examen concluye con la inconstitucionalidad del acto de autoridad. En caso de existir un fin legítimo, se prosigue con las demás gradas de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto).

Sin embargo, la prisión preventiva no es una pena, sino un medio para garantizar el adecuado desarrollo del proceso penal. Así, el fin legítimo del Estado es justamente que el juez pueda dictar una sentencia, la cual no necesariamente debe concluir en una pena, sino que decide la situación jurídico-penal del imputado. Debido al rango constitucional de la libertad personal la justificación de su restricción debe tener un sustento constitucional, como sucede en el caso de la prisión preventiva dispuesta en el art. 19 CPEUM. No obstante, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, la justificación de la aplicación de esta medida cautelar es el art. 19, párr. 2, enunciado 2 de la CPEUM. Gracias a la recons-

trucción del carácter *oficioso* de la prisión preventiva del art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM antes mencionada, puede justificarse constitucionalmente la realización de un test de proporcionalidad para la prisión preventiva oficiosa en el entendido de que constituye un deber *prima facie* del juez de control el realizar dicho examen antes de considerar otras medidas cautelares aplicables al caso concreto. De este modo, a continuación, realizaremos un breve estudio de las etapas del test de proporcionalidad en la prisión preventiva oficiosa.

5.3.1. Idoneidad

Una medida estatal es idónea en la medida que promueva en algún grado el fin legítimo perseguido por el Estado. En este caso la prisión preventiva es idónea para garantizar el desarrollo pleno del proceso penal. En esta etapa no importa si existen otras medidas cautelares que sean idóneas para asegurar el fin legítimo perseguido por el Estado. Generalmente en esta etapa no hay mayores problemas porque ciertamente la prisión preventiva es una medida idónea para la consecución del fin legítimo buscado por el Estado.

5.3.2. Necesidad

Una medida estatal se considera necesaria cuando de entre las diversas medidas idóneas disponibles la medida elegida por el Estado es aquella que logra la consecución del fin legítimo en el mayor grado posible, pero con la menor o nula intervención en otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Esto es explicado a continuación por Martin Borowski:

párr. 163.

33 Véase la tesis aislada 1a. CCLXIII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

El medio estatal M_E es *necesario*, cuando no hay un medio menos lesivo M_M . Un medio menos lesivo M_M es un medio alternativo en el sentido técnico de necesidad, con el cual la meta en cuestión P_i puede alcanzarse en al menos la misma medida, pero no es perjudicial o sólo de manera muy leve para los afectados. La grada de necesidad exige del operador jurídico el determinar los posibles medios alternativos y el examinar si en los hechos se trata de un “medio alternativo menos lesivo” en el sentido de necesidad. La afirmación de que un medio estatal M_E es necesario presupone, por lo tanto, la aseveración de que no existe un medio menos lesivo M_M . (Borowski, 2022b: 199)³⁴

En el caso de la prisión preventiva oficiosa tenemos al menos dos alternativas claras en esta etapa. La primera alternativa consiste en considerar que no es posible compararla con otras medidas cautelares puesto que la misma disposición (art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM) descarta otras medidas idóneas, y lo que impone es pasar inmediatamente a la siguiente grada del test, proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En la segunda alternativa, la prisión preventiva oficiosa se compara con otras medidas cautelares aplicables al caso concreto. No obstante, estas dos opciones presentan problemas importantes para el test de proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa. La primera solución tornaría ociosa la grada de la necesidad, puesto que no existe manera de compararla con otros medios que puedan ser menos eficientes, pero al mismo tiempo menos lesivos al derecho a la libertad personal (otras medidas cautelares). La segunda alternativa, por

su parte, volvería inaplicable la prisión preventiva oficiosa, porque cualquier otra medida cautelar representaría una menor afectación del derecho a la libertad personal.³⁵

Aquí debemos mencionar nuevamente que existe un deber *prima facie* del juez de aplicar la prisión preventiva oficiosa y, como tal, puede ceder ante otras razones de peso dentro del caso concreto que justifiquen su no aplicación. Sin embargo, a diferencia de la grada de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en la grada de necesidad no se realiza ninguna ponderación de los medios estatales disponibles, como claramente lo menciona Borowski:

Dentro de esta decisión [necesidad - A.D.M.D.] no se lleva a cabo ninguna ponderación, en cambio, la promoción del fin estatal P_i , por parte del medio estatal y de todos los medios alternativos imaginables, se deberán poner en una escala ordinal—los elementos se ordenarán según la relación de “menor a”, “mayor a” e “igual a”—. Cada medio alternativo imaginable será examinado en cuanto a si promueve P_i en al menos la misma medida (“igual a” o “mayor a”), pero interfiera en el principio constitucional P_2 en menor medida (“menor a”). (Borowski, 2022b: 199)

Esta situación puede resolverse en el entendido de que debe realizarse a continuación una ponderación de todos los medios estatales disponibles—medidas cautelares— comenzando primero con la prisión preventiva oficiosa.³⁶ En la medida que la pri-

³⁴ El agregado es propio (A.D.M.D.) Trad. Libre.

³⁵ Justo por esta razón se considera una medida cautelar extraordinaria.

³⁶ Así se da por entendido que el requisito de la medida menos lesiva de la grada de nece-

sión preventiva oficiosa no supere la grada de proporcionalidad en sentido estricto, seguirá el examen con la siguiente medida cautelar que intervenga en menor medida y promueva en mayor medida el desarrollo del proceso penal. Así, hasta que la medida cautelar sujeta al test se considere proporcional y, por ende, constitucional. Este entendimiento de la prisión preventiva oficiosa dentro de la proporcionalidad es congruente con una estructura *prima facie*. Sin embargo, aunque la prisión preventiva oficiosa pueda superar las dos primeras gradas del test de proporcionalidad (idoneidad y necesidad) no significa que esta medida cautelar sea constitucional para el caso concreto. Por esta razón, es necesario agotar la última etapa, es decir, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

5.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

En esta etapa se deben ponderar los principios en colisión con rango constitucional. Así, en esta etapa se contraponen los argumentos y contraargumentos de cada uno los principios en cuestión del caso concreto. Al igual que en la prisión preventiva justificada,

sidad no se presenta en el caso de la prisión preventiva oficiosa. Una situación algo similar de la grada de necesidad puede observarse en el caso de los llamados “medios no menos lesivos, pero más eficientes”, en los cuales se considera la posibilidad analizar también en la grada de necesidad otros medios alternativos que tal vez no cumplan con el requisito de “menos lesivo”, pero son más eficientes, véase Borowski (2022b: 200 y ss.).

da, el juez está obligado a considerar los argumentos presentados por el imputado y el Ministerio Público dentro de la prisión preventiva oficiosa. A partir de estos argumentos y las características del caso, el operador jurídico podrá llegar a una conclusión que lo lleve a determinar si debe ordenar la prisión preventiva.

En este punto es necesario mencionar que debemos identificar cuáles principios constitucionales estarán en colisión. Por un lado, tenemos los derechos fundamentales de la libertad y presunción de inocencia, y por el otro, el fin legítimo del Estado de garantizar la persecución de delitos graves a través del desarrollo del proceso penal y proteger los bienes jurídicos afectados por la comisión de dichos delitos. Aunque es posible colocar dos principios en uno de los lados de la ponderación (derecho a la libertad y presunción de inocencia), e incluso ponderarlos frente a dos principios en el lado contrario (desarrollo del proceso penal y bienes jurídicos protegidos), en este caso, la ponderación se realizará solamente con la contraposición de dos principios: el derecho a la libertad frente al derecho a la protección de los bienes protegidos afectados por la comisión de los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Esto se explicará a continuación con mayor detalle.

En el caso de la presunción de inocencia, aunque es cierto que la privación de la libertad del imputado dentro de la prisión preventiva podría verse como una pena y, por ello, considerarse como una intervención al derecho a la presunción de inocencia, esto no necesariamente implica que se haya demostrado la responsabilidad penal del imputado, puesto que ello solamente es jurídicamente factible mediante el pronunciamiento de una

sentencia condenatoria.³⁷ En este sentido, la presunción de inocencia se ve afectada en la medida que se concrete la pérdida material de la libertad, por lo que una afectación al derecho de presunción de inocencia es una consecuencia derivada de la afectación al derecho a la libertad. Lo anterior no implica que tal derecho carezca de importante al momento de realizar la ponderación, sino que constituye un argumento más que refuerza el peso de las razones que justifican la prelación del derecho a la libertad personal dentro del caso concreto.

Respecto al deber del Estado de garantizar la persecución de los delitos a través del aseguramiento del proceso penal, aquí debemos señalar que dicho fin no puede por sí solo justificar en todos los casos una inter-

vención tan intensa en el derecho a la libertad. El peso abstracto en sí de la persecución de los delitos no es tan elevado que, por ello, conduzca a la aplicación generalizada de la prisión preventiva. Una muestra de esto es el art. 155 CNPP, el cual contempla las diferentes medidas cautelares a disposición del juez, y el art. 156 CNPP, que dispone la proporcionalidad de las medidas cautelares. Estos dos artículos demuestran que el fin legítimo de la persecución de los delitos no amerita en todos los casos la aplicación de la prisión preventiva, debido a que existen otras medidas que pueden satisfacer este fin. Sin embargo, ¿qué sucede con la prisión preventiva oficiosa contenida en el art. 19, párr. 2 CPEUM? Aquí es necesario dirigir nuestra mirada a las causas de la prisión preventiva oficiosa, es decir, el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. El catálogo de delitos que el legislador constituyente estableció para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa puede interpretarse en el sentido de que, además del fin legítimo de la persecución de los delitos, también existe detrás del tipo penal un bien jurídico que exige una mayor protección constitucional y que requiere un mayor aseguramiento del proceso penal.

El criterio anterior puede parecer carente de significado particular al momento de ponderar los principios en colisión, no obstante, tiene una gran relevancia y es coherente con toda la construcción que se ha venido desarrollando en este trabajo. Esto se debe a que gracias a este entendimiento podemos ponderar frente al derecho a la libertad no solo el deber general de la persecución de delitos y de aseguramiento del proceso penal, sino la afectación de los bienes protegidos detrás de los tipos penales listados en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Esto produce efectos de relevancia dentro de la ponderación, puesto que el peso abstracto del principio

37 En este mismo sentido, Luis Blaimir Palacios Mosquera señala: “Para finiquitar conviene resaltar que aunque desde una perspectiva constitucional puede justificarse con cierta ‘comodidad’ la compatibilidad entre presunción de inocencia y detención preventiva, lo cierto es que el diseño legal de la institución y su dinámica en la praxis judicial genera variados cuestionamientos, pues a menudo se abandona la naturaleza cautelar de la prisión provisional para atribuirle funciones punitivas sólo entendibles bajo la vigencia de una reprochable presunción de culpabilidad. Por lo tanto, si de algo ha de servir el considerar a la presunción de inocencia como el principio clave del régimen de la prisión preventiva y no como un puro mito procesal, es imperioso que las autoridades legislativas y jurisdiccionales desarrollen sus competencias en el sentido de evitar la utilización de esta herramienta cautelar como un castigo anticipado” (Palacios Mosquera, 2018: 38). En el mismo sentido, Smolianski (2020: 123).

que se contrapone a la libertad puede variar dependiendo del delito cometido, es decir, delitos como la desaparición forzada o violación tendrán un mayor peso abstracto que otros ilícitos como delitos electorales o ejercicio abusivo de funciones.

De este modo, tipos penales que criminalicen delitos que afecten en gran medida la dignidad humana, por ejemplo, trata de personas, tendrán un mayor peso abstracto y la intensidad de su incumplimiento será mayor que en la comisión de otros delitos que, si bien son importantes debido a su mención por parte del constituyente en el art. 19, párr. 2 CPEUM,³⁸ pueden existir razones que justifi-

quen la inaplicación de la prisión preventiva para el caso concreto y se consideren otras medidas cautelares. Esto no presupone que en delitos con un menor peso abstracto no sea posible ordenar la prisión preventiva, ya que otros elementos probatorios ofrecidos por el Ministerio Público pueden demostrar la existencia de un peligro procesal real de sustracción de la acción de la justicia del imputado o afectar de alguna manera el desarrollo del proceso, incluso, para proteger a la víctima o víctimas del delito. A diferencia de otros delitos similares en la legislación penal secundaria, el peso abstracto y la intensidad de intervención será mayor en los delitos del listado del art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM—lo anterior, con miras en la posibilidad de justificar la prisión preventiva en otros delitos conforme a los criterios establecidos por la ley secundaria, por ejemplo, los arts. 155 y 156 del CNPP—. El que los delitos del art. 19, párr. CPEUM puedan tener un peso abstracto diferente no constituye una alteración de la voluntad del constituyente que instauró la prisión preventiva oficiosa en la CPEUM, puesto que en el examen del caso concreto, el juez de control está obligado a verificar primero la proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa cuando se presenten los delitos del listado del art. 19, párr. CPEUM, antes de considerar otras medidas cautelares proporcionales al caso concreto.

Después del desarrollo anterior, podemos concluir que, en la ponderación de los derechos en colisión, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, los principios en colisión son el derecho a la libertad personal y el

³⁸ Esto se debe a que el art. 19, párr. 2 CPEUM es un ejemplo de la moral positiva que existe en el sistema jurídico mexicano. Sobre el concepto de moral positiva, véase Borowski (2022: 165). En este punto Alejandro Nava Tovar, al analizar los aportes de la teoría hegeliana a la pena, menciona el estrecho vínculo entre la sociedad y las penas contenidas en el derecho: “La conformación de las sociedades modernas pasa, necesariamente, a través de la identidad normativa del derecho penal con sus ciudadanos. Estos tienen el deber de no defraudar las expectativas compartidas del sistema jurídico, y solamente así la pena cumple con el mantenimiento de estas expectativas, a saber, la vigencia de las normas” (Nava Tovar, 2023: 158). Asimismo, él señala: “En efecto, la política criminal lleva a cabo una labor selectiva de prioridades relevantes en materia penal, con el objetivo de establecer penas o medidas de seguridad de acuerdo con las necesidades sociales. Esta selección de prioridades relevantes, que pueden enfatizar tanto en la protección de todos aquellos objetos que son legítimamente protegibles por las normas penales, es decir, bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), como evitar el daño

a la validez de las normas en las sociedades (*Normgeltungschadens*), buscan darle sentido al sistema penal” (Nava Tovar, 2021: 92).

aseguramiento del proceso penal fundado en el bien jurídico protegido en el listado del art. 19, párr. 2 CPEUM. Para lograr un mejor entendimiento de la ponderación antes descrita, a continuación, presentaremos el siguiente caso hipotético para demostrar cómo se llevaría a cabo la ponderación dentro de la prisión preventiva oficiosa.

6. Caso modelo

Supongamos que *A* fue detenido por la probable comisión del delito de feminicidio cometido contra *B*. A diferencia de la prisión preventiva justificada, en este caso el juez debería ordenar la prisión preventiva oficiosa, por tratarse de un ilícito contenido en el listado de delitos que ameritan prisión preventiva contenido en el art. 19, párr. 2, enunciado 2 de la CPEUM. Sin embargo, con base en la estructura desarrollada en este trabajo el juez tiene una obligación *prima facie* de ordenar la prisión preventiva oficiosa para *A*, la cual puede ceder ante otras razones de peso. En este sentido, el juez de control tiene que realizar un test de proporcionalidad, que, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, lo conduce a una ponderación de los derechos en colisión. El juez de control debe recabar toda la información aportada por el Ministerio Público y el imputado para poder decidir la procedencia de la prisión preventiva en el caso concreto. El imputado no fue detenido en flagrancia, pero de acuerdo con las investigaciones del Ministerio Público existe una alta probabilidad de que *A* se susstraiga del proceso penal y que represente un peligro para la familia de la víctima con base en antecedentes de otras formas de violencia de género por parte del imputado. En el caso de feminicidio, la autoridad tiene un deber de investigar si existieron situaciones de

violencia de género o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género.³⁹ El feminicidio constituye un delito de alto impacto en el sistema jurídico mexicano y en la sociedad. El peso abstracto de los bienes protegidos —el derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y el derecho a la igualdad (perspectiva de género)— por este tipo penal es elevado y esto puede observarse en la legislación secundaria (por ejemplo, el art. 325 del Código Federal Penal). Este delito a su vez considera diversas formas de interseccionalidad —por ejemplo, si la víctima fue menor de edad o esté embarazada—, lo cual aumentaría el peso abstracto del bien jurídico protegido. En nuestro caso, la víctima *B* es una menor de edad. Así, el juez de control debe ponderar las razones que justifican la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y considerar todos los argumentos a favor y en contra de su aplicación.

Así, emplearemos ahora la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy para explicar de manera breve la ponderación que debe realizarse en este caso. La estructura de la fórmula es la siguiente (Alexy, 2021: 171-172):

39 Este deber ya lo ha señalado la SCJN: “Con base en los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, cuando se investigue la muerte violenta de una mujer, los órganos investigadores deben realizar su investigación con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método para verificar si existió una situación de violencia o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género”. Tesis aislada de la Primera Sala 1a. CLXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

$$PR_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

PR_{i,j}: Peso relativo

I_i: Intensidad de la intervención en P_i

I_j: Intensidad de los efectos negativos por la omisión de la intervención en P_j

P_i y P_j: Pesos abstractos de los principios

F_i y F_j: Certeza o fiabilidad de las premisas

La fórmula tiene fines de exposición al señalar los criterios importantes que deben considerarse y el mismo caso concreto ofrece la justificación externa de los valores para determinarlos. La fórmula no sustituye a la argumentación que el juez de control debe realizar al momento de ordenar o no la prisión preventiva oficiosa. Los valores son dados por el caso concreto, la jurisprudencia existente y una interpretación sistemática del sistema jurídico en cuestión.

Sobre las bases expuestas, podemos asignar los siguientes valores⁴⁰ a los princi-

pios en colisión. Por un lado, el derecho a la libertad (P_i) es un derecho fundamental que cuenta con un importante peso abstracto (P_i) en el sistema constitucional mexicano, pero que, sin embargo, es susceptible de ser limitado por otros principios,⁴¹ por lo que le asignamos un peso con un valor de (sm, 128), mientras que la intensidad de afectación (I_i) en caso de ser aplicada la prisión preventiva oficiosa es alto con un valor (sm, 128) —en el entendido de que todavía no es una pena—, la certidumbre o fiabilidad de las premisas (F_i) de la posible afectación a este derecho es elevado, puesto que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa tiene un daño certero a la libertad (1). Mientras que, por el otro lado,

peso son expresados como valores de una secuencia geométrica en lugar de una secuencia aritmética. Mientras que una secuencia aritmética para la escala triádica sería 1, 2, 3, y para la escala triádica doble 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, la secuencia geométrica para la escala triádica es 2⁰, 2¹, 2² (1 – 2 – 4) y para la escala triádica doble 2⁰, 2¹, 2², 2³, 2⁴, 2⁵, 2⁶, 2⁷, 2⁸ (1 – 2 – 4 – 8 – 16 – 32 – 64 – 128 – 256). Esto merece una reconstrucción del peso desproporcionalmente creciente por el incremento de la no satisfacción de los principios. Los valores de “I_i”, “I_j”, [“P_i”] y [“P_j”], son expresados en estas secuencias geométricas. El incrementar la no satisfacción y el peso abstracto implica incrementar el peso del principio relevante. Esto ha llevado a Alexy a emplear una escala geométrica algo diferente para [“F_i”] y [“F_j”], a saber, 2⁰, 2⁻¹ y 2⁻² (1 – 0,5 – 0,25) para la escala triádica” (Borowski, 2022: 331).

40 Borowski explica a continuación la doble escala triádica usada por Alexy: “[Alexy] propone la escala triádica, la cual distingue solamente tres valores, ‘ligero’ (l), moderado (m), y ‘serio’ (s). En contextos en donde una escala más fina es posible, la escala triádica puede ser extendida a una doble escala triádica. Esto conduce a la distinción de nueve valores, ‘ligero-ligero’ (ll), ‘ligero-moderado’ (lm), ‘ligero serio’ (ls), ‘moderado ligero’ (ml), ‘moderado-moderado’ (mm), ‘moderato-serio’ (lm), ‘serio-ligero’ (sl), ‘serio-serio’ (ss)”. (Borowski, 2022: 330). Respecto a los valores: “Los valores en la fórmula del

41 Una prueba de ello es que figura en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos o restringidos conforme al art. 29 CPEUM, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013: 27 y 28).

la protección de los bienes jurídicos a través de la garantía de delitos de alto impacto, en este caso el feminicidio (P_j), es el derecho a la vida y la integridad de las mujeres, y cuenta con un peso abstracto (P_i) elevado de (ss, 256), mientras que la intensidad de afectación en este principio, debido a la naturaleza del mismo, por la inaplicación de la prisión preventiva es también alto (sm, 128) y, por último, con una fiabilidad de las premisas normativas e empíricas de “certeras” (1) — esto implica, que existen pruebas suficientes que demuestren que el imputado puede fugarse—. Así la ponderación se vería de esta forma:

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 1} = 0,5$$

Cuando el resultado del cociente es menor a 1, esto significa que el principio P_j tiene precedencia en el caso concreto. Esto implica que el bien protegido que amerita prisión preventiva oficiosa tiene prioridad, por lo que debe aplicarse la medida cautelar. Supongamos que, en el mismo caso, las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público no son convincentes o de plano no tienen ninguna carga probatoria importante que demuestre que existe la posibilidad de que el imputado se sustraiga del proceso penal o represente un peligro para la familia de la víctima. Lo anterior puede suceder cuando hay indicios de tortura o demora en la presentación del imputado ante el juez. Así, la variable F_j cambiaría su peso dando el siguiente resultado:⁴²

⁴² El porqué la certidumbre de las premisas

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 0,25} = 2$$

Aquí el cociente es mayor a 1, por lo que el principio P_i tiene prioridad, lo quiere decir que el derecho a la libertad tiene prioridad y por ello la prisión preventiva es inconstitucional para el caso concreto. En cambio, si las pruebas del Ministerio Público tienen una carga probatoria plausible, porque no hay una suficiente certidumbre de que el imputado se sustraiga del proceso penal, entonces el resultado es el siguiente:

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 0,5} = 1$$

En este caso tenemos un empate entre los dos principios. Aquí se da el caso conocido como *discrecionalidad en la ponderación* (Borowski, 2022: 333) lo que quiere decir que la medida estatal (prisión preventiva) no es desproporcional, dando discrecionalidad al juez de control para decidir si la ordena o no.

empíricas y normativas altera el peso de los demás criterios es explicado a continuación por Martin Borowski: “Mientras más inciertas sean las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación que será llevada a cabo, entonces se volverá más bajo el peso del principio en cuestión. Esto puede ser crucial para interferencias severas con principios con un alto peso abstracto, en las cuales no hay certeza de que, desde el punto de vista empírico, la interferencia realmente tendrá lugar”. (Borowski, 2019: 91).

7. El efecto de la jurisprudencia de la CIDH en la ponderación

Un elemento que requiere un especial análisis es el efecto de la sentencia condenatoria *García Rodríguez y otros vs. México* en el ordenamiento jurídico mexicano. Los efectos de esta sentencia han tenido una fuerte repercusión en los criterios jurisdiccionales en México. Aunque es indudable la importancia de esta sentencia para el entendimiento y la aplicación de la prisión preventiva, surge la pregunta de cómo se puede incorporar el efecto de dicho criterio dentro del modelo antes presentado. En este punto es cuando entran al escenario los principios formales. A diferencia de los principios materiales, que son objeto de mandatos de optimización (Alexy, 2022: 77 y ss.) relativos a los principios detrás de los derechos fundamentales, los principios formales se refieren a la fuerza de vinculación de decisiones autoritativas pasadas (Borowski, 2019: 92 y ss.). En este caso, se refieren al nivel de vinculación de decisiones pasadas —pronunciadas por el legislador nacional o un tribunal internacional— dentro de la ponderación llevada a cabo por el juez de control. De entre los diversos modelos de los principios formales (Borowski, 2022: 335 y ss.) en este trabajo emplearemos el *modelo de combinación ampliado* (Mateos Durán, 2023: 130), congruente con el modelo del *derecho fundamental híbrido*. Aquí se agregan dos principios formales *PFL* (principio formal a favor de las decisiones del legislador democrático) y *PFI* (principio formal a favor de las decisiones de tribunales e instituciones internacionales).⁴³ En este modelo,

el principio formal (*PFI*) se colocará de lado del principio en colisión que tuvo prioridad en la ponderación del tribunal internacional (CIDH). Esta *fórmula del peso ampliada* o también denominada *ponderación convencionalizada* tendría la siguiente estructura:⁴⁴

$$PR_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI}}$$

Esto quiere decir, que la condena al Estado mexicano en el caso *García Rodríguez y otros vs. México* sería un argumento a favor del derecho a la libertad personal y de no aplicar la prisión preventiva. El valor de *PFL*⁴⁵ sería el más alto debido a que es una sentencia condenatoria directa al Estado mexicano, aunado a la existencia de jurisprudencia de la CIDH sobre la regulación de la prisión preventiva. Este peso adicional tiene un papel muy importante en los casos donde existe un “empate” de los principios en colisión. A continuación, podemos ver un ejemplo de cómo alteraría el principio formal el caso del empate:

⁴³ Relativo a esto, véase Mateos Durán (2023: 130 y 131).

⁴⁴ Esta estructura se refiere a la segunda variante de fórmula general, la cual dependiendo del orden de los principios en la colisión y del efecto de los principios formales en uno o los dos principios en colisión, la fórmula puede tener cuatro variantes. Al respecto, véase Mateos Durán (2023b: 130 y 131); Mateos Durán (2023b: 286).

⁴⁵ Los valores de P_{FL} pueden ser los mismos aplicados a los principios materiales (1 – 2 – 4 – 8 – 16 – 32 – 64 – 128 – 256). Al final del día, depende de que tan fina sea la escala de los valores que busca representar.

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1 + 256}{128 \cdot 256 \cdot 0,5} = 1,01$$

Como se puede observar, los criterios jurisprudenciales de la CIDH juegan un papel importante al momento de examinar la proporcionalidad de las medidas sujetas al control constitucional a nivel nacional. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, el principio formal a favor del legislador nacional (*PFL*) tiene un valor de 0, puesto que no juega un papel determinante en la medida que la prisión preventiva oficiosa está dispuesta textualmente en la CPEUM, lo cual se refleja ya en el peso abstracto (P_j) del principio material detrás de los delitos previstos en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Si en el futuro el legislador nacional, junto a una amplia participación ciudadana, establece requisitos más precisos para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa —por ejemplo, requisitos de prueba más estrictos por parte del Ministerio Público que conduzcan a una mayor certidumbre relativa a la probable fuga del imputado o afectaciones a las víctimas del delito—, esto puede ser un argumento para su peso dentro de la fórmula en el principio formal *PFL*.

Gracias a esta estructura, en las tres variables del caso concreto antes mencionado, la prisión preventiva fue aplicable solamente cuando la certeza de afectación de los bienes protegidos por el delito de feminicidio, debido al alto peligro de fuga, era alta. En los demás casos (una certeza baja y certeza plausible), el derecho a la libertad personal tuvo prioridad. Aquí vale la pena mencionar que el delito del caso modelo es un delito de alto impacto social y gran importancia dentro del sistema jurídico mexicano, por lo que su peso abstracto es muy alto. Lo que significa que, en otro tipo de delitos con un menor peso o

con circunstancias del caso que no justifiquen el uso de la *ultima ratio* del Estado, las razones para aplicar la prisión preventiva oficiosa son menores, dando un mayor peso a la libertad personal. Así, a través del modelo antes planteado es posible caracterizar a la prisión preventiva como una medida extraordinaria, debido a que su uso solamente podrá ser constitucionalmente justificado en delitos de alto impacto y con una alta carga probatoria por parte el Ministerio Público.⁴⁶

8. Conclusiones

El modelo antes desarrollado está encaminado a lograr una compatibilidad del sistema constitucional mexicano con los criterios jurisprudenciales de la CIDH relativos a la prisión preventiva oficiosa. A partir de la nueva interpretación de la prisión preventiva oficiosa como una obligación *prima facie* susceptible del test de proporcionalidad, es posible solucionar dos de los problemas planteados por la CIDH en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*: la excepcionalidad de la prisión preventiva oficiosa y la falta de un margen de decisión por parte del juez de control. Lo anterior, porque abrir la puerta a la proporcionalidad conduce necesariamente al estudio de las circunstancias jurídicas y empíricas del caso concreto, lo cual, como el caso hipotético antes analizado, establece una fuerte carga probatoria para el Ministerio Público al momento de ponderar las razones a favor o en contra de la aplicación de la prisión preventiva.

⁴⁶ Sobre el deber de investigación de los cuerpos policiales y de investigación, véase Oblitas Villalobos (2022, 404-405).

Del mismo modo, el modelo aquí expuesto no requiere de un cambio sustancial de las disposiciones vigentes —al momento de redactar este artículo— en el sistema mexicano. Varias de las ideas aquí planteadas son compatibles con la actual configuración jurídica y, sobre todo, son constitucionalmente justificables. Si la sentencia condenatoria del caso *García Rodríguez y otros vs. México* conduce posteriormente a una reforma constitucional o si la SCJN decide invalidar dicha medida cautelar de la Constitución por su inconveniencia, son circunstancias que sobrepasan los fines de este trabajo. El modelo antes presentado puede ser útil para lidiar con otras restricciones problemáticas dentro del sistema constitucional mexicano, por ejemplo, el arraigo. En tanto la CPEUM no establezca una prioridad de los derechos fundamentales internacionales incorporados en el sistema constitucional mexicano, no es posible inaplicar de manera permanente una norma constitucional a través del derecho internacional incorporado con rango constitucional (Mateos Durán, 2023: 131 y ss.). Esta función únicamente le corresponde al legislativo con facultades de constituyente. Lo anterior no significa que no sea posible inaplicar la prisión preventiva oficiosa en ciertos casos, puesto que el modelo aquí presentado puede permitir que la prisión preventiva oficiosa se convierta en la práctica realmente en una verdadera medida cautelar extraordinaria, pero, a su vez, servir como un medio eficaz para la investigación de los delitos que afectan en gran medida a la sociedad mexicana.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2022. *Teoría de los derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Antkowiak, Thomas M. y Gonza, Alejandra. 2017. *The American Convention on Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Barajas Languren, Eduardo, Quintana Contreras, José de Jesús y Barajas López, Lourdes Jacqueline. 2019. El actual sistema de justicia penal y su influencia en la prisión preventiva, en Barajas Langurén, Eduardo y Quintana Contreras, José de Jesús (comp.), *Reflexiones en torno a cien años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ocotlán: Universidad de Guadalajara, pp. 29-44.
- Borowski, Martin. 2023. La reconstrucción de Robert Alexy del derecho general a la igualdad, en Villa-Rosas, Gonzalo *et al.* (eds.), *Derecho, Argumentación y Ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 349-384.
- Borowski, Martin. 2022. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Borowski, Martin. 2022b. Die Grundrechte als Gebote vollständiger Optimierung, en Bäcker, Carsten (ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff. Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte. Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy*. Tübinga: Mohr Siebeck, pp. 197-215.
- Borowski, Martin. 2019. La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, en *Ciencia Jurídica*, año 8, núm. 16, pp. 81-98.
- Borowski, Martin. 2009. Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung. En Clé-

- rico, Laura y Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, pp. 99-128.
- Casal Hernández, Jesús María. 2014. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, México/Colombia: Konrad Adenauer Stiftung/Editorial Temis/Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 180-222.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en la América*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos/Organización de los Estados Americanos.
- Hare, R.M. 1991. *Moral Thinking. Its levels, method and point*. Nueva York: Oxford University Press.
- Jiménez Ojeda, Omar David. 2021. Las medidas cautelares en el proceso penal. Una visión de derecho comparado en Guatemala y México, en Jiménez Ojeda, Omar David (coord.), *Perspectivas actuales de derecho comparado*. Ciudad de México: tirant lo blanch, pp. 115-139.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023. La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa, en *Revista Penal México*, núm. 23, julio-diciembre de 2023, pp. 115-135.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023b. *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*. Baden-Baden: Nomos.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2021. El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coord.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 139-174.
- Nava Tovar, Alejandro. 2023. *Filosofía Política de la Pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*. Ciudad de México: INACIPE.
- Nava Tovar, Alejandro. 2021. *Populismo Punitivo. Crítica del discurso penal moderno*. Ciudad de México/Puno: INACIPE/Zela.
- Oblitas Villalobos, William Jesús. 2022. Parámetros Convencionales de la Prisión Preventiva, en *Revista Argumentum*, núm. 1, enero-abril, pp. 395-423.
- Palacios Mosquera, Luis Blaimir. 2018. *Detención preventiva y control de convencionalidad. El “peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ross, William David. 2009. *The right and the Good*. Editado por Philip Stratton-Lake. Reimpresión. Nueva York: Oxford University Press.
- Smolianski, Ricardo D. 2020. Prisión preventiva y la “doctrina Irurzum”, en Garibaldi, Gustavo E.L. (dir.), *Garantías constitucionales aplicables a problemas concretos de procedimiento penal*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor,
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013. *Derecho a la libertad persona*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación y Sistematización de Tesis, Serie Derechos Humanos, núm. 3.

La expansión del delito de violencia de género a través del elemento subjetivo del injusto. La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con su aceptación

• Elena Núñez Castaño •

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-0612-5483

Resumen: La delimitación de la aplicación del art. 153.1 CP relativo a la denominada violencia de género, había girado no solo respecto del sexo de quienes fueran autores y víctimas, sino también en relación con la necesidad de la apreciación de un elemento o un plus de desvalor que permitiera restringir el recurso al mismo. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 677/2018, de 20 de diciembre, se produce una tendencia jurisprudencial basada en la eliminación de la necesidad de acreditar la existencia de un ánimo de dominación en el caso concreto respecto de los delitos del art. 153.1 CP; ello conlleva, de manera irremediable, una aplicación automática sobre la única base del elemento biológico y que implica la vulneración de los principios de igualdad, culpabilidad y presunción de inocencia, mediante la sustentación de una presunción contraria a reo. Aspectos, todos estos a los que se hará referencia en este

Abstract: The delimitation of the application of art. 153.1 PC relating to so-called Gender Violence, had revolved not only with regard to the sex of the perpetrators and victims, but also in relation to the need for the appreciation of an element or a plus of devalue that would allow restricting the recourse to it. However, since Supreme Court Sentence no. 677/2018, of 20 December, there has been a jurisprudential evolution based on the elimination of the requirement to prove the existence of the intention to dominate in the specific case with regard to the crimes of art. 153.1 PC; this irremediably leads to an automatic application based exclusively on the biological element and implies the violation of the principles of equality, culpability and presumption of innocence, by sustaining a presumption that is contrary to the reo. All of these aspects will be referred to in this paper, with the aim of offering parameters for interpreting the precept

trabajo, encaminado a ofrecer parámetros de interpretación del precepto que no lesionen los mencionados principios.

Palabras clave: violencia de género, elemento subjetivo del injusto, principio de culpabilidad, derechos fundamentales, presunción de inocencia, expansión del derecho penal.

that do not harm the aforementioned principles.

Key words: gender violence, subjective element of the crime, principle of culpability, fundamental rights, presumption of innocence, expansion of criminal law.

• Fecha de recepción

02-02-2024

• Fecha de aceptación

29-03-2024

Sumario:

1. Delimitación del problema: el camino expansivo de la violencia de género
2. La estructura del art. 153.1 CP: ¿existe un elemento subjetivo del injusto?
 - 2.1. El desarrollo del análisis del injusto en la jurisprudencia: el cambio desde la exigencia hasta la negación del elemento subjetivo
 - 2.2. La interpretación de la doctrina
3. La STS 677/2018, de 20 de diciembre: la eliminación de los elementos subjetivos y el automatismo del tipo penal
4. Conclusiones: ¿el elemento biológico como criterio delimitador del injusto típico?
5. Bibliografía

1. La delimitación del problema: el camino expansivo de la violencia de género

Casi dos décadas desde que se aprobara la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género su desarrollo y aplicación sigue dando lugar a problemas e innumerables cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo identificarse diversas posturas al respecto, desde quienes la niegan por entender (y quizás no sin razón) que la regulación que se deriva de la mencionada ley no hace referencia a la violencia de género sino a la *violencia doméstica o intrafamiliar*, pasando por quienes entienden (o entendemos) que se trata de un fenómeno mucho más complejo que no permite simplificaciones, pero tampoco debiera permitir expansiones injustificadas, hasta quien sostiene que todo tipo de violencia contra una mujer debe ser considerada violencia de género, independientemente de las circunstancias y hechos producidos en el caso concreto.

Esta LO 1/2004, a pesar de ser aprobada unánimemente, fue objeto de numerosas e importantes críticas por parte de la doc-

trina¹ en tanto que suponía la introducción de una distinta y discriminatoria regulación penológica² atendiendo al sexo/género de los

sujetos involucrados respecto de determinados tipos penales, y esencialmente respecto del entonces denominado “maltrato simple”, que posteriormente se pasó a conocer como “delito de violencia de género” del art. 153 CP a diferencia del delito de violencia habitual contenido en el art. 173.2 CP.

Tampoco puede obviarse que a pesar de la genérica referencia a la “violencia de género”

1 De forma genérica puede consultarse, ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delito de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005, págs. 11 a 54; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A., (Coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 13 a 34; BOLEA BARDON, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 9-2, 2007, págs. 1 a 26; FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006, págs. 72 a 94; la misma, “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 737 a 760; GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» a la «Violencia de género»: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 49 a 90; GARCÍA ARAN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (a propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU J. C.,

GONZÁLEZ CUSSAC J. L., ORTS BERENGUER E. y CUERDA ARNAU, M^a L., (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives P.*, “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 07-08, 2005, págs. 1 a 23; MAQUEDA ABREU, M^a L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, págs. 176 a 187; MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de maltrato ocasional del art. 153 del Código penal: la influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, en Núñez Castaño E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 117 a 158; la misma, “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho penal*, nº 3, 2005, págs. 1 a 54; RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de Género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, entre muchos otros.

2 De hecho, al respecto se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el mencionado precepto que fue resuelta por la STC 59/2008, de 14 de mayo en la cual se establecía la constitucionalidad del mismo sobre la base de considerar que la discriminación existente constituía un supuesto de discriminación positiva.

que se encuentra en la denominación de la ley, así como parcialmente en su exposición de motivos (violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer), en el art. 1.1 de la referida resolución se limita el círculo de sujetos involucrados quedando reducido el mismo a un contexto más “doméstico o familiar”, de modo que no cualquier hecho violento realizado por un hombre contra una mujer, podría calificarse como delito del art. 153 CP. Ello ha provocado un importante debate doctrinal en relación a cómo debería entenderse el fundamento político criminal de esta regulación, si haciéndose depender en exclusiva de un nexo relacional familiar o íntimo entre los sujetos involucrados, o si en realidad se estaba haciendo referencia a otro fenómeno diverso, aunque íntimamente relacionado, como sería el “ánimo de dominación, sometimiento, manifestación de desigualdad”.³ En relación con este aspecto es necesario señalar dos cuestiones a las que haremos referencia en el siguiente apartado relativo al análisis de los elementos que contiene el art. 153.1 CP: en primer lugar, que de la propia LO 1/2004, se deriva la constatación de la existencia de un especie de *elemento objetivo* en la regulación de estos tipos penales cual es que la *violencia se ejerza como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* que fundamentaría, desde esta perspectiva, la

distinta regulación típica; y, en segundo lugar, un *elemento subjetivo* que hace referencia a la exigencia de que en el caso concreto sea o no necesaria la concurrencia de una *especial motivación o ánimo discriminatorio, sexista o machista* en quien ejerce esa violencia.⁴

En relación con este último problema, señala BOLDOVA PASAMAR⁵ que en la mayoría de los supuestos, en los que la agresión se lleva a cabo de forma unidireccional (hombre-mujer pareja):

... en principio ha bastado la constatación de la previa existencia de una relación presente o pasada de pareja y que la conducta agresiva hubiera sido realizada por un hombre contra una mujer, sin entrar a considerar elementos de desequilibrio, dominación, discriminación o machismo.

Entre otras cosas porque el elemento objetivo de manifestación de la situación de desigualdad y dominio de forma genérica lo que hacía era sustentar la propia existencia del tipo penal,⁶ y el elemento subjetivo, motivacional o finalístico, no era suscitado por las partes de forma habitual. Sin embargo, es preciso señalar que en un importante número de supuestos en los que se alegó la necesi-

3 RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pág. 406 y ss.; MAGRO SERVET, V., “La carga de la prueba de dominación o machismo en la violencia de género”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 104, 2013, pág. 1.

4 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, en *InDret*, nº 3, 2020, pág. 180, quien distingue entre ambos elementos y analiza la posibilidad o no de exigirse ambos en relación con los supuestos de Violencia de Género.

5 BOLDOVA PASAMAR, M. A., *ibidem*.

6 Que, recordemos, fue declarado constitucional, sobre la base de la discriminación positiva, por la STC 59/2008, cit.

dad de dicho elemento, se ha entendido por la jurisprudencia que el art. 1 de la LO 1/2004 “define un elemento subjetivo en los delitos de violencia de género”.⁷ En esta misma línea FERNÁNDEZ TERUELO⁸ sostiene que la inmensa mayoría de estas violencias (él se refiere al feminicidio de parejas o exparejas):

... se producen en el contexto de un modelo de relación o esquema vital construido sobre el dominio y control absolutos del varón sobre la mujer (...) abusa de una relación de dominio sobre la que tiene construida su propia existencia.

Y esta concreta exigencia de la concurrencia de un elemento subjetivo motivacional era (y es) especialmente relevante en muchos de los supuestos de agresiones en el seno de una pareja, concretamente agresiones mutuas o bidireccionales respecto de los que, a diferencia de los restantes casos (unidireccionales), aunque pudiera constatarse la presencia (general) de una situación de desigualdad y dominio en la propia sociedad que sustentara la “legitimidad”

(cuestionable en mi opinión) de una distinción punitiva, lo que no podría afirmarse es la existencia del específico ánimo de dominación, sometimiento o machismo en el caso concreto. Es por ello que resultan numerosas las resoluciones judiciales, esencialmente de Audiencias Provinciales, que entendían que la potencial apreciación de la concurrencia de violencia de género en estos supuestos dependería de si en el caso concreto se aprecia una situación objetiva de desequilibrio o dominio del hombre o bien un concreto ánimo discriminatorio;⁹ tendencia que siguió el Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones,¹⁰ de manera que sería necesario acre-

7 *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, CGPJ, marzo 2016, págs. 210 y ss., citado por BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., págs. 180 y 181, nota a pie 11.

8 FERNÁNDEZ TERUELO, “La necesaria intervención en los procesos de ruptura de la relación de pareja en contextos de dominio, como instrumento de prevención de feminicidios”, en *Violencia de Género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Fernández Teruelo, J. G. y Fonseca Fortes-Hurtado R. H. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, págs. 239 y 240.

9 Vid. SAP de Valencia 437/2008, de 27 de noviembre, SAP de Castellón 253/2011, de 30 de mayo, SAP de Zaragoza 331/2017, de 20 de noviembre y 60/2018, de 9 de marzo, entre muchas otras, entendiendo todas ellas, que no basta con la mera presencia de una agresión material, sino que a ello hay que añadirle el plus que supone que responda a una situación de dominio, de abuso de superioridad de uno de los miembros de la pareja sobre el otro, en definitiva, a una situación de discriminación.

10 Así, la STS 1177/2009, de 24 de noviembre afirma en su Fundamento de Derecho Tercero, respecto de la doctrina que en relación con el tipo penal recogido en el art. 153 CP sostiene el TC que “«la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posi-

ditar tanto las circunstancias concurrentes en la conducta, como el ánimo o finalidad que impulsaba la actuación del sujeto. Con ello se eliminaba el automatismo a la hora de aplicar el tipo penal contenido en el art. 153.1 respecto de todos aquellos supuestos en los que se produjera una agresión respecto de un hombre hacia su pareja femenina, y se permitía una restricción del tipo penal que no lo encaminara hacia un mero derecho penal de autor en virtud del cual se sancionaba el comportamiento realizado exclusivamente sobre la base de condiciones físicas del sujeto activo/pasivo, en este caso, el sexo de cada uno de ellos.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo evolucionó en un sentido diverso al que se acaba de indicar, cuestionando la necesidad de un elemento subjetivo o motivacional en el caso concreto; y en caso de admitirlo, señalaba que la prueba del mismo, o mejor dicho de su ausencia, correspondería al presunto autor de los hechos. Una clara inversión de la carga de la prueba que pone en cuestión los principios y garantías básicas de un Estado de derecho y que culminó con la STS 677/2018, de 20 de diciembre, que ya no solo elimina la necesidad de probar el ánimo

de dominación o machismo del autor, sino que incluso, probada la ausencia de este, se aprecia la existencia de un delito de violencia de género por el mero hecho de producirse en el contexto de la pareja, en atención exclusivamente al contexto social general (que no particular) de pautas de asimetría, dominación y patriarcado. A partir de esa resolución desaparece todo límite o restricción que pudiera sostenerse en relación con la aplicación de la violencia de género, siendo aplicable de modo automático por el mero hecho de que la agresión se realice por el hombre contra la mujer que sea o haya sido su pareja. O dicho de otro modo, considera el TS que lo relevante es el elemento objetivo, esto es, el contexto sociológico de dominio y desigualdad, y no la existencia de ánimo o motivación alguno en el caso en concreto.

La expansión que se produce a partir de este momento en relación con los delitos de violencia de género resulta innegable, sin ningún tipo de recurso que permita diferenciar supuestos en atención a las circunstancias del caso concreto. Con ello, como afirma BOLDOVA PASAMAR,¹¹ “en este aspecto la mayor gravedad del hecho pudiera parecer que responde a una responsabilidad objetiva por el acto, pues se produce al margen de intenciones y de contextos objetivos relativos a la pareja en concreto”.¹² Consideración que po-

ción subordinada» (...), de manera que en su opinión, queda claro “que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP (...), sino sólo y exclusivamente – y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa ley- cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer (...)”.

11 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183.

12 Incluso con anterioridad a esta radical interpretación judicial, esta configuración como responsabilidad objetiva ya había sido puesta de relieve por ACALE SÁNCHEZ, M., “La perspectiva de género en el Derecho Penal español”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva interna-*

dría conducirnos, como analizaremos, ante el hecho de que la distinción penológica que se recoge en el art. 153 CP se basaría exclusivamente en diferencias biológicas, esto es, en el sexo de los sujetos, lo cual nos estaría (y de hecho así ha sido) acercando peligrosamente a un derecho penal de autor.

2. La estructura del art. 153.1 CP: ¿existe un elemento subjetivo del injusto?

Ciertamente, cuando, tras la LO 1/2004, se reforma el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP, se produce un importante debate doctrinal respecto a su constitucionalidad al contener una diferente penalidad en virtud de quienes fueran los sujetos activos de cada una de las conductas de violencia que se produjeran en el marco de una relación de afectividad, y que determinó que la doctrina penal oscilara entre sostener su inconstitucionalidad,¹³ o bien, realizar una interpretación res-

trictiva del precepto que aportara un fundamento material al mismo, e impidiera que se aplicara de manera automática sin mayores consideraciones;¹⁴ fundamento que, de forma general, se centraba en la necesidad de constatar en los actos violentos llevados a cabo por el sujeto activo un especial ánimo de dominación y discriminación, que podía traducirse en una especie de elemento subjetivo del injusto que, si bien es cierto, no aparece contenido expresamente en el tipo penal, podía tácitamente derivarse tanto de la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, como del contenido de su art. 1. Esta ha sido la opción doctrinal y, hasta fechas recientes, la sostenida jurisprudencialmente.

Sin embargo, las serias dudas sobre la constitucionalidad del precepto determinaron que diversos juzgados planteraran cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el mismo, que dio lugar (junto a otras posteriores) a la STC 59/2008, de 14 de mayo

cional, Comares, Granada, 2010, pág. 26, y así, llega a afirmar esta autora que con la incorporación de las diversas figuras (se refería a los arts. 153, 171 y 172 CP) en las que “se dejaba señalado el sexo de los sujetos pasivos y activos” eliminando con ello la tendencia instaurada por el CP de 1995 de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones personales, “pocas duda cabían a nuestros tribunales a la hora de aplicarlos, en la medida que no dejaban margen alguno para la interpretación judicial”, aunque señala los esfuerzos realizados para excluir los supuestos de agresiones mutuas, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “La interpretación judicial del derecho penal desde la holística del género”, *Jueces para la Democracia*, nº 82, 2018, pág. 29.

¹³ Por tratarse de una discriminación en virtud

de una circunstancia biológica de los sujetos intervinientes en el hecho (el sexo de cada uno de ellos).

¹⁴ FARALDO CABANA, P., “Estrategias actuariales...”, cit., pág. 737 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de maltrato ocasional...”, cit., págs. 135 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de género”, en *La Ley*, núm. 5, 2004., págs. 4 a 6; GÁLÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» ...”, cit., págs. 78 y 79; ALASTUEY DOBÓN, M. C. y ESCUCHURI AISA, E., “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español”, *Revista de Derecho Penal*, nº 23, 2015, pág. 51.

mediante la que se decretó la constitucionalidad del precepto y de la asimetría punitiva que se contenía en el mismo basándose en que las agresiones del varón implican una mayor gravedad al responder a una *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* (FJ Noveno),¹⁵ desconectando ese elemento de la situación fáctica que se produzca u ocurra en el caso concreto,¹⁶ pero

sin que pudiera basarse la aplicación del tipo penal en la mera concurrencia de un elemento biológico.¹⁷

15 En la misma línea, sostiene en su Fundamento Jurídico Undécimo que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonadamente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente. No se trata de un presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja (...) el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generados de graves consecuencias, con lo que aumente la inseguridad, intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”.

16 Por ello afirma GÓMEZ RIVERO, C., “El «presunto» injusto de los delitos contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Vio-*

lencia de Género, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 108 que “en realidad, lo que hace la Sentencia es justificar la presunción *iusuris et de iure* que incorpora el art. 153.1 acerca de la especial necesidad de protección de la mujer sobre la base de otra presunción que también adopta como *iusuris et de iure*: la de una razonable constatación de la mayor gravedad de las conductas que realiza el varón sobre su pareja o expareja femenina sobre la base del significado social objetivo y de su singular lesividad para la seguridad, libertad y seguridad de las mujeres”.

17 Entiende el Tribunal Constitucional que la reducción de la diferencia que recoge el art. 153.1 CP a un elemento exclusivamente biológico resultaría inconstitucional en el caso de que fuera la única posible, pero señala que la descripción típica permite incluir en el círculo de sujetos activos no solo a personas de sexo masculino, sino también a las de sexo femenino. En mi opinión, aunque ciertamente, la descripción solo se refiere a “el que” y la afirmación del Tribunal Constitucional pudiera ser sostenible, lo cierto es que si el elemento básico fundamental que previamente ha sostenido en la resolución como fundamento de la constitucionalidad del precepto es la situación de dominio, desigualdad y discriminación de la mujer, por su condición de tal, resulta difícilmente imaginable que el legislador estuviese pensando en la posibilidad de un sujeto activo femenino y un sujeto pasivo femenino en cuya relación la violencia se produzca precisamente por el hecho de menospreciar la condición de mujer que ambas ostentan. Difícilmente imaginable, y dudosamente sostenible. Pero lo cierto es que la sentencia analizada

Precisamente este peligro, que ya se atisba en la mencionada resolución del Tribunal Constitucional de que el delito de violencia de género del art. 153.1 encontrará fundamento exclusivamente en el elemento biológico, determinó a la doctrina y a una gran parte de la jurisprudencia inicialmente a intentar encontrar un fundamento material que legitime y “explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos” a fin de evitar encontrarnos “ante un derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo”.¹⁸ Desde esta perspectiva, se trataron de diferenciar dos elementos básicos en el art. 153.1 CP: el primero de carácter objetivo, basado en la LO 1/2004, cual es que la *violencia se ejerza como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* que fundamentaría, desde esta perspectiva, la distinta regulación típica; y, en segundo lugar, un *elemento subjetivo* que haría referencia a la exigencia de que en el caso concreto sea o no necesaria la concurrencia de una *especial motivación o ánimo discriminatorio, sexista o machista* en quien ejerce esa violencia, a fin de eludir la reducción a una pura responsabilidad objetiva basada en el sexo del sujeto activo y en la existencia de una situación contextual de discriminación, desigualdad o dominio de los hombres sobre las mujeres.¹⁹

declaró constitucional el mencionado precepto, y se ha mantenido así su aplicación.

¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 6.

¹⁹ Ello permitió, por ejemplo, la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del art. 153.1

2.1. El desarrollo del análisis del injusto en la jurisprudencia: el cambio desde la exigencia hasta la negación del elemento subjetivo

Tal como hemos afirmado, se trata por tanto de analizar si el art. 153 CP exige para su aplicación la identificación de un elemento subjetivo del injusto que sea aplicable a la conducta realizada por el sujeto (o al menos la existencia de un *plus de desvalor*) y que permita restringir la posibilidad de aplicación del mismo en aras de evitar una aplicación absolutamente desmesurada y basada, como se verá, en un elemento exclusivamente biologicista atendiendo al sexo de quien lleva a cabo la conducta y de quien es la víctima de la misma.

En relación con la necesidad de apreciación o no de un elemento subjetivo o tendencial, en el art. 153.1 CP la jurisprudencia ha sido oscilante, poco uniforme, y ha evolucionado hacia planteamientos absolutamente normativistas en las resoluciones del Tribunal Supremo.²⁰ Desde esta perspectiva,

los casos de agresión mutua entre los sujetos de la pareja, en tanto, independientemente de que el contexto social de discriminación o dominio (elemento objetivo) y el sexo de los intervinientes podía constatararse y persistía, lo que no concurría era el ánimo de dominio o discriminación en el caso concreto en tanto que la violencia era de carácter bidireccional y existía una situación de igualdad.

²⁰ Tampoco se ha mantenido un criterio uniforme en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, y así, son numerosas las que exigen la presencia de ese elemento subjetivo de dominación específico, como las SSAP de Castellón de 1 de febrero, 17 de julio y 9 de noviembre de 2010, SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2008, SSAP de Murcia de 24 de

pueden identificarse claramente tres etapas en su evolución respecto del tratamiento del tipo penal contenido en el art. 153.1 CP en relación con la exigencia o no de un elemento subjetivo del injusto: la exigencia de un ánimo de dominación o subyugación, la exigencia de un elemento contextual objetivo, y la negación de ambos elementos como requisitos necesarios para la aplicación del art. 153.1 CP. Nos centraremos en este epígrafe en los dos primeros hitos que hemos señalado.

2.1.1. El ánimo de dominación o subyugación como elemento subjetivo del injusto del art. 153.1 CP

La propia ambigüedad de la STC 59/2008, que contó con varios votos particulares, ha dado lugar a diversas interpretaciones de la misma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La primera de dichas opciones, entendiéndola conjuntamente con lo establecido en la LO 1/2004, fue la de exigir la existencia de un elemento adicional, claramente en los supuestos de agresiones mutuas (o violencia bidireccional), aunque también en relación con casos de violencia unidireccional del hombre

hacia la mujer. Así, la STS 58/2008, de 25 de enero, en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que:

... ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género.

Más clara a este respecto resulta la argumentación sostenida por la STS 654/2009, de 8 de junio, en su Fundamento de Derecho Segundo, en el cual, partiendo de que en virtud del Código Civil las normas tienen una interpretación teleológica²¹ y que, en el ámbito penal, este criterio interpretativo constituye uno de los aceptados comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia, a lo cual une lo establecido en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, considera necesaria la acreditación de elemento de dominación,²² que constituiría el *plus de desvalor* diferente al mero acto de violencia de hombre hacia

enero de 2014 y de 25 de mayo de 2015, SAP de Barcelona de 9 de julio de 2009, SAP de Zamora de 30 de noviembre de 2011, SAP de León de 16 de julio de 2012, y, obviamente, la SAP de Zaragoza de 9 de marzo de 2018. Igualmente, existen resoluciones en sentido contrario, esto es, la negación de la necesidad de un elemento subjetivo específico, como las SSAP de Madrid de 30 de mayo de 2009, 19 de mayo y 17 de junio de 2010, las SSAP de Alicante de 21 de enero y de 11 de noviembre de 2011, entre otras.

²¹ En concreto afirma que “para pronunciarnos sobre la cuestión planteada en este motivo, hemos de tener en cuenta que, conforme se establece en el art. 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»”.

²² Entendiendo que las agresiones mutuas “no parecen responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró”, se refiere al tipo penal del art. 153.1 CP.

mujer y que radicaría en la presencia de un ánimo de dominación o subyugación.

Es el mismo planteamiento de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, al analizar un caso de agresiones mutuas en una pareja, que sostiene en su Fundamento de Derecho Tercero que la reforma realizada por el legislador de la regulación del art. 153.1 CP tiene como fundamento el mayor desvalor que la violencia de género representa para la igualdad, libertad, dignidad y seguridad de las mujeres, “porque su autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa”.²³ Desde esta perspectiva exige que el sujeto activo realice su comportamiento consciente de que tiene conexión directa con la situación de dominación y subyugación de la mujer, y, por tanto, no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP, exigiéndose *ex art. 1.1. LO 1/2004* que “sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...”,²⁴ so pena de quebrantar el

principio de culpabilidad, el de igualdad y la presunción de inocencia.; y, por tanto, será el Tribunal sentenciador quien, en el caso concreto, y a la vista de las pruebas practicadas, determine la concurrencia o no de un delito del art. 153.1 CP. Con ello se evitaría recurrir al automatismo, porque:

... podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 CP, por **resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger** (la negrita es mía).

²³ Afirmación que sostiene alegando la STC 45/2009, de 19 de febrero.

²⁴ De este modo entiende que resulta exigible la presencia de un elemento que no se encuentra especificado en el tipo penal, pero que permite dotar de legitimidad al concreto precepto; y ello, porque, siguiendo con la argumentación de la resolución señalada, aunque estadísticamente pueda entenderse que el ánimo de dominación es la realidad más frecuente “ello no implica excluir toda excep-

ción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación”. Por esta razón, afirma que “la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el *animus* que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que —debe repetirse una vez más, la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo”.

Resulta, así, ineludible que en el caso concreto que se analice se determine la concurrencia del reiteradamente mencionado ánimo de dominación.²⁵

2.1.2. Acreditación del elemento contextual objetivo con inversión de la carga de la prueba

La exigencia de constatación de la presencia de un ánimo específico de dominación en la actuación violenta del hombre respecto de su pareja mujer ya empezó a ponerse en cuestión con el Voto Particular a la STS 1177/2009, que sostuvo que la existencia en abstracto del elemento contextual objetivo de discriminación y dominación resultaría suficiente para la apreciación del delito del art. 153.1 CP, si bien, este podría ser desvirtuado por el sujeto activo del delito. Este es el planteamiento que se sostiene en el ATS de 31 de julio de 2013, en el cual se parte de una posición de exigencia de la concurrencia de un ánimo de dominación, para terminar afirmando que en realidad este se presume desde el propio contexto social existente, pero que cabe prueba en contrario por parte del sujeto activo de que, en el concreto caso, ese ánimo no concurrió.

Efectivamente, en su Fundamento Jurídico Quinto sostiene el auto que, de manera reiterada, tanto jurisprudencial (TS y TC)

como doctrinalmente, se ha entendido que en los supuestos de violencia de género:

... no bastaría la situación objetiva— varón contra cónyuge o persona asimilada. Haría falta algo más que se infiere de una interpretación teleológica del precepto (...) sería necesario que el episodio concreto de lesiones o maltrato físico obedezca a un marco sociológico de dominación de la mujer por el hombre, es decir, que refleje la intención, explícita o larvada, consciente o subliminal, de establecer un predominio del varón sobre la mujer.

Entendiendo que a ello no responde el mutuo acometimiento. Pero en el Fundamento Jurídico Sexto señala que la necesidad de que la agresión se enmarque en un contexto cultural de predominio del varón sobre la mujer:

...no significa que sea necesario elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. **La presunción juega en sentido contrario.** Sólo si consta o hay evidencias de que en el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica (la negrita es mía).

De modo que no se trata de una presunción *iuris et de iure* sino que puede ser desvirtuada por el sujeto activo probando que su conducta violenta se encuentra totalmente desvinculada del contexto social y cultural señalado, esto es “inversión de la carga de la prueba”.²⁶

²⁵ Sin embargo, esta STS 1177/2009, presenta un Voto Particular del Magistrado Sánchez Melgar en el que entiende que la valoración de la existencia de desigualdad o relación de dominación ya ha sido realizada en abstracto por el legislador al regular el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP y no se exige expresamente la presencia de un elemento del injusto.

²⁶ En esta misma línea, la STS 856/2014 (Sección

En realidad de lo que se trata es de evitar la clara inconstitucionalidad que se derivaría de una interpretación literal de la letra de la ley, reconociendo la existencia de un plus de desvalor en estos comportamientos violentos

Primera), de 26 de diciembre, argumenta en su Fundamento de Derecho Cuarto que esa introducción en el tipo penal contenido en el art. 153.1 CP de la exigencia de que la violencia contra su pareja mujer constituya una manifestación de discriminación, desigualdad o dominación de los hombres sobre las mujeres, “no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto (...) No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente “machista” hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos ni intencionalidades.”, de manera que considera que “no hace falta un móvil específico de subyugación o dominación masculina. Basta constatar la vinculación de comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales (...) Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría... la agravación estará legal y constitucionalmente justificada”, y, de igual modo, solo en el caso en el que se pruebe, por parte del sujeto activo, la inexistencia de esa conexión entre el contexto social y cultural de dominación y discriminación, y su concreta actuación, podrá excluirse la aplicación del art. 153.1 CP porque, continua afirmando “en general se puede estar conforme en entender que a raíz de tal pronunciamiento no serán sancionables por la vía del art. 153.1º episodios desvinculados de esas pautas culturales de desigualdad que se quieren combatir (por buscar un ejemplo claro e indiscutible: agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes)”.

del hombre hacia quien es o ha sido su pareja (mujer) que, a diferencia de la anterior línea jurisprudencial, no radica en la constatación en el caso concreto de la existencia de un ánimo de dominación, sino en la identificación de una conexión, aunque semiinconsciente, entre la actuación violenta del sujeto activo y el contexto sociocultural de dominación y discriminación,²⁷ entendiéndose este como una especie de presunción (*iuris tantum*, eso sí), que podrá ser desvirtuada por el autor de los hechos. La presunción de inocencia pasa, en este caso, a ser obviada por la interpretación jurisprudencial.

2.2. La interpretación de la doctrina

En relación con la concurrencia de los elementos señalados, la doctrina ha optado por dos posturas diferenciadas: por entender que no era posible la exigencia de este último en tanto que no se encontraba de forma expresa en la regulación típica del precepto (aspecto que claramente es innegable), pero que tampoco podía ni debía deducirse del mismo,²⁸ frente a

²⁷ En el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 182.

²⁸ Así, SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica), en *La Ley* 5141/2013, pág. 3; DE LA FUENTE HONRUBIA, F. y PUENTE SEGURA, L., *Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*, CEF, Madrid, 2019, pág. 83; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al*

quienes, aceptando la evidencia de que el art. 153.1 CP no contiene ningún elemento subjetivo expreso diferenciado del dolo, consideran, sin embargo, la necesidad de buscar un *plus* que permita eliminar el automatismo que por la mera existencia del que hemos denominado aspecto o elemento objetivo (el contexto social de dominación y discriminación hacia la mujer) determine la aplicación del art. 153.1 en cualquier tipo de agresión realizada por un hombre a su mujer pareja o expareja.²⁹ Como se expondrá, nos adherimos a esta última postura que consideramos mucho más respetuosa con el principio de culpabilidad y la interdicción de la responsabilidad

objetiva, entendiendo que resulta preciso atender a cada caso concreto y a la concurrencia de ese ánimo, móvil o finalidad de dominación en la actuación del sujeto (masculino) para que pueda afirmarse que nos encontramos ante un supuesto de Violencia de Género.

Señala SANCHEZ YLLERA diversas razones por las cuales rechaza la interpretación que exige la constatación de un específico elemento motivacional en el caso concreto, afirmando que se basa en “premisas falsas”, porque contradicen la evolución del precepto, no encuentra apoyo constitucional ni legal y ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional,³⁰ sosteniendo que:

... los partidarios de esta interpretación de la ley o bien no utilizan o bien desconocen la perspectiva de género (que implícitamente rechazan) por lo que restringen y limitan los casos en los que la ley es aplicable dejando a un lado la voluntad expresa legislativa (...)³¹

Como ya señalé, me encuentro en el sector de la doctrina que según el autor mencionado partimos de premisas falsas. El problema, ahora sí en mi opinión, es que quizás su argumentación parta de parámetros que no se corresponden con los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho. Me

Profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2006, pág. 25; GÓNZALEZ RUS, J.L., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006, pág. 497.

29 RAMÓN RIBAS, E. “Los delitos de violencia de género...”, cit., págs. 429 y ss.; RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019, págs. 16 y 17; MAQUEDA ABREU, M^a. L. “La violencia contra las mujeres”, cit., pág. 4; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “El «nuevo» elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTs de 8 de junio y 24 de noviembre de 2009”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 72, 2010., págs. 3 y 4; BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 7.

30 SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación...”, cit., págs. 11 y 12.

31 SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación...”, cit., pág. 3, sosteniendo que “para quienes defienden esta tesis, la dominación masculina no es un *prius*, un dato de la realidad, un hecho socialmente constatable, intergrupar, sino un objetivo singular de cada hombre en cada caso concreto y en cada contexto singular”.

explico. Obviamente, y ello ya se ha reconocido expresamente por la doctrina, el art. 153.1 CP no contiene una expresa motivación o ánimo que pueda identificarse como elemento subjetivo independiente del dolo, pero tampoco lo contienen de forma expresa otros muchos tipos penales a lo largo del Código penal, y existe acuerdo unánime de que tácitamente se encuentra presente, bien por interpretación sistemática, bien teleológica;³² es decir, la necesidad de la constatación de una especial motivación o ánimo que legitime la intervención penal no depende, en absoluto, de la regulación expresa de la misma en el texto penal, pudiendo deducirse tácita-

mente la necesidad de su concurrencia. Junto a ello, considero que confunde, como ya se ha expuesto, el aspecto objetivo de la presunta legitimidad de la distinta penalidad que se hace radicar en la existencia de un contexto social de dominación masculina y de discriminación,³³ lo cual resulta innegable, aunque, en mi opinión, también cuestionable, con la posibilidad de afirmar, en el caso concreto, que la violencia efectuada responda precisamente a ese contexto. Y para quienes sostenemos la necesidad de la constatación de este último elemento, la razón no se encuentra en que “implícitamente rechazamos” la perspectiva de género, sino que “expresamente” sostenemos la vigencia del principio de culpabilidad y la necesidad de constatar que la conducta llevada a cabo responde a los parámetros del mismo y no a una mera manifestación de responsabilidad objetiva por llevar a cabo un comportamiento en un determinado contexto, aunque la conducta realizada se encuentre totalmente desconectada del contexto en cuestión.³⁴

³² Por ejemplo, el delito de injurias del art. 208 CP, que sin establecerlo exige la necesidad del *animus iniuriandi*, a fin de dejar al margen de la intervención penal conductas que, pudiendo ser ofensivas, no conllevan tal intención; o el delito de apropiación indebida recogido en el art. 253 CP, que tampoco hace referencia expresa al *ánimo de lucro*, etc. De hecho, señala BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 216, que “la eliminación de toda referencia subjetiva en los tipos de género contrasta con la recomendación del Pacto (se refiere al Pacto de Estado en materia de Violencia de Género que comenzó su elaboración en 2016 y se finalizó el 13 de mayo de 2019) de aplicar la circunstancia cuarta del art. 22 del Código penal «en todos los casos en el que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos agresiones y abuso sexual». Tanto en éstos como en todos los delitos en los que se proponga la circunstancia de razones de género es difícil prescindir de la motivación como elemento que sustenta la agravación”.

³³ Señalaba FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción...”, cit., pág. 90, que el fundamento de la diferencia penológica establecida por el art. 153.1 CP radicaba “en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política”. En resumen, el fundamento o aspecto objetivo de la específica tipificación radica, como reiteradamente se ha expuesto, en el contexto social de dominación y desvalimiento.

³⁴ Señalan a este respecto de forma categórica BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MAR-

Efectivamente, al menos desde mi punto de vista, hacer radicar la sanción de una agresión de un sujeto masculino a su pareja o expareja femenina, exclusivamente en la existencia de un contexto social determinado e innegable de dominio y discriminación, sin que se proceda a realizar una conexión del caso concreto con el mismo, e incluso, como veremos a pesar de demostrarse que en modo alguno la violencia es manifestación de dicha situación social (como pudiera ser el caso de agresiones mutuas) no solo conlleva una presunción contraria al reo,³⁵ por el hecho de ser hombre,

sino que vulneraría por completo el principio de culpabilidad. Que exista el contexto social y que la inmensa mayoría de las violencias (generalmente unidireccionales) realizadas por un hombre hacia una mujer (pareja o expareja) respondan tanto al elemento objetivo, como a la motivación concreta de dominio y motivación, no implica que ello sea lo que ocurra en la totalidad de los casos, y una aplicación automática del precepto, presume justamente esto último, sin atender a la culpabilidad del sujeto en el hecho concreto.³⁶

Es, por todo ello, que un amplio sector doctrinal con el que, como he indicado con acuerdo completamente, ha sostenido que la

TÍN, M.A., “La discriminación positiva...”, cit., pág. 7 basándose para ello en la propia LO 1/2004, art. 1.1., que “en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad de la culpabilidad, puestos que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del «sexo femenino», con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad”, afirmando RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación...”, cit., pág. 17, que “esta motivación que impulsa al autor a cometer el hecho delictivo fundamenta una mayor reprochabilidad en la adopción de la resolución contraria a las exigencias del Derecho, en cuya medida también influye la índole de los motivos”.

35 Presunciones que, como señala GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 426 y ss., no son admisibles ni cuando son *iuris et de iure* ni cuando son *iuris tantum* admitiendo prueba en contra, por cuanto en estos supuestos se produciría una ilegítima inversión de la carga de la prueba y desde esta perspec-

tiva se convertirían en prohibidas por la propia presunción de inocencia.

36 GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» ...”, cit., pág. 69, afirmando que “no es cierto que toda mujer, por el hecho de serlo y en todo caso, se encuentre en una situación social de especial vulnerabilidad que la convierta en una víctima particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de sus parejas masculinas, como tampoco lo es, que todo hombre esté condicionado socialmente a utilizar la violencia contra la mujer para conseguir su obediencia y sumisión”, ult. ob. cit., p. 78; BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal...”, cit., pág. 23; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas consideraciones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, en *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pág. 36, quien llega a sostener que “el legislador no ha sido capaz de construir un elemento del tipo —objetivo o subjetivo— que exprese la perspectiva de género de manera admisible en Derecho penal”, cit., pág. 17.

única forma legítima de interpretar el art. 153.1 CP, a fin de que no constituya un mero supuesto de responsabilidad objetiva y de vulneración del principio de culpabilidad, pasa por la constatación de la presencia de un concreto elemento motivacional o tendencial que determine que la actuación del sujeto activo responde a los móviles de humillación, menosprecio, subyugación y discriminación respecto de la víctima a consecuencia de su condición de mujer, sin que resulte suficiente la mera agresión o lesión física.³⁷ Ello,

37 Argumentos que como se ha ido señalando son diversos: en primer lugar, que es la tesis que se deriva de la propia LO 1/2004, tanto de su Exposición de Motivos donde se hace referencia a que las agresiones sitúen a la mujer en una posición de subordinación al hombre, como de su art. 1.1. que define el objeto de la ley en la actuación contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; ambas regulaciones implican, en mi opinión, la necesidad de una interpretación teleológica que determina que sea precisa la constatación del ánimo de dominación mencionado; en segundo lugar, por el propio Dictamen del Consejo de Estado de 24 de junio de 2004 y el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2004 sobre el Anteproyecto de la mencionada Ley consideraban (críticamente, eso sí) que se trataba de una definición de índole finalística que obligaba a la interpretación de las intenciones del sujeto; en tercer lugar porque la presencia de ese ánimo o tendencia es lo que podría justificar (aunque cuestionablemente) el mayor desvalor de la conducta regulada en el art. 153.1 CP, pero sobre todo, permitiría eludir su aplicación automática basándose exclusivamente en el sexo de los sujetos intervinientes y en la relación exis-

permitiría, al menos dejar al margen de la aplicación de este concreto tipo penal situaciones, no frecuentes pero sí existentes, de agresiones mutuas entre los miembros de una pareja, en las que en modo alguno puede constatarse la presencia de un ánimo de subyugación o discriminación, con la consiguiente vulneración de los principios de culpabilidad, igualdad y de proporcionalidad que ello conlleva³⁸ y evitaría que se tuviera que interpretar que todo acto violento de un hombre sobre su pareja o expareja mujer, sea automáticamente considerado un supuesto de violencia de género.

Como señala BOLDOVA PASAMAR,³⁹ la existencia o no de un elemento intencional o finalístico y la consecuente aplicación de los tipos penales de violencia de género, y en concreto del art. 153.1 CP, no ha planteado un problema en la práctica en aquellos casos en los que la violencia es de carácter unidireccional (aunque en mi opinión también resulta altamente cuestionable su aplicación en estos casos), resultando suficiente que se constatará “la previa existencia de un relación presente o pasada de pareja y que la conducta agresiva hubiera sido realizada por un hombre contra una mujer, sin entrar a considerar elementos de desequilibrio, dominación, discriminación o machismo”; y con ello, considero, se está desvirtuando la verdadera

tente entre ellos; en cuarto lugar, porque es la interpretación que hasta épocas relativamente recientes se ha sostenido por el Tribunal Supremo, e incluso se desprende de la STC 59/2998, de 14 de mayo.

38 Incluso, a pesar de la posibilidad de aplicar el tipo privilegiado del art. 153.4 CP.

39 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 180.

ratio legis de este tipo de regulación que se encontraba precisamente en la existencia de ese ánimo o tendencia como se ha expuesto, basándose, entre otros argumentos que ya hemos señalado, en las dificultades probatorias que ello implicaría.⁴⁰

Ahora bien, esa regla general que podía derivarse de las violencias unidireccionales resulta difícilmente sostenible en aquellas de carácter bidireccional, concretamente en el caso de peleas o agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, en tanto que se encuentran en situación de igualdad, y solo cuando pueda demostrarse una situación objetiva de desequilibrio o una posición de dominio del hombre, podría aplicarse el correspondiente delito contenido en el art. 153.1 CP. Y ello porque “el mutuo acometimiento en igualdad de condiciones y con resultados similares sería señal de que no se produce la situación de desigualdad o desequilibrio que son el contexto propio de las denominadas conductas «machistas»”.⁴¹

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, ABEL SOUTO, M., BRANGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G., (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 215, entiende que esas dificultades probatorias en modo alguno “tendrían que servir como excusa para renunciar a la prueba y, en consecuencia, a la evidencia de que con este acto se reproduce «sin la menor duda» una pauta patriarcal o machista”.

⁴¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 181.

3. La STS 677/2018: la eliminación de los elementos y el automatismo del tipo penal

En esta situación que hemos descrito respecto de la evolución jurisprudencial, la SAP de Zaragoza (Sección Primera) n° 60/2018, de 19 de marzo, en relación con un supuesto de agresión mutua en una pareja, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal n° 8 de Zaragoza en la que se absolvía del delito del art. 153.1 CP,⁴² ratificando la mencionada absolución.⁴³ Así, sostenía la Audiencia

⁴² Según los Hechos Probados de la Sentencia de la Audiencia, una pareja que se encontraba a la puerta de una discoteca comenzaron una discusión por no ponerse de acuerdo en relación con el momento en el que debían marcharse a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que ella le dio a él un puñetazo en el rostro, él le dio un tortazo en la cara con la mano abierta, y ella le propinó una patada, sin que consten lesiones en ninguno, ni se interpusiera denuncia por ninguno de ellos. El Juzgado de lo Penal n° 8 de Zaragoza en su Sentencia de 19 de diciembre de 2017, absolvió a ambos de los delitos de maltrato de los arts. 153.1 y 2 CP, sin que se pudiera proceder por los arts. 147.2 y 3 CP en tanto que resultaría precisa la denuncia previa de las víctimas.

⁴³ Existe un Voto Particular de la Magistrada De Pedro Bonet, entendiendo que debe condenarse por los mencionados delitos respectivamente, por considerar que el tipo penal no contiene ningún elemento subjetivo del injusto como la intención de dominio o humillación, y que en relación con la situación de dominio la presunción juega en sentido contrario, es decir, el autor es quien tiene que demostrar que su comportamiento es ajeno a

Provincial, muy correctamente en mi opinión, que:

... las manifestaciones de desigualdad, discriminación o ejercicio de poder del hombre sobre la mujer quedan integradas dentro de los tipos delictivos de la violencia sobre el

la concepción machista (como hemos visto, el planteamiento que en ese momento se sostenía por la jurisprudencia del Tribunal Supremo), de manera que considera que una agresión en el marco contextual de una relación afectiva *per se* y sin necesidad de prueba está vinculada con la violencia de género. Así, entiende en el caso concreto que “la actuación del acusado debe encuadrarse en el artículo 153.1 del Código Penal, pues propinar un tortazo con la mano abierta en la vía pública a la pareja, con la que el acusado convive y tiene un hijo no es una situación que deba quedar fuera de la violencia machista por el hecho de que previamente la acusada le hubiera dado un puñetazo en el curso de una discusión. Tal conducta de la mujer también merece un reproche penal, como conducta tipificable en el artículo 153.2 del Código Penal, pero no excluye la aplicación del artículo 153.1 respecto del acusado; además, en este caso, se aprecia en su acción un deseo de venganza por la agresión recibida y de someter a la mujer a su voluntad mediante el ejercicio de la violencia física. Por tanto, se estima la agresión del acusado se encuadra dentro de la violencia de género, sin que haya motivo para excluirla y estimar que estamos ante un delito leve de maltrato, en este caso impune por falta de denuncia de la mujer”. Como reiteradamente he señalado, la argumentación es altamente cuestionable, no solo por vulneración de los principios de culpabilidad e igualdad, sino por la lesión del principio de presunción de inocencia.

género. Pero en los hechos que no traigan su causa precisamente de esa específica relación de prevalimiento por parte del hombre, la tutela especial de esta ley no sería aplicable. Refiriéndonos al delito del art. 153 CP, no basta la mera presencia de una agresión material, sino que a ello hay que añadirle el plus que supone que responda a una situación de dominio, de abuso de superioridad de uno de los cónyuges, en definitiva, que responda a una situación de discriminación. Se descarte aplicar el art. 153 del Código Penal cuando se trata de supuestos de agresión mutua, que no corresponde con el uso de la fuerza por el más fuerte contra el más débil, sino de una situación de enfrentamiento recíproco como resultado de la oposición de dos personalidades encontradas.

Se retorna con ello, a la necesidad del ánimo de dominación o subyugación que se exigía en la primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo respecto de la violencia bidireccional o agresiones mutuas en las que no concurre la desigualdad o desequilibrio entre ambos sujetos.

Contra dicha resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza interpuso recurso el Ministerio Fiscal, dando lugar a la altamente cuestionable STS 677/2018 (Pleno), de 20 de diciembre, que casa la Sentencia de la Audiencia Provincial y condena por un delito de violencia de género del art. 153.1 CP, afirmando en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3 que no puede construirse un elemento subjetivo donde no existe, ni siquiera “cuando se trata de un acometimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena por el art. 153.1 CP cuando el sujeto activo sea un hombre”. Y, desde este planteamiento, sostiene basándose en resoluciones previas, que cabría aplicar el precepto aunque

el autor de la violencia no sea consciente del contexto en el que se produce o incluso aunque “su comportamiento general con su cónyuge o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de igual a igual”, por ello considera que la tipicidad y subsunción jurídica de la agresión recíproca “no puede desaparecer por la circunstancia de que se entienda que ya no existe ilícito penal, porque la mujer no esté en situación de «dominación» por su pareja (FD Cuarto, apartado 4)”. En definitiva, entre sus conclusiones contenidas en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 5, mantiene que no es posible exigir un ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar, y que basta con determinar la existencia de una violencia o agresión de hombre a su pareja o expareja mujer para afirmar la tipicidad del hecho como delito del art. 153.1 CP, entendiendo que:

... incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de respuesta.

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un giro radical desde sus inicios, optando por aplicar de manera automática el tipo penal del art. 153.1 CP siempre que concurren los elementos de relación de pareja, sujeto activo masculino y violencia (uni o bidireccional); es decir, ya no solo no hay necesidad de probar el *ánimo de dominación o machismo* en la concreta conducta llevada a cabo por el hombre, sino que tampoco es preciso apreciar en el caso concreto que la violencia ejercida guarde conexión o relación con “los denostados cánones de asimetría o con las pautas socioculturales del patriarca-

do”,⁴⁴ ni siquiera en los casos de agresiones mutuas.⁴⁵

Desde esta perspectiva, afirma rotundamente la resolución analizada que

... se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, aunque en casos concretos podría correr de cargo de quien lo alega que el acto de dominación no existe, por ser el hecho en sí mismo cuestión ajena a un acto de maltrato del art. 153 CP. Pero ello no queda desvirtuado por la circunstancia de que la mujer responda a esa agresión con otra agresión y constituir una agresión recíproca (FD Tercero, apartado 4).

En definitiva, resultaría suficiente el ejercicio de violencia en una determinada relación por cuanto se inscribe en el contexto o trasfondo sociológico y cultural que el legislador pretendió erradicar, independien-

44 BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183

45 Afirma la STS 677/2018, cit., en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado tercero que con este requisito se estaría “produciendo un exceso en la exigencia de la prueba a practicar en el plenario que no está requerido en el tipo penal, y que el legislador no quiso adicionar, pudiendo haberlo hecho, quedándose, tan sólo, en la mención a los actos de dominación o machismo como el sustrato o causa de justificación de la reforma, pero no como elementos propios y específicos del tipo penal que es objeto de tratamiento en el presente recurso”.

temente de que en el caso concreto, como es el analizado en los autos, ni exista situación de dominación, ni el autor comparta esas pautas culturales, ni que se establezca que la relación entre ambos miembros de la pareja está regida por parámetros de igualdad (FD Tercero, apartado 2, punto 2).

Esta interpretación, como se ha dicho de manera reiterada, tiene claras connotaciones de responsabilidad objetiva,⁴⁶ en tanto que existiendo el contexto sociológico y cultural y habiéndose producido una violencia del tipo que sea, incluso en agresión mutua iniciada por la mujer, en el seno de una relación de pareja, debe aplicarse de manera automática el delito analizado. Nos encontramos, por tanto, ante un automatismo difícilmente compatible con los principios y postulados de un Estado de derecho, al configurarse aparentemente como una presunción legal irrefragable por cuanto se sustenta en un innegable contexto social y cultural existente.⁴⁷

Justamente, por ello, la propia sentencia, intentando eludir esta situación de responsabilidad objetiva, admite que no se trata de una presunción *iuris et de iure* (FD Tercero, apartado 5, punto 11), pudiendo alegarse la excepción de aplicación automática del art. 153.1 CP cuando el acusado pueda probar que en la comisión del hecho no concurre ese elemento intencional,⁴⁸ o lo que es lo mismo, pretende evitar caer en un supuesto de responsabilidad objetiva, recurriendo a una presunción que determina la inversión de la carga de la prueba y la consecuente vulneración, en mi opinión, del derecho a la presunción de inocencia.

Lógicamente, contra esta resolución se formulan numerosos votos particulares,⁴⁹ que, entre otros aspectos, parten justamente

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Interpretación judicial del Derecho penal...”, cit., pág. 29; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 183.

⁴⁷ Se trata de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad, en los que la tarea del órgano judicial de constatación del peligro se sustituye automáticamente, cuando se trata de lo que se denominan “bienes jurídicos de confianza”, cfr. HEFENDEHL, R., “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O que ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (Coord.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 470, citado por ACALE SÁNCHEZ, M., “Interpretación judicial del Derecho Penal...”, cit., pág. 27, quien critica

esta teoría y el planteamiento de estas presunciones, sobre la base de que, entre otras razones, difícilmente superarían las exigencias de los principios de ofensividad y lesividad, cfr. ult. ob. cit., *ibidem*.

⁴⁸ Así, señala la STS 677/2018, cit., en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 1, aludiendo a la STC 22 de julio de 2010 que no resulta “preciso «probar» por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo (queremos entender que se refiere al activo) existió un «animus» propio y específico (...), es decir, que no es que se exija la prueba del elemento intencional, sino que el acusado puede probar que hubo una intención distinta, o que los hechos o circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad”.

⁴⁹ Concretamente formulado por el Magistrado COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, al que se adhieren los Magistrados BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, JORGE BARREIRO y LAMELA DÍAZ.

del punto que acabamos de exponer. Es decir, si se admite por el Tribunal la posibilidad de desvirtuar por parte del sujeto activo que la conducta realizada encuentra conexión con el contexto sociocultural de dominación y ello determinaría la inaplicación del precepto, implica que el elemento intencional de dominación constituye un elemento del tipo que es necesario tener en cuenta a la hora de calificar el comportamiento como constitutivo de un delito del art. 153.1 CP. De hecho, en el mencionado Voto Particular en su apartado 4 se afirma, muy acertadamente en mi opinión, que la justificación general que afecta a la legitimidad del precepto, cual es el contexto social de discriminación, dominación y desigualdad, “no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto (...) no puede presumirse en contra del acusado, sólo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuentra en esa pauta cultural”;⁵⁰ prohibición de presunción que debe sostenerse tanto cuando no quepa prueba en contra, como cuando se traslada la carga de la prueba al acusado, dado que la carga probatoria corresponde a la acusación, so pena

⁵⁰ Así, señala que “aunque pueda afirmarse que esa pauta cultural rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación intelectual del ciudadano, que pueden relacionarse, incluso, con el éxito de las actividades de formación en la materia que contempla la propia legislación (art. 3 de la Ley de Violencia de género), la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan”.

de lesionar el derecho a la presunción de inocencia. La existencia de esa pauta, cultural o contexto de dominación en el que se ejecuta la violencia del sujeto activo debe ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra de reo; y la eliminación de dicho elemento intencional, descartaría el plus de desvalor que “justificaría” (aunque ello resulta también cuestionable en mi opinión) la distinta penalidad de los preceptos.

Sin embargo, al margen de lo sostenido por el Voto Particular, la realidad es que el automatismo de la aplicación de este precepto se ha mantenido en diversas resoluciones posteriores⁵¹ a la ya mencionada STS 677/2018, de modo que, en mi opinión, nos encontraremos ante una situación, en la que la asimetría en la pena se basaría exclusivamente en razones y diferencias biológicas (el sexo de los sujetos intervinientes) y no en la existencia de determinadas pautas culturales o sociales, lo que, al menos desde mi punto de vista, resulta absolutamente inaceptable en un Estado de derecho.

4. Conclusiones: ¿El elemento biológico como criterio delimitador del injusto típico?

Como se ha expuesto, la inicial “legitimación” de la diferente regulación penológica de la violencia llevada a cabo en el seno de

⁵¹ Así, las STS 600/2021 (Sección Primera), de 7 de julio, y las SSAP de Madrid 757/2019 (Sección 27), de 29 de noviembre, 129/2021 (Sección 26) de 10 de marzo, SAP de Huesca 135/2020 (Sección 1^o), de 21 de diciembre, SAP de Pontevedra 105/2019 (Sección 4^a), de 20 de mayo, entre otras.

una relación de pareja, radicaba en la existencia de un ánimo de dominación inserto en un contexto sociocultural de desigualdad, subyugación y discriminación respecto de las mujeres al que se hacía referencia en la LO 1/2004. Sin embargo, paulatinamente la referencia a ese elemento concreto se ha ido desdibujando hasta desaparecer por completo tras la STS 677/2018, y demás resoluciones posteriores, de modo que, esencialmente el único referente válido que queda para la diferenciación de las violencias llevadas a cabo en el seno de una pareja, incluso en el caso de agresiones mutuas, donde podría resultar mucho más evidente la situación de igualdad entre ambos miembros de la misma, radica en el elemento biológico, esto es, en el sexo de quien ejerce la concreta violencia.

Aunque sea de manera breve, por razones de espacio, considero necesario realizar algunas consideraciones al respecto. Se sostiene por la jurisprudencia, y algún sector de la doctrina que el diferente tratamiento que conlleva el art. 153.1 CP radica en que la gravedad de un acto de maltrato masculino es siempre objetivamente superior tanto al acto de maltrato que pudiera realizar una mujer, como a aquel que se produce fuera del seno de la pareja.⁵² Si ello es así, como señala BOLDOVA PASAMAR:⁵³

... carece de sentido permitir excepción alguna y menos una basada en la ausencia de un determinado elemento subjetivo del

autor, aunque tampoco la derivada de un contexto de dominación en el caso concreto, puesto que la mayor gravedad del comportamiento no se deduce de consideraciones personales de los individuos en conflicto, sino de un trasfondo colectivo o sociológico que va más allá.

Claro que, con ello, como indica muy acertadamente, estaríamos ante la ya mencionada legitimación desde una perspectiva de responsabilidad objetiva incompatible con el principio de culpabilidad y de ofensividad y los postulados básicos de un Estado de derecho.⁵⁴

La exclusión de esta referencia al ánimo o finalidad con la que el autor lleva a cabo la concreta violencia de manera que pueda insertarse en un contexto de desigualdad o dominación (y ello puede resultar cuestionable en un importante número de agresiones mutuas), nos avoca al hecho de que al art. 153.1 CP solo pueda atribuírsele una función represiva y agravatoria que encontraría su fundamento en una base biológica, esto es, en que el sujeto activo es un hombre, resultando por tanto indiferente, si es o no consciente de que la conducta que lleva a cabo se encuentra incluida en un contexto o pauta de dominación hacia las mujeres (no olvidemos que este contexto se presume y no debe probarse); es decir, “se acaba presuponiendo que todos los

⁵² ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, págs. 44 y ss.

⁵³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 185.

⁵⁴ En este sentido, ya se había pronunciado ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho penal y violencia de género: ¿un nuevo cambio de paradigma?”, en MARTÍN SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las ciencias sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 418 y ss.

hombres que recurren al empleo de violencia leve y ocasional comulgan con un desprecio absoluto hacia las mujeres”.⁵⁵

Desde esta perspectiva nos encontramos ante una encrucijada, si se acepta un planteamiento puramente objetivista en los delitos de violencia de género que, sobre la base de un innegable contexto sociocultural de desigualdad respecto de la mujer, legitime la diferencia penológica por el mero hecho de ser hombre y ejercer violencia contra su pareja o expareja mujer, o bien si resulta necesario identificar un plus de desvalor en el comportamiento del autor que se identifique, al menos, con el conocimiento de que la violencia se está llevando a cabo como manifestación expresa de esa situación de dominación.

En mi opinión, la opción por el primero de los planteamientos, que no podemos obviar es el que mantiene la jurisprudencia, resulta absolutamente inaceptable, por cuando vulnera frontalmente los postulados básicos del derecho penal de un Estado de derecho, llevando “innecesariamente hasta límites peligrosos alguno de los principios básicos del Derecho (igualdad), del Derecho Penal (culpabilidad) y Derecho Procesal-Penal (presunción de inocencia)”.⁵⁶ La lucha contra la violencia de género no puede plantearse desde una perspectiva absoluta y maximalista que presente el comportamiento humano como rígidamente vinculado a roles o patrones que previamente se han preestablecido, en este caso, por la propia ley,⁵⁷ dado que ello se traduciría en obviar por

completo el injusto personal y la culpabilidad individual.

Resulta irrenunciable que el sujeto activo, al menos tenga “conciencia de que su comportamiento no es ajeno por completo al significado objetivamente más grave que las leyes le atribuyen en cuanto reproduce una pauta de dominación machista”;⁵⁸ y lo mismo cabe sostener respecto de la culpabilidad individual debiendo exigirse una conciencia de la mayor gravedad de su comportamiento por cuanto difícilmente se podrá reprochar al sujeto un plus o desvalor del injusto que sea totalmente ajeno a su conciencia y/o conocimiento, sin que ello implique una clara infracción del principio de culpabilidad.

Pero es que la necesidad de que ese especial plus o desvalor del injusto debe encontrarse presente en la interpretación y aplicación del tipo penal, se deriva directamente de la propia argumentación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al admitir, a fin de eludir la responsabilidad objetiva, que se pueda acreditar por parte del sujeto activo que no actúa movido por el mencionado ánimo de dominación y/o que su comportamiento no se encuentra conectado con el contexto sociocultural de discriminación y desigualdad.⁵⁹ Es, por tanto, evidente que el ánimo de dominación o la situación de desigualdad son elementos que necesariamente deben verse

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 186.

⁵⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 188.

⁵⁷ SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una nor-*

ma agotada (LO 1/2004), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 54.

⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, *ibidem*,

⁵⁹ Como muy acertadamente se pone de manifiesto en el Voto Particular a la STS 677/2018, cit.; en el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento...”, cit., pág. 184.

valorados a la hora de aplicar el art. 153.1 CP, sin que sea legítimo recurrir al automatismo que se deriva de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo desde 2018. Claramente, y de modo muy pronunciado en el caso de violencia bidireccional o agresiones mutuas, pueden existir supuestos de violencia del hombre hacia la mujer pareja o expareja (o entre ambos) que nada tengan que ver con el fenómeno de la violencia de género, porque en nada respondan a las pautas culturales de machismo o dominación; es decir, en mi opinión, caben excepciones a la aplicación del tipo penal de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja, sin que por ello se renuncie a la lucha contra este fenómeno. Por el contrario, un automatismo, como el que se practica jurisprudencialmente, que renuncia a cualquier tipo de excepción, no solo quebrantaría los principios que ya se han mencionado reiteradamente (igualdad, culpabilidad, ofensividad y presunción de inocencia), sino que podría dar lugar a penas absolutamente desproporcionadas en el caso concreto, vulnerándose así el principio de proporcionalidad.

En realidad, este automatismo de la jurisprudencia que exige, simplemente, la constatación de una violencia llevada a cabo por un hombre hacia una mujer que sea o haya sido su pareja, sin ningún otro elemento añadido para la calificación del comportamiento como violencia de género, ya no encuentra su legitimidad en aquel trasfondo sociocultural de dominación y machismo que se había predicado por el Tribunal Constitucional tratando de legitimar el diferente tratamiento punitivo en virtud del sujeto activo, sino que se fundamenta, al menos en mi opinión, en un puro elemento biológico, cual es el sexo de los concretos sujetos involucrados. Es decir, se castiga más gravemente al hombre por el hecho de ser hombre, independientemente

de cuál fuera el contexto de la violencia que lleva a cabo, e irremediablemente ello implica una directa vulneración del principio de igualdad y el retorno a unas concepciones del derecho penal incompatibles con un Estado democrático de derecho.

No puede presumirse contra el sujeto activo que por el hecho de ser varón su comportamiento se encuadra de manera automática en una determinada pauta cultural sin que en el caso concreto se pruebe esa conexión; y tampoco puede o, mejor dicho, no debe implantarse una presunción prácticamente irrefutable que supone una inversión de la carga de la prueba en un planteamiento contrario a reo. Esa situación de dominación o subyugación es, desde mi punto de vista, inmanente al propio delito de maltrato contenido en el art. 153.1 CP, y resulta absolutamente necesario demostrar la existencia de una situación de desigualdad en relación con la violencia llevada a cabo por el hombre de la pareja, para que al menos pueda encontrarse un cierto grado de legitimidad en la intervención penal. Si la violencia es bidireccional, como en el caso de las agresiones mutuas (supuesto analizado por la STS 677/2018, en el que la violencia es iniciada por la mujer), todavía se convierte en más necesaria la demostración de este elemento, porque, en principio, podría partirse de una situación plena de igualdad entre ambos miembros, que desvirtuaría completamente la posibilidad de entender que se trata de una manifestación del contexto de discriminación, desigualdad y machismo.

De hecho, y al margen de la cuestionable legitimidad que ya por sí misma pudiera implicar la diferencia penológica que se recoge en el art. 153 CP en virtud del sexo del sujeto activo y que, en mi opinión, podría resolverse mediante la aplicación de la agravante de discriminación por razón de sexo o de género

contenida en el art. 22.4 CP, considero que la única forma de una aplicación legítima del mismo es mediante una interpretación restrictiva que exija la presencia o concurrencia de un especial elemento típico cual es el ánimo de dominio o subyugación en la violencia llevada a cabo por el hombre,⁶⁰ o, al menos, el claro conocimiento e intención de actuar en ese contexto sociocultural de machismo, de manera que los miembros de la pareja se encuentren en una notoria situación de desigualdad en el caso concreto sin que sea suficiente acreditar una genérica existencia de unas pautas culturales de desigualdad hacia la mujer.⁶¹

El automatismo aplicado a este precepto por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 2018 resulta absolutamente incompatible con los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho, en tanto que encuentra fundamento, como se ha señalado, exclusivamente en el elemento biológico (quien es el sujeto activo) y no en la constatación de una situación de desigualdad (la

gravedad del hecho atendiendo a determinados ánimos o motivaciones). Desde luego, no es la solución adecuada ni más legítima para hacer frente a un fenómeno tan grave como es el de la violencia de género y que podría derivar en consecuencias contrarias a las perseguidas, llegando a victimizar al hombre sobre la base de que es especialmente sancionado precisamente por su condición de tal, y no por un comportamiento de dominación o machismo.⁶²

Lo que resulta inaceptable para un Estado de derecho es una concepción, en el ámbito penal y concretamente en relación con el art. 153.1 CP, de una especie de “culpabilidad colectiva”⁶³ que implique una aplicación automática del tipo penal sin demostrar la existencia del elemento de dominación, porque como señala LAURENZO COPELLO,⁶⁴ sancionar con una pena más grave por razones de discriminación no puede aplicarse de manera automática a todo el colectivo, porque la culpabilidad dejaría entonces de cumplir la función que le corresponde; ni tampoco puede servir para enervar derechos y garantías como la presunción de inocencia.⁶⁵

60 Aboga por la inclusión expresa del elemento anímico de la discriminación en los delitos de violencia de género como presupuesto básico de los mismos, SANZ MULAS, N., *Violencia de Género...*, cit., pág. 98.

61 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pág. 322, afirma que la perspectiva de género “no se trata, como algunos pretenden, de establecer normas que supongan necesariamente una discriminación positiva que favorezca a las mujeres a base de vulnerar el principio de igualdad (lo cual sería muy discutible, por otra parte) ni de crear un principio de presunción de culpabilidad o de olvidar el derecho de defensa”.

62 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., págs. 340 y 341.

63 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 349.

64 LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 817 a 822.

65 LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre...”, cit., pág. 351.

5. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005.
- “La perspectiva de género en el Derecho Penal español”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, Comares, Granada, 2010.
- “La interpretación judicial del derecho penal desde la holística del género”, *Jueces para la Democracia*, nº 82, 2018.
- “Derecho penal y violencia de género: ¿un nuevo cambio de paradigma?”, en *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las ciencias sociales*, Martín Sánchez (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ALASTUEY DOBÓN, M. C. y ESCUCHURI AISA, E., “La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español”, *Revista de Derecho Penal*, nº 23, 2015.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *InDret*, nº 3, 2020.
- “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género”, en ABEL SOUTO, M., BRANGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G., (Coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M^a A., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR M. A. y RUEDA MARTÍN, M^a A (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2004.
- “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de género”, *La Ley*, núm. 5, 2004.
- BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 9-2, 2007.
- DE LA FUENTE HONRUBIA F. y PUENTE SEGURA, L., *Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales fundamentales*, CEF, Madrid, 2019.
- FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, nº 17, 2006.
- “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en Muñoz Conde F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra.*

- María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La necesaria intervención en los procesos de ruptura de la relación de pareja en contextos de dominio, como instrumento de prevención de feminicidios”, en Fernández Teruelo, J. G. y Fonseca Fortes-Hurtado, R. H. (Dir.), *Violencia de Género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, A., “De la «Violencia doméstica» a la «Violencia de género»: ¿un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en Núñez Castaño, E. (Direct.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA ARÁN, M., “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (a propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en Carbonell Mateu J. C., González Cussac J. L., Orts Berenguer E. y Cuerda Arnau, M^a L., (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ RIVERO, M^a C., “El «presunto» injusto de los delitos contra la violencia de género”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “El «nuevo» elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia contra la mujer: consecuencias jurídicas de las SSTs de 8 de junio y 24 de noviembre de 2009”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 72, 2010.
- LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, n^o 07-08, 2005.
- “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- LLORIA GARCÍA, P., “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020.
- MAGRO SERVET, V., “La carga de la prueba de dominación o machismo en la violencia de género”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 104, 2013.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas consideraciones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.
- MAQUEDA ABREU, M^a L., “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral”, *Revista Penal*, n^o 18, 2006.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material

- del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, *Revista General de Derecho penal*, nº 3, 2005.
- “El delito de maltrato ocasional del art. 153 del Código penal: la influencia del modelo de seguridad ciudadana en el actual Derecho penal”, en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de Género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013.
- RUEDA MARTÍN, M^a. A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019.
- SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., “Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)”, en *La Ley* núm. 8159, 2013.

Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad

• **Ana Isabel Pérez Cepeda** •

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
cepeda@usal.es

Resumen: La diligencia debida ha emergido como obligación de prevenir, mitigar y reparar de las grandes empresas en su cadena de actividades cuando se producen efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales y medioambientales, sustituyendo a la responsabilidad social voluntaria. El análisis de los diferentes instrumentos internacionales, regionales y nacionales nos desvelará su vigencia, alcance y responsabilidad por su incumplimiento.

Palabras clave: plutofilia, internacional, deberes de diligencia, responsabilidad de las empresas, derechos humanos.

Abstract: Due diligence has emerged as an obligation to prevent, mitigate and repair large companies with respect to their chain of activities when adverse effects on human, labor and environmental rights occur, replacing voluntary social responsibility. The analysis of the different international, regional and national instruments will reveal their validity, scope and responsibility for non-compliance.

Key words: plutophilia, international, duties of diligence, liability of companies, human rights.

Fecha de recepción

04-06-2024

Fecha de aceptación

13-06-2024

Sumario:

1. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida
2. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un tratado internacional vinculante
3. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente
4. Normativa europea: especial referencia a la futura directiva; diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida

La globalización en su tercera fase, con una crisis e intento de vuelta al proteccionismo, en su amplio alcance, ha sido el catalizador de la expansión de las prácticas capitalistas más allá de las fronteras nacionales, otorgando a las empresas transnacionales (en adelante ETN) un papel de relevancia en las economías locales, regionales y globales. Anclados en este contexto, las ETN guiadas por la búsqueda de beneficios y expansión global, a menudo operan en entornos donde los derechos humanos son vulnerados de manera sistemática (Arenal Lora, M. L., 2018). El modelo productivo y las actividades empresariales llevadas a cabo a través de las extensas cadenas de actividad globales han permitido maximizar el potencial de lucro, pero también han dado lugar al encubrimiento de delitos de mercado verdaderamente perniciosos y perjudiciales para los derechos humanos, especialmente en los países periféricos. Esto puede incluir supuestos de explotación laboral, degradación ambiental, desplazamiento de comunidades locales y discriminación, entre otros. Algunos casos como la industrial de la Union Carbide en Bhopal (India); los vertidos de petróleo de Texaco en la Amazonía de Ecuador; más recientemente, Repsol en Perú; Marina y Vale en Brasil; así como Plaza Rana en Bangladés, no deberían repetirse.¹ Sin embargo, debido a

¹ Ha habido denuncias de trabajo esclavo, trata de personas y/o explotación infantil que involucran a famosas empresas transnacionales, según lo informado por las noticias sobre la esclavitud en las plantaciones de café en Minas Gerais, Brasil, implicando direc-

su poder económico y su influencia en la política y la legislación estas empresas pueden evadir o minimizar su responsabilidad en relación con estas violaciones de derechos humanos, laborales y medioambientales.

Estas prácticas pueden enmarcarse dentro de lo que denominamos plutofilia² (Terradillos Basoco, J. M., 2020) entendida, en este caso, como una inclinación o preferencia hacia los intereses de las élites económicas y corporativas. Las empresas transnacionales, debido a su poder económico y capacidad de influencia, ejercen presión y condicionan el marco normativo tanto a nivel nacional como internacional que favorezcan sus intereses comerciales y protejan sus inversiones, incluso a expensas de los derechos humanos y el bienestar de las comunidades afectadas. Asimismo, la plutofilia influye en la impunidad de las empresas transnacionales ante la falta de transparencia en sus actividades y

la explotación de vacíos legales o la debilidad de los sistemas de justicia en determinados países. Su poder económico les permite contratar equipos legales y utilizar mecanismos de resolución de disputas que les brindan una ventaja significativa sobre las víctimas y las comunidades afectadas (Pérez Cepeda, A. I., 2019, pág., 265 y ss.). En suma, a través de prácticas como el *lobby*, la presión política y el uso de sistemas de arbitraje privados, estas empresas pueden socavar los esfuerzos por establecer estándares internacionales más sólidos y vinculantes en materia de derechos humanos y responsabilidad corporativa.

Los problemas legales que surgen están vinculados a las estructuras complejas de las ETN y la deslocalización de su cadena de actividad, dado que la matriz y sus filiales tienen personalidad legal diferenciada y existen las lagunas en materia de jurisdicción, lo que comporta que la matriz no suele ser responsable de los incumplimientos legales de una filial extranjera. Con el fin de evitar la impunidad de las ETN, que desarrollan su actividad a través de las cadenas de actividades y sus socios comerciales, que violan derechos humanos, laborales y medioambientales se ha dado un paso más allá de la responsabilidad social corporativa voluntaria a la exigencia de un deber de diligencia debida que trata de promover la responsabilidad empresarial y proteger los intereses de todas las partes involucradas, incluidos los trabajadores, las comunidades locales, el medio ambiente y los accionistas. Este deber implica que las empresas tienen que tomar medidas razonables para prevenir, mitigar y reparar cualquier daño que puedan causar en el ejercicio de sus actividades comerciales a los derechos humanos, laborales y medioambientales. La diligencia debida ayuda a las empresas a identificar y gestionar los riesgos asociados con sus actividades comerciales, lo que pue-

ta o indirectamente a Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin 'Donuts, Starbucks e Illy; las múltiples infracciones comprobadas llevadas a cabo por la empresa Zara y también por otras marcas de la industria textil como M. Officer, Gregory, Le Lis Blanc, Animale, Brookfield, Forever, Aeropostale, Toys 'R' Us, e Urban Outfitters; la imposición de trabajo forzoso a inmigrantes que implican a Coca-Cola en Rosarno, Calabria, Italia; y tantos abusos denunciados sobre China, por ejemplo, para la fabricación de productos famosos subcontratados por gigantes del sector tecnológico, incluidas las marcas Microsoft, HP, Nokia, Xbox e Apple, así como de varios otros sectores

2 Texto elaborado en el marco del Proyecto de Investigación-Programa I+D+I orientada a los retos de la sociedad: Análisis crítico del derecho penal de la plutofilia (PLUTOPE-NAL), PID2022-142211NB-C21.

de incluir riesgos legales, financieros, operativos, reputacionales y de otro tipo. También al exigir a las empresas que sean diligentes en sus operaciones, se promueve una mayor transparencia y se facilita la rendición de cuentas tanto a nivel interno como externo. Con ello, se pretende que también las empresas con cadenas de actividad y socios comerciales operen de manera ética, responsable y sostenible, contribuyendo así al desarrollo y al bienestar de la sociedad en su conjunto.

Como ha señalado Demetrio Crespo (2018, pág. 23), las vulneraciones masivas de los derechos humanos por parte de empresas multinacionales no pueden ni deben quedar sin respuesta. Sin embargo, este camino no está siendo pacífico, no existe en derecho internacional una aceptación general de la responsabilidad de las empresas transnacionales. Las empresas en este ámbito solo tienen derechos y exiguas obligaciones, no son sujetos de derecho internacional. En las siguientes páginas trataremos de desvelar los avances y trabas que está habiendo en el ámbito internacional, regional y nacional para configurar un deber diligencia, cuyo incumplimiento pueda conllevar una responsabilidad administrativa y civil. También podría haber abierto la puerta a una responsabilidad penal de la empresa matriz y administradores, aunque parece que al menos en la Unión Europea (UE) después de la aprobación de la Directiva relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD) no es la política criminal marcada.

2. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un tratado internacional vinculante

Los instrumentos que componen la denominada “Carta Internacional de los Derechos

Humanos” (la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y sus respectivos Protocolos Facultativos) contienen obligaciones que van dirigidas a los Estados, no a las ETN. A pesar de ello, en el seno de la ONU, las primeras iniciativas para regular un código de conducta para empresas que estableciera obligaciones e instrumentos de control llegaron con la creación en 1974 de la Comisión y el Centro de Empresas Transnacionales, dentro del Consejo Económico y Social (ECOSOC). La falta de acuerdos y la existencia de intereses contrapuestos provocó que, tras más de una década de negociaciones, la iniciativa fracasase. Más tarde, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el año 2003, elaboró unas “Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003), sin embargo, tampoco se logró que fueran aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos.

Estos intentos frustrados son el antecedente del instrumento hasta ahora más importante en el ámbito internacional: los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos para “proteger, respetar y remediar” desarrollados por John Ruggie, el exrepresentante especial del secretario general de las Naciones Unidas, que fueron mediante la Resolución de 6 de julio de 2011 aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/RES/17/4, 17º Período de sesiones). Estos principios establecen un programa que se basaba en tres pilares:

1. Proteger: Los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos de cualquier violación por

parte de terceros, incluyendo las empresas, estando obligados a promulgar leyes y políticas que promuevan y protejan los derechos humanos, garantizando que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones.

2. Respetar: Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, al menos como mínimo los recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en todas sus operaciones. La expectativa de un comportamiento responsable conlleva que las empresas procedan con la “debida diligencia” con el fin de identificar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (Principio 15). Pero, no exige que los Estados establezcan una responsabilidad, mediante sanciones, cuando el proceso de diligencia debida no se ha adoptado o no se ha desarrollado de forma correcta, causando impactos negativos en los derechos humanos, que estén directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos directamente.

3. Remediar: Se debe contar con los recursos adecuados para hacer frente a la necesidad de un mayor acceso por parte de las víctimas a las vías de recurso, judiciales y extrajudiciales. Las empresas deben proporcionar remedios efectivos para las personas y comunidades afectadas por violaciones de derechos humanos que se produzcan en el contexto de sus operaciones. Esto incluye compensación por daños y perjuicios, restitución y garantías de no repetición. Ahora bien, los principios rectores no establecen las vías de recurso para hacer efectivo el derecho a ser indemnizado, tampoco solucionan el problema de la extraterritorialidad, limitándose a describir los distintos enfoques que

de forma unilateral están adoptando cada uno de los Estados (Esteve-Moltó, J. E., 2011, págs. 317-351).

Puede constarse cómo los Principios rectores se basan en el compromiso político y la debida diligencia, como proceso interno voluntario preventivo que llevarán a cabo las empresas, y es preventivo porque si lo incumplen, en ningún momento se menciona la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar si esa debida diligencia es un hecho. No obstante, tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el deber de diligencia de las empresas en relación con los derechos humanos plasmados en los Principios Rectores [STCIDH 31 de agosto de 2021, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras; STCIDH 1 de octubre de 2021, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile y STCIDH 27 de noviembre de 2023, Caso habitantes de La Oroya vs. Perú].

Existen otros instrumentos internacionales que establecen estándares para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial y que tienen como objetivo promover y garantizar los mismos en sus operaciones. Entre ellos destacamos que, los países adheridos se comprometen a promover y aplicar las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (OCDE, 2013, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales). Estas directrices son un conjunto de principios voluntarios y no vinculantes que proporcionan orientación a las empresas multinacionales en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y las prácticas empresariales responsables. Las directrices se revisan periódicamente y se actualizaron por última vez en 2023 (OECD, 2023), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinaciona-

les sobre Conducta Empresarial Responsable, (OECD, 2011 *Publishing*, París). Establece nuevas recomendaciones en áreas como el cambio climático, la biodiversidad, la tecnología, la integridad empresarial y la debida diligencia en las cadenas de suministro. También regula un mecanismo de denuncia en el que cualquier persona o grupo puede presentar una queja formal contra una empresa multinacional que considere que ha incumplido las directrices. Estas quejas se revisan por un Punto de Contacto Nacional designado por cada país adherido a las directrices de la OCDE, cuyo procedimiento de implementación ha sido desarrollado en la última revisión.

Además, a partir de las Líneas Directrices, la OCDE ha desarrollado unas guías de debida diligencia o *due diligence*, la última publicada en 2018 (OCDE, 2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, encaminadas a que las empresas integren la responsabilidad social corporativa dentro de su actividad y así evitar que causen impactos negativos comerciales. En esta línea se han desarrollado una serie de guías sectoriales que abarcan áreas como las cadenas de suministros responsables de minerales que provengan de áreas de conflicto o de alto riesgo; empresas que operan en el sector agrícola, textil y de calzado; industrias extractivas y en el sector financiero que son una serie de manuales prácticos. En términos generales, el proceso de diligencia debida del OCDE comprende incorporar la conducta empresarial responsable a las políticas y medidas de gestión; identificar y evaluar los impactos negativos en las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales; detener, prevenir o mitigar los impactos negativos; hacer un seguimiento de la implementación y los resultados; informar cómo se abordan los impactos y por último,

reparar o colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda.

Por su parte, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se adoptó hace más de 40 años y ha sido modificada en varias ocasiones (2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022) [ISBN 978-92-2-038592-0 (web PDF)] establece los principios básicos que deben seguir las empresas multinacionales en cuanto a su responsabilidad social y su impacto en los derechos laborales. Esto incluye la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la salud y seguridad en el trabajo, y la protección social. Por ende, la declaración recomienda que las empresas multinacionales se comprometan a aplicar sus políticas sociales y laborales en todas sus operaciones y en todas las partes de su cadena de suministro, y que trabajen en colaboración con los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para promover el desarrollo sostenible y el bienestar económico y social. La declaración no es vinculante, pero se considera una guía importante para las empresas multinacionales y los Estados, ya que proporciona un marco para la diligencia debida en el ámbito empresarial, promoviendo prácticas de negocio responsables y sostenibles. La OIT cuenta con un mecanismo de seguimiento y evaluación de la implementación de la declaración.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas que establece los derechos de los niños y exige que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y que entró en vigor en

1990 (Ratificado por España, *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), siendo el más ampliamente ratificado en la historia, con 196 Estados parte. Ha sido fundamental en la promoción y protección de los derechos de los niños en todo el mundo, inspirando a la creación de leyes y políticas nacionales, que imponen a las empresas deberes transparencia y diligencia debida, para proteger a los niños de la discriminación, el abuso y la explotación. Por ejemplo, la ley holandesa *Wet zorgplicht kinderarbeid* en 2019.

Todos estos instrumentos inciden en que las ETN respeten los derechos humanos y se aseguren de que sus proveedores y subcontratistas también lo hagan y deban establecer políticas claras en materia de derechos humanos, con ese fin se incide en la necesidad de realizar debidas diligencias y trabajar en colaboración con los gobiernos y otros actores relevantes para prevenir y abordar cualquier violación de los derechos humanos que se produzca en sus operaciones.

Sin embargo, como se ha señalado, actualmente no existe una convención específica que regule en el marco del derecho internacional de los derechos humanos las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, a pesar de que desde hace varios años se ha venido discutiendo y trabajando en la creación de este. La iniciativa surge de movimientos activistas, tales como la “Campaña global para dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad” que fueron materializadas finalmente en la elaboración del “Tratado de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales” (Hernández Zubizarreta, J., González, E. y Ramiro, P., 2014), cuyo objetivo era “someter la arquitectura jurídica-política que sustenta el poder de las empresas transnacionales a normas y reglas de protección de los derechos humanos”, buscando la protección y salva-

guarda de los mismos y alejándose del criterio de la voluntariedad, que no ha evitado que se sigan produciendo sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte de las empresas transnacionales (Vega Calzada, 2019, pág. 162). Ello motivó que el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) adoptara la Resolución (A/HRC/RES/26/9) que preveía la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” a través de la que pretendía acabar con la impunidad de las empresas transnacionales derivada de las lagunas en materia de jurisdicción y de las estructuras complejas de estas empresas. Al adoptar esta resolución, el CDH creaba el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, que ha llevado a cabo nueve sesiones de negociaciones y discusiones para avanzar en la elaboración de un tratado, que ha elaborado su cuarto borrador (*Text of the updated draft legally binding instrument with the textual proposals submitted by States during the ninth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* A/HRC/55/59/Add.1). El objetivo de este tratado es establecer obligaciones claras y exigibles de prevenir (diligencia debida) y remediar (responsabilidad) a las empresas transnacionales y otras empresas con el fin de promover y proteger los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo en toda su cadena de actividad. Entre las medidas que se estaban considerando se encuentran la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos en todas sus actividades y operaciones, la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos antes de iniciar nuevos

proyectos, y la obligación de garantizar la reparación efectiva para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas (Guamán Hernández, A., 2021, págs. 65 y ss.). Así mismo, asegurar el acceso efectivo a la justicia y el recurso a las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional, e impedir que se produzcan estas violaciones y fomentar la cooperación internacional con miras a que se hagan efectivas las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Se prevé que los Estados opten no solo por una responsabilidad civil y sanciones administrativas, sino también por una responsabilidad penal, en su artículo 8, siempre que reparen y sean sanciones proporcionales al abuso contra los derechos cometido.

No obstante, en la última reunión se ha cuestionado la delimitación del ámbito sujeto, las obligaciones directas a las empresas, la extensión de la cadena de actividad, la inversión de carga de la prueba que facilitaría el acceso a la justicia de las víctimas, entre otros temas. Países como EE. UU. cuestionan que abarque la protección de derechos sociales, Reino Unido se ha manifestado a favor del modelo de la transparencia, pero en contra diligencia debida, alegando que la prevención y reparación no pueden considerarse obligatorias. Ante esta situación, y a pesar de la postura reticente que había mantenido la Unión Europea (UE) hasta el momento, ha dado un giro copernicano, aprobando la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2024, sobre la definición de la posición de la Unión sobre el instrumento vinculante de las Naciones Unidas relativo a las empresas y los derechos humanos, expresa su compromiso de la Unión y de los Estados miembros con el proceso de las Naciones

Unidas, en particular en lo que respecta al acceso a las vías de recurso y la protección de las víctimas [2023/2108(INI)].

En síntesis, ante el desafío de atribuir responsabilidades a las personas jurídicas en normas internacionales se produce un “ángulo muerto” en el derecho internacional (Hernández Zubizarreta, 2009, pág. 663), puesto que en la actualidad no existen normas de *hard law* capaces de responsabilizar a las corporaciones internacionales (ni a sus cadenas de actividades) por los graves ilícitos internacionales perpetrados extraterritorialmente, dando lugar a un proceso de debilitamiento de la protección de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo de capas que cada vez afecta a la población, dificultando la identificación de víctimas y perpetradores sobre todo en casos de pobreza extrema y privación de los derechos más básicos.

3. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente

El derecho internacional de los derechos humanos, como se ha podido constatar, ha considerado tradicionalmente al Estado como el único responsable de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos por parte de las personas bajo su jurisdicción. Nos encontramos ante deberes que no se imponen directamente a las empresas transnacionales, sino que se imponen por los Estados en los que esas empresas llevan a cabo sus actividades, los denominados *host States*, es lo que se conoce como la aplicación horizontal del derecho internacional de los derechos humanos (Gómez Isa, 2015, pág. 38). Ello conlleva que, para poder asegurar efectivamente la vigencia de los derechos, los Estados debe-

rían controlar las actividades de los actores no estatales, entre los que se encuentran las ETN, cuando despliegan sus actividades, que supongan un peligro para la garantía de estos y, en caso de que se produzca violaciones, procesar y sancionar a las empresas.

El problema principal es que las obligaciones de las grandes corporaciones en materia de derechos humanos se remiten a los ordenamientos nacionales que han sido desregulados y flexibilizados para favorecer la atracción de inversión extranjera sin condiciones sociales, derechos laborales, ni fiscales, tampoco ambientales, y que a menudo cuentan con estructuras judiciales y administrativas incapaces de hacer valer la vigencia y aplicación de sus propias normas (Hernández Zubizarreta, González y Ramiro, 2020). Las propuestas de control que existen se enfrentaban al escollo de abordar la relación de las empresas matrices con el resto de las filiales, proveedores y subcontratistas a lo largo de la cadena de actividad, así como resulta un desafío de adaptar los marcos normativos estatales para regular las obligaciones de las ETN, cuyos derechos están tutelados a escala planetaria a través de la *lex mercatoria*.

Entre los países de la UE que han adoptado leyes nacionales de diligencia debida, el primero fue Francia, “Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, 2017, pionera en este ámbito, posteriormente en Noruega “Lov om åpenhet i næringsvirksomhet for et anstendig arbeid”, la ley holandesa “Wet zorgplicht kinderarbeid”, en 2019, y la alemana Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LKSG), 2021. Otros países como España, Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Holanda tienen diversas iniciativas legislativas que se encuentran en diferentes fases de tramitación, hoy en día paralizadas con el fin de realizar su adaptación a la directiva sobre diligencia

debida en materia de sostenibilidad corporativa (CSDDD), cuyo texto definitivo está todavía pendiente de publicación.

Las diferencias entre las leyes hasta ahora aprobadas en los distintos países de la UE eran sustanciales respecto al alcance de las empresas obligadas, el alcance material de los derechos, la definición de las cadenas de valor, las obligaciones de diligencia debida e informes, la responsabilidad civil y el acceso a la justicia, así como las autoridades encargadas de su supervisión. Ante ello, y teniendo en cuenta la iniciativa del tratado, no es de extrañar que una de las finalidades que pretende la directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad es armonizar las diferentes legislaciones que sobre diligencia debida existen en la UE.

Con relación a la diligencia debida, que es el tema central que nos ocupa, todas las leyes nacionales prevén la identificación y gestión de riesgos, el establecimiento de medidas preventivas en operaciones propias, filiales y proveedores, la toma medidas correctivas y la publicación de los informes. Si bien Alemania limita las medidas preventivas, respecto a los proveedores directos, estableciendo la obligación de diligencia debida respecto a los proveedores indirectos en caso de “conocimiento fundamentado” de abusos. Solo algunas incluyen una declaración política (Alemania), designar a una persona responsable dentro de la empresa (Alemania), canal de denuncia (Alemania y Noruega), involucrar a las personas afectadas (Noruega y Holanda), proporcionando o cooperando en la reparación y compensación (Noruega y Holanda).

Respecto a la responsabilidad civil y acceso a la justicia, Francia y Holanda prevén la responsabilidad por los daños que la diligencia debida hubiera podido haber evitado, pero no hay inversión de la carga de la prue-

ba. En el caso de Alemania y Noruega no se menciona, o bien expresamente en el caso alemán, se determina que el incumplimiento de la diligencia debida no da lugar a responsabilidades civiles.

En España, a pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su evaluación periódica del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que España ratificó en 1977 en el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6) en sus sesiones 16^a y 17^a (véanse E/C.12/SR.16 y 17), celebradas los días 21 y 22 de marzo de 2018. En su 28^a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2018, mostró su preocupación por los vacíos del ordenamiento jurídico español, y recomendó a España ese año, entre otras cuestiones, el establecimiento de mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida, el fortalecimiento del “marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero” y que se refuercen “los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes”.

El único paso fue la elaboración en la anterior legislatura de un Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, que buscaba regular la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y medioambientales a lo largo de sus cadenas globales de valor, mediante la implementación obligatoria de mecanismos de diligencia debida

aportando seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados, evitando prácticas de competencia desleal. Esto implicaba que las empresas debían tomar medidas para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos de sus operaciones en los derechos humanos y el medio ambiente en todas las etapas de su cadena de actividad, tanto en sus operaciones directas como en las de sus proveedores y socios comerciales, así como la publicación de informes anuales sobre los planes de debida diligencia y su seguimiento, que deberían ser anuales.

Estos planes debían incluir medidas proactivas para prevenir, aunque no preveían mecanismos de detección temprana, y mitigar cualquier impacto negativo, así como mecanismos de remedio en caso de que se produzcan violaciones y de su resultado. Se incorporaba un seguimiento continuo de los impactos detectados, y de los mecanismos de reparación (de acuerdo con los principios de debida diligencia anexos a la normativa). Por ende, era fundamental garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso de supervisión, involucrando a la sociedad civil y a las partes interesadas en la toma de decisiones y la elaboración de políticas. Sin embargo, aunque no preveía la creación de canales de denuncia, tampoco los sindicatos y ONG en representación de las víctimas pudieran iniciar acciones colectivas ni la inversión de la carga de la prueba, se eliminaban algunos obstáculos que impiden el adecuado ejercicio del derecho de las víctimas al acceso a la justicia ante los tribunales españoles, independientemente del lugar en el que se haya cometido la vulneración, estableciendo un sistema de infracciones y sanciones para empresas incumplidoras, que incluía multas y restricciones en la participación en contratos gubernamentales, pero no la prohibición de acceder a recur-

sos de cooperación financiera o de internacionalización de la empresa y la posibilidad de imponer restricciones comerciales a las empresas infractoras, que también quedan excluidas de la directiva, como se verá posteriormente. Como medida adicional, el anteproyecto preveía la posibilidad de imponer a las empresas infractoras la obligación de publicar información sobre la infracción cometida, así como las medidas adoptadas para corregirla y prevenirla en el futuro. Esta medida buscaba aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de las empresas frente a la sociedad.

Una de las medidas más significativas era la posibilidad de aplicar sanciones penales en casos graves y recurrente de violaciones de derechos humanos y medioambientales, pudiendo ser objeto de prohibición la realización de ciertas actividades comerciales o incluso la disolución como entidad jurídica. En realidad, en nuestro país, siempre que esté incluido en el catálogo de delitos por los que responde penalmente la persona jurídica y se demuestre la participación directa o la complicidad de la empresa, se le podrá imponer una sanción penal e incautación de bienes y activos, así como los directivos y responsables pueden enfrentar penas de prisión e inhabilitación para ejercer cargos directivos. El principal escollo es que las violaciones de derechos laborales están excluidas del catálogo de delitos que responden penalmente las personas jurídicas, extremo que no subsana el Anteproyecto de la Ley orgánica contra la trata y explotación de seres humanos (Terradillos Basoco, J., 2024).

Este anteproyecto solo establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando existe trata o bien de modo autónomo se explota a personas laboralmente mediante forzados, servidumbre o esclavi-

tud, fundamentado según (Pomares Cinta, E., 2023) en el deber de diligencia del Estado de proteger los derechos humanos, estableciendo solo con carácter programático la posibilidad de establecer una responsabilidad penal omisiva de la diligencia debida en la cadena de actividad. Por tanto, no se tipifica expresamente una obligación de garante de la empresa matriz de impedir que violen los estándares sobre sostenibilidad por las empresas que participen en su cadena de actividad y se produzca resultados delictivos, tampoco la responsabilidad del garante de los administradores de la empresa matriz cuando teniendo conocimiento de que está sucediendo esos efectos adversos, resultados delictivos, no hacen nada por impedir los mismo. Por otra parte, en el supuesto de que se hubiera adoptado, subsiste el problema de la extraterritorialidad también impediría aplicar el derecho penal español y abrir un proceso penal ante los tribunales por los ilícitos penales cometidos fuera de territorio nacional por las filiales y socios comerciales, aunque se aplicase lo que establece el art. 23.4 k) 3º, m) 3º, n) 4º, o) 3º LOPJ, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, los delitos de corrupción y transacciones internacionales, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, que excepciona el principio territorial por el principio de personalidad activa, asumiendo competencias cuando el procedimiento se dirija contra “una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”, en virtud de lo cual resultaría necesario qué matriz y filial tengan sus sedes sociales en el país.

En otro orden de cosas, hay que señalar que en el anteproyecto se proponía la

creación de una autoridad competente para supervisar el cumplimiento de la ley, independiente con competencias de inspección y sanción, sin interferir en el acceso a la justicia de las comunidades afectadas y tomar medidas contra las empresas que no cumplan con sus obligaciones.

Las contribuciones de la sociedad civil, los sindicatos y las empresas han sido fundamentales en el diseño del Anteproyecto de ley, destacando la necesidad de una delimitación de sectores de alto riesgo en función de su impacto y naturaleza, medidas de apoyo para PYMES. Asimismo, se proponía la inclusión de mecanismos de consulta con las partes interesadas y la garantía de asistencia jurídica gratuita para las víctimas. Finalmente, se consideraba importante destacar la necesidad de adoptar una perspectiva de género en los planes de debida diligencia y en la aplicación de la ley.

Esta propuesta de ley tendría que retomarse a la luz de la CSDDD, puesto que representa un paso importante hacia la protección de los derechos humanos y la sostenibilidad en el ámbito empresarial, en la medida en que puede contribuir a generar un entorno empresarial más ético y responsable, promoviendo el respeto a los derechos humanos, laborales e impacto climático en todas las etapas de la cadena de actividades.

4. Normativa europea: especial referencia a la futura directiva; diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)

En el ámbito de la Unión Europea se ha producido un avance muy significativo, las grandes empresas europeas están directamente obligadas a cumplir con diligencia debida la protección de los derechos humanos, labo-

rales y medio ambiente, responsabilizando a las mismas por su incumplimiento. Teniendo como punto de partida el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea que establece que la acción exterior de la Unión se basará en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional; hasta el momento se habían adoptado instrumentos jurídicos como son: el Reglamento (UE) 995/2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; el Reglamento (UE) 2017/821 que asimismo prevé obligaciones para un comercio responsable de minerales de zonas de conflicto o alto riesgo y el Reglamento (UE) 2023/1115 relativo a la comercialización en el mercado de la unión y a la exportación desde la unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal; también la Directiva 2014/95/UE, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad, que establece la obligación a las empresas de hacer pública información sobre cuestiones de carácter social y medioambiental vinculados con su actividad empresarial (Foffani, L., 2023, págs. 607 y ss.).

El Parlamento europeo aprobó en 2021 una resolución con “Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”, en el entendimiento de que “las normas voluntarias en materia de diligencia debida presentan limitaciones (...) y por ello considera que la Unión debe adoptar con urgencia requisitos vinculantes” (2020/2129, INL). La resolución, además, incorporaba novedades como la responsabilidad para las empresas matrices por los daños producidos por sus filiales, un mejor acceso a la justicia para las víctimas por acciones de empresas europeas,

o que actúen en los países miembros, incluso cuando se han producido fuera de la Unión Europea. La propuesta se proponía integrar, igualmente, sistemas sancionadores y multas para aquellas empresas que, de manera directa e indirecta, a través de sus relaciones comerciales, violen los derechos humanos.

Dos años más tarde, se presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2022/0051(COD) sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937, con el fin de mejorar las prácticas de gobernanza empresarial, evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único, incrementar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos, facilitar el acceso a las vías de recurso para las personas afectadas y complementar otras medidas vigentes o propuestas que abordan directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad, estableciendo obligaciones para que las empresas adopten un plan que garantice que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con el Acuerdo de París. La propuesta establecía normas sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas, también en relación con el cambio climático, los deberes de los administradores, la responsabilidad administrativa y civil, así como la protección de las personas que denuncien infracciones. Las autoridades de control designadas por los Estados miembros se encargarán de hacer cumplir la nueva directiva.

En la actualidad, tras el informe de la Comisión JURI (Report - A9-0184/2023) y una resistencia jurídicamente inusitada por países que, precisamente, cuentan con leyes que regulan la obligatoriedad de la diligencia debida, como Francia y Alemania, se aprobó la directiva por el Parlamento europeo el 24 de

abril de 2024 y un mes después por el consejo, estableciendo obligaciones o deberes que se han diluido respecto a los iniciales. Aun así, su compromiso con la sostenibilidad se mantiene y se prevé que ayudará a mejorar la protección de los derechos humanos y el cuidado del medioambiente en las cadenas de actividad. De esta forma, a la obligación de la empresa de informar (Directiva 2014/95/UE), se suma la obligación de hacer (CSDDD). Este deber de actuar de forma diligente consiste en prevenir y eliminar los riesgos generados por su actividad en los derechos humanos de una persona o grupo de personas, de comunidades indígenas, de los trabajadores propios o de los socios comerciales, así como el impacto ambiental.

La directiva reduce el ámbito de aplicación inicialmente previsto, afecta a menos del 0,05% de las empresas en la UE y se irá poniendo en marcha de manera escalonada a medida que se realicen las correspondientes transposiciones de la directiva a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro de la UE, y según el número de empleados y la facturación, las empresas con más de 1.000 empleados y 450 millones de euros de facturación dispondrán de 5 años para cumplir con la directiva. La CSDDD es la primera regulación supranacional de carácter imperativo que, debido a su alcance, será exigible no solamente a las grandes empresas europeas, sino también a las extracomunitarias que operen en ella. En este último caso, el umbral para el cumplimiento con la directiva será únicamente relativo a su facturación en la UE y no al número de empleados, las empresas con una facturación superior a 450 millones de euros tienen en 5 años. Ahora bien, las grandes empresas aplicarán los requisitos a sus socios y proveedores, por lo que de manera indirecta esta directiva afectará a muchas más empresas en las cadenas de actividades.

Puede constarse como, la nueva formulación de la CSDDD omite el anterior enfoque basado en sectores de “alto riesgo”. Así, ya no se aplicará la norma según las empresas de determinados sectores de “alto riesgo”, estas solo entran en el ámbito de aplicación de la directiva si cumplen con los criterios. Sin embargo, se ha conservado una cláusula de revisión, manteniendo abierta la posibilidad de reevaluar y potencialmente reintegrar este enfoque sectorial de “alto riesgo” en el futuro, ofreciendo un margen para ajustes basados en la evolución y observación del mercado y las prácticas empresariales. También los servicios financieros quedarán temporalmente excluidos del ámbito de aplicación de la directiva, pero habrá una revisión en dos años de cara a una posible inclusión, sin embargo, no ha sido excluido de adoptar y poner en práctica planes de transición climática.

La directiva de diligencia debida sobre sostenibilidad corporativa da un paso más, al imponer obligaciones de control y supervisión en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, explotación laboral y el medio ambiente que ocasione no solo la propia empresa sino también sus socios comerciales en la cadena de actividades. La cadena de valor que ha pasado a llamarse de actividades abarca todos: subcontratista, proveedores, anteriores a la fase productiva (diseño, extracción, fabricación, transporte, almacenamiento, suministro...); no sucede lo mismo con la fase posterior, puesto que aunque incluye la distribución, transporte y almacenamiento (excepto las armas y productos de doble uso tras autorización de exportación, que ya están regulados), excluye todo aquello que tenga que ver con el uso y la venta, eliminación, desmontaje, reciclado, compostaje y vertido. Tampoco tienen en cuenta los posibles abusos contra los derechos humanos derivados del doble uso de

sus productos ni los servicios que pueden ser utilizados para aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos inhumanos o degradantes (Reglamento 1236/2005 de 27 de junio DO L 200/1).

Las obligaciones previstas no pasan solo por incorporar las políticas corporativas de la diligencia debida con una aproximación basada en el riesgo, un procedimiento interno y externo de quejas, la comunicación al público de sus políticas y la transparencia sino también por la evaluación periódica de la efectividad de estas, la implantación de medidas para la prevención de los efectos adversos potenciales y la eliminación de los reales.

El ámbito de la obligación de diligencia debida de las empresas está descrito en el Anexo I, en el que se establece una lista de derechos y prohibiciones específicos, que constituyen un efecto adverso para los derechos humanos en caso de abuso o violación de estos. En este anexo se introducen referencias a convenios de las Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ende, se añaden nuevos elementos a las obligaciones e instrumentos enumerados en el anexo en relación con los derechos humanos de los más vulnerables, y protege los principios y derechos fundamentales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su Protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, etc.). En el ámbito de los derechos laborales, la diligencia debida, que deben cumplir las grandes

empresas, servirá para la prevención, mitigación, corrección y reparación por los impactos adversos producidos en sus cadenas de actividades que socaven, entre otros, el derecho a un trabajo decente, el derecho a no ser sometido a trabajos forzosos, esclavitud, trata de esclavos o servidumbre, el derecho a la libertad de asociación, reunión, derecho de organización y derechos colectivos, así como el derecho a no ser discriminado en el empleo (Sanguinetti Raymond, 2023, págs. 31 y ss.).

Por ende, se recoge la obligación de debida diligencia respecto al impacto medioambiental, es decir, la puesta en marcha de un plan de transición climática para mantenerse dentro del objetivo del Acuerdo de París de 1.5 °C de limitación del calentamiento global, pero no para los impactos climáticos adversos derivados de las actividades empresariales. La futura directiva refuerza las disposiciones relativas a la obligación de que las grandes empresas adopten y apliquen un plan de transición para la mitigación del cambio climático con objetivos quinquenales que comienza en 2030 hasta 2050, con reducciones de emisiones de alcance 1, 2 y 3 (cadena de actividad). Por tanto, conlleva el cumplimiento de la adopción de planes climáticos, en la medida en que las autoridades de supervisión deberán fiscalizar la adopción y el diseño del plan, no de su puesta en marcha, tampoco habrá responsabilidad civil por el incumplimiento de las medidas de prevención y mitigación de impactos climáticos, salvo que se regule nacionalmente.

Los nuevos deberes en materia de información corporativa de sostenibilidad y de diligencia debida redundarán en estándares más exigentes, que llevará a las empresas a transformar sus modelos de negocio hacia otros más sostenibles, incluso a prestar apoyo a las PYMES de su cadena de actividad para que cumplan con las nuevas exigencias.

Las obligaciones de diligencia debida recogen un proceso paso a paso: integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; identificar y evaluar los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente; prevenir los impactos adversos potenciales a través de planes de prevención, medidas de inversión, garantías contractuales para que los planes sean efectivos; cesación de efectos adversos reales, proporcionar reparación; mecanismos de notificación y reclamación, regulan un nuevo mecanismo de queja; monitorización y verificación de que las medidas son efectivas y, en último lugar, comunicación basándose en la obligación de recogida en la directiva de información financiera. Una cuestión importante es que establece la obligación de que las empresas desarrollen una cooperación, que incluya el diálogo y la consulta con las partes interesadas afectadas.

Este proceso de diligencia, a diferencia de la LKSG alemana (Ley de debida Diligencia de la Cadena de Suministros, siglas en alemán) que pone el acento en la proximidad del riesgo a la empresa matriz en la cadena, sigue un enfoque basado en el riesgo, esto significa que la empresa debe priorizar y poner el foco en la prevención de riesgos más graves y probables, con independencia del lugar que ocupe en la cadena de actividades.

Los Estados designarán una autoridad supervisora encargada de controlar si las empresas cumplen las obligaciones de diligencia debida. La investigación se centra en examinar la implementación de los procedimientos de diligencia debida adoptados por las compañías, no tanto en los efectos adversos reales derivados de sus actividades. El incumplimiento del deber de diligencia en las políticas de la empresa estará bajo supervisión administrativa, y cuando se produzcan efectos adversos como consecuencia de la in-

fracción del deber de vigilancia en la cadena de actividad, podrá determinarse en los tribunales la responsabilidad civil, a la vez que se trata de un criterio para la adjudicación de contratos y concesiones públicas.

Las autoridades supervisoras, ante las que han establecido un mecanismo de reclamación, podrán poner en marcha inspecciones e investigaciones, ordenar el cese de infracciones, la reparación del daño, medidas cautelares e imponer sanciones que podrán ser mandatos de acción correctiva y multas a las empresas en función del volumen de negocio, que podrían alcanzar hasta un mínimo de la infracción más grave del 5% de los ingresos netos globales de las empresas infractoras, conforme al derecho nacional. Las sanciones deberán ser publicadas, y se impondrán sin perjuicio de la responsabilidad civil. A nivel de la UE se formará una red de autoridades supervisoras para asegurar una ejecución uniforme.

Las empresas, por su parte, designarán a un representante autorizado o empresa, ahora bien, no se trata de designar a un miembro del consejo de administración o del órgano de gestión responsable de la diligencia debida en materia de sostenibilidad, ni a un oficial de cumplimiento responsable del desarrollo del programa de diligencia debida, sino un mero nexo de la empresa con la autoridad supervisora, a efectos de comunicación y cooperación, que puede ser persona física o jurídica.

La CSDDD, por tanto, no solo prevé esta responsabilidad administrativa como prevé la ley alemana, sino que establece la necesidad de que los Estados miembros adopten la responsabilidad civil de las empresas por los daños producidos intencionalmente o por negligencia, de forma activa u omisiva, que deberá regularse en el ordenamiento alemán. Las condiciones causales para de-

terminar la responsabilidad civil son la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de prevención y mitigación/cesación (arts. 7 y 8) y que, como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso y que este ha provocado un daño. Las empresas matrices responden solidariamente del daño, fuera causado conjuntamente por su filial o socio comercial.

De manera tal que ha causado un deterioro contra los derechos humanos y laborales por la empresa o en su cadena de actividad para garantizar el derecho de las víctimas a obtener reparación, se determina que las empresas serán consideradas responsables civiles, pudiendo ser sancionadas por el daño causado o su contribución, a no ser que se demuestre que actuaron en línea con las obligaciones de diligencia debida y que se han tomado medidas para evitar el efecto adverso. Las personas físicas o jurídicas disponen de un período de cinco años para presentar reclamaciones ante los tribunales nacionales, pudiendo estar representados por sindicatos u organizaciones sociales.

Con el fin de facilitar el acceso a la justicia, se contempla que los Estados establezcan medidas cautelares, y que para los demandantes que busquen justicia el coste de los procedimientos no resulte prohibitivo. Lamentablemente, no se ha previsto la inversión de la carga de las pruebas, pero existe la posibilidad de exigir a los tribunales y a las empresas, la divulgación de información con el fin de fundamentar una posible demanda o una reclamación de daños y perjuicios.

La aplicación de la directiva es imperativa con independencia del lugar donde se haya producido el daño o impacto adverso, siendo de nuevo que los Estados, cumpliendo su deber de proteger los derechos humanos, los que adopten o apliquen las reglas de extraterritorialidad y las medidas necesarias

para proteger los derechos de las víctimas. Se ha desdeñado, por ahora, la opción presentada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, en él se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y de Reglamento Roma II del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las relaciones contractuales, que posibilitaba la construcción de un *corpus* legislativo coherente, incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas que impliquen a terceros países. Como señala Durán Ayago (2022, págs. 329 y ss.), realmente lo importante es que el demandante o perjudicado de la actividad de una filial de una empresa europea en un país tercero porque se hayan producido efectos adversos contra los derechos humanos, laborales e impacto ambiental protegidos por la directiva, pueda demandar conjuntamente a la empresa matriz y a la filial en el domicilio de la matriz y se le aplique la legislación más conveniente.³

3 Con este fin de posibilitar un litisconcorcio pasivo necesario entre una empresa matriz domiciliada en un Estado miembro, Durán Ayago (2022, pp. 329–357) propone la reforma del art. 4 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia al foro del domicilio del demandado y art. 7. 2º del mismo Reglamento, si se logra demostrar que la omisión del deber de diligencia debida es el origen del daño.

La CSDDD se ha limitado en exigir una responsabilidad administrativa y civil el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, dejando al margen la responsabilidad penal por las graves violaciones a los derechos humanos, laborales y medioambientales. Si bien, el establecimiento de la obligación de diligencia debida y el cumplimiento de ciertos estándares de sostenibilidad en las cadenas de actividad hubiera podido abrir la puerta hacia una responsabilidad penal, basada en una posición de garante de la empresa matriz respecto a los daños adversos contra los derechos humanos que se produzcan en su cadena de actividad (Zúñiga Rodríguez, L., 2018, págs. 99 y ss.; Pérez Cepeda, A. I., 2019b, pág. 142), no ha sido así, se limita a establecer la responsabilidad administrativa y civil de la empresa matriz derivada de un daño adverso (delito), que se produce en su cadena de actividad, cuando la empresa matriz omite total o parcialmente las obligaciones de la diligencia debida.

Desde la perspectiva jurídico penal, a pesar de las dificultades probatorias y técnico jurídicas, la responsabilidad penal de la empresa que tiene noticia de que existen en

Adicionalmente, respecto al régimen jurídico que debería regir la responsabilidad, la introducción de art. 6 bis del Reglamento de Roma II, hubiera supuesto ofrecer a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño. En concreto, las opciones serían tres: la ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex damni*), la ley del país en el que ocurrió el hecho que dio lugar al daño (*lex delicti commissi*), o la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, la del país en el que opere.

sus filiales o cadena de actividad infracciones graves de derechos humanos y no adopta ningún tipo de medida para mitigar o poner fin a estos impactos adversos por una participación en el delito en cuestión en comisión por omisión, también ha sido propuesta por Nieto, Dopico y Muñoz (2022), quienes incluso han defendido un delito de desobediencia, cuando la empresa incumpliera de manera reiterada las indicaciones realizadas por el órgano supervisor de adoptar un plan de remediación (Nieto, Dopico y Muñoz, 2022), que la directiva aborda como sanción administrativa.

No es baladí tampoco que se haya excluido la posibilidad de que los Estados pudieran llegar a exigir una responsabilidad penal a los administradores de una sociedad matriz por el incumplimiento de deber de diligencia con el desarrollo sostenible en las cadenas de actividad. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937 establecía la obligación de los administradores de tener en cuenta en todas sus decisiones las consecuencias que puedan producirse en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo (art. 25). Además, los administradores tenían el deber de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida, particularmente, tomando en consideración las aportaciones de las partes interesadas y la sociedad civil, por último, debían adaptar la estrategia de la empresa de tal forma que tenga en cuenta los impactos reales y potenciales que son detectados (art. 26). Ambos artículos se han suprimido, no teniendo los administradores en la CSD-DD ninguna obligación o deber, tampoco les

será exigible responsabilidad alguna. En consecuencia, el administrador de un consejo de la empresa matriz que decide no cumplir con las exigencias de la diligencia debida, tener una cadena de actividades, que, aunque esté controlada por inteligencia artificial en la búsqueda del lucro, sea indiferente que provoque efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales e impacto ambiental, o que conociéndolos no haga nada por remediarlos, queda impune, ningún tipo de responsabilidad.

Más lejos aún queda que, a tenor de la directiva, pueda dar lugar a un derecho penal económico europeo, como proponía Nieto Martín (2020, págs. 160 y ss), que establezca la obligación de prevenir y el grado de control o medidas de vigilancia que debe satisfacer la empresa matriz, tipificado como delito: el incumplimiento genérico de las obligaciones de *due diligence*, este deber es una sanción administrativa en la directiva y no un delito de omisión pura de garante de la empresa matriz; los embargos y exportaciones condicionadas al cumplimiento de deberes de *due diligence*; la receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los DDHH, si bien para su prohibición se ha alcanzado Acuerdo del Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la UE los productos fabricados con trabajo forzoso [P9_TA,2024,0309 Prohibiting products made with forced labour on the Union market European Parliament legislative resolution of 23 April 2024 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on prohibiting products made with forced labour on the Union market (COM(2022)0453–C9-0307/2022– 2022/0269, COD)]; la falsedad en el balance no financiero y, por último, la responsabilidad de los certificadores y auditores.

A tenor de lo expuesto, podría pensarse que la directiva de diligencia debida con los

consiguientes cambios en la forma de hacer negocios extenderá globalmente las prácticas de conducta empresarial responsable para evitar y abordar los impactos negativos derivados del comercio en los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental. También que supondrá un impulso, aunque haya excluido la dimensión de la responsabilidad penal, para la aprobación y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas que implementará y desarrollará a nivel nacional las obligaciones impuestas por la diligencia debida a las grandes empresas.

5. Conclusión

La responsabilidad penal de las ETN por violación de los derechos humanos es un tema que ha ganado cada vez más atención en la última década, ha habido una creciente conciencia sobre la necesidad de establecer mecanismos de responsabilidad efectivos, aunque continúa siendo un tema controvertido y complejo. La razón de la actividad legislativa a nivel internacional, regional y nacional, como se ha podido constatar, no es el fracaso de la “autorregulación regulada” empresarial (*compliance*) (Ambos, K., 2018, pág.12, el mismo, 2021, págs. 258 y ss.), que conlleva un desplazamiento de la capacidad normativa en favor de las empresas que puede por esta vía en una exoneración de responsabilidad directa o indirecta (Navarro Cardoso, F., 2020, pág. 271), sino que es una parte del mismo, se ha creado simplemente un nuevo programa para establecer obligaciones de cumplimiento, diligencia debida, que se piensa posibilitará garantizar unos estándares de comercio sostenible en las cadenas de actividad.

Desde esta perspectiva, la cuestión de cómo hacer para que las ETN asuman su res-

ponsabilidad en la protección de los derechos humanos, laborales e impacto ambiental en sus cadenas de actividades parece decantarse, como hace la CSDDD en el establecimiento de la diligencia debida como un deber impuesto a las grandes multinacionales de realizar un programa de cumplimiento y reparación, que deberá sumarse, en nuestro país, a los *compliance* existentes para prevenir determinados delitos, ampliando los riesgos que deben prevenirse y repararse a la violación de derechos humanos e impactos adversos como la esclavitud, el trabajo infantil, la discriminación, la explotación laboral y ambiental, entre otros; y en el ámbito de aplicación abarcará a las cadenas de actividad. La existencia y funcionamiento del programa de diligencia debida exonera directamente a las multinacionales de una infracción administrativa e indirectamente de responsabilidad civil, cuando se demuestre que no existe una relación causa/efecto con los efectos adversos.

Ciertamente, a pesar de que la directiva ha tenido significativos retrocesos durante la tramitación y las obligaciones pueden resultar insuficientes, nos encontramos ante un primer paso importante en el reconocimiento de las empresas transnacionales como sujetos de obligaciones y deberes, cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa y civil, que permitirá una reparación del daño causado y de las víctimas, la promoción de la transparencia, el fortalecimiento de los mecanismos de rendición de cuentas, el fomento de la participación de las comunidades afectadas y la promoción de la cooperación internacional para establecer estándares claros y efectivos.

La cuestión del alcance de los deberes de vigilancia por parte de la empresa matriz y la responsabilidad por el resultado (Muñoz de Morales, 2020, pág. 955), se limita a la infracción de la diligencia debida, que, a tenor

de lo previsto en la CSDDD, puede dar lugar a una infracción administrativa y reparación a los perjudicados. Hay quien opina que se trata de una directiva de medios no de resultados (Guamán Hernández, 2022, pág. 4), en la medida en que la nueva directiva esté orientada al desarrollo de la diligencia debida en derechos humanos y no a la contención de sus violaciones, estableciendo exclusivamente sanciones administrativas por el incumplimiento de la diligencia debida y una responsabilidad civil solidaria derivada de la producción de un delito o crimen internacional que viola los derechos humanos y laborales en su cadena de actividad, como consecuencia la falta o incorrecta implementación de la diligencia debida, sin perseguir penalmente la responsabilidad penal de la ETN ni la de sus administradores por su participación en el delito cometido por la filial o socio comercial fuera de sus fronteras. Llegados a este punto, está a manos de Naciones Unidas a través del futuro tratado sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, abre una puerta o no para que los Estados regulen la responsabilidad penal de empresas y directivos de la empresa matriz por su conducta de participación en comisión por omisión con graves violaciones de los derechos humanos, laborales y medioambientales en sus cadenas de actividad. También cada Estado individualmente podrá establecer la responsabilidad penal, pero esta falta de armonización podría afectar a la competencia.

En nuestro país, deberá retomarse el Anteproyecto Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, y adecuarlo a los mínimos de la nueva directiva, avanzando en la protección de los derechos humanos, pudiéndose introducir además de la responsabilidad admi-

nistrativa y civil de la empresa matriz por la infracción del deber de diligencia en la protección de los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental en la cadena de actividad, la responsabilidad penal de las empresas por la comisión de crímenes internacionales, los delitos de explotación laboral (cuando se tipifiquen en nuestro CP), pero también los delitos contra los derechos de los trabajadores. Inclusive, cuando se trata de las conductas más graves y lesivas, se puede modificar el art. 31 bis con el fin dar cabida a una responsabilidad de una participación de la empresa matriz en comisión por omisión cuando sean cometidos en el extranjero por empresa filiales, excepcionando el principio de territorialidad. Con independencia, en la medida en que la jurisdicción de la CPI es complementaria de que se introduzca o no la responsabilidad penal de las empresas en el Estatuto de Roma, que hasta ahora, en el mejor de los casos, se ha centrado exclusivamente en la responsabilidad de los administradores, por ejemplo, en los casos IG Farben y Krupp (Casasola Gómez-Aguado, 2018, pág. 47 y ss.).

6. Bibliografía

- Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Madrid: Civitas.
- (2021). ¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro. *Polít. Crim.* Vol. 16, (31). Disponible en: <http://polit-crim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A13.pdf>
- Arenal Lora, M. L. (2018). *Crímenes económicos en derecho internacional: propuesta de*

- una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*. APY Solidaridad en acción. Fundación para la Cooperación.
- Casasola Gómez-Aguado, A. (2018). *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Dykinson.
- Del Valle Calzada, E. (2019). Reflexiones en torno al futuro del principio de jurisdicción universal y su aplicación a la criminalidad de las empresas transnacionales. *CEFD*. Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos (39).
- Demetrio Crespo, E. (2018). Vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: ¿de un derecho penal económico transnacional a un derecho penal internacional económico? E. Demetrio Crespo y A. Nieto Martín (Dir.).
- y Nieto Martín, A. (Dir.); Maroto Calatayud, M y Marco Francia M.P. (Cords.) (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el derecho internacional privado europeo a propósito de una propuesta de directiva en el aire. *AEDIPr*. (t. XXII), 329–357.
- Esteve-Moltó, J. E. (2011). Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? *Anuario de Derecho Internacional*, XXVII.
- Foffani, L. (2023). The european directives regarding the ‘non-financial statement’ and the corporate ‘sustainability reporting’. ¿A new step towards a European Economic Criminal Law for the protection of human rights? *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*. *Liber amicorum prof dr. A. E. Vervaele, Louhtman (ed.)*. Netherlands. Eleven.
- Gómez Isa, F. (2015). Las empresas transnacionales y los derechos humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. 2015. (20).
- Guamán Hernández, A. (2021). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social*. (95).
- (2022). El borrador de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. (88).
- Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Bilbao: Hegoa/OMAL.
- Hernández Zubizarreta, J., González E. y Ramiro P. (2014). Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Una apuesta desde los movimientos sociales y la solidaridad internacional, *Cuadernos de trabajo Hegoa*. *Lan Koadernoak*. *Working papers* (64).
- Muñoz de Morales, M. (2020). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos, *Polít. Crim.*, Vol. 15. (30).
- Navarro Cardoso, F. (2020). A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de al-

- gunos nuevos problemas. En E. Demetrio Crespo (Dir.). *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2020). Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *InDret* 3.
- Nieto Martín, A., Dopico, J. y Muñoz, M. (2022). Observaciones al Anteproyecto de Ley protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales. *REPMULT*, <https://blog.uclm.es/rep-mult/category/documentos/>
- OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, *Publishing*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- OECD (2023), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, *OECD Publishing*, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>.
- Pérez Cepeda, A.I. (2019). Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del derecho penal internacional. *Revista penal México*. (14-15). México. Instituto Nacional de Ciencias Penales
- (2019b). Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, *Revista penal*, (44).
- Pomares Cinta, E., (2023). Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la *esclavitud moderna*: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (2022). *Revista Sistema Penal Crítico*. DEBATE. Vol. 4.
- Sanguineti Raymond, W. (2023). La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales. Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano J. B. (Dir.) (2023). *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*. Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos Basoco, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, Bosch, 2020.
- (2024). Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave? *Revista Sistema Penal Crítico*. Vol. 5.
- (2020). Empresas transnacionales y derechos humanos. Situación actual de los marcos regulatorios y propuestas. *INFORME OMAL #25/2020*. Disponible en línea: <https://omal.info/spip.php?article9369>
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. En E. Demetrio Crespo y A. Nieto Martín (Dir.), *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
48
AÑOS
1976 • 2024

ISSN 2007-4700

