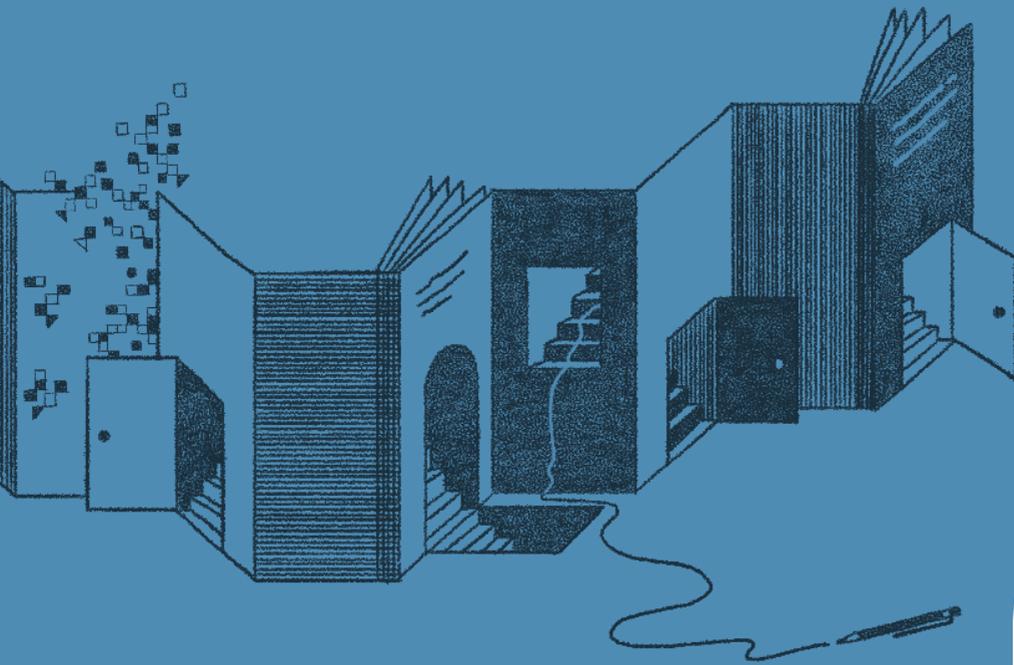


Revista

# Penal

MÉXICO



26

enero • junio • 2025

ISSN 2007-4700 • e-ISSN 3061-7324

• SEGUNDA ÉPOCA •

# Revista Penal México

Número 26 —————  
enero • junio 2025  
ISSN: 2007-4700 —————  
— e-ISSN: 3061-7324

---

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**

Secretaría General de Extensión INACIPE

## Instituto Nacional de Ciencias Penales Equipo editorial

### EDITOR

**Juan Carlos Gómez Espinoza**

### CUIDADO EDITORIAL

**Leticia Escobar Lucrecio**

**Gabriela Monserrat Espejo Pinzón**

### DISEÑO EDITORIAL

**Lizeth Violeta Méndez Guadarrama**

**Daniel Leyte Muñiz**

**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 14, núm. 26, 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](http://www.inacipe.gob.mx), e-mail: [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx), y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gabriela Alejandra Rosales Hernández. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700, e-ISSN: 3061-7324; 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](http://clase.unam.mx) y [www.latindex.org](http://www.latindex.org)

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



# Contenido

## 1

### **El delito de blanqueo de bienes en la Unión Europea: ¿de dónde salimos y hacia dónde vamos?**

*The Crime of Asset Laundering in the European Union: Where  
are We Coming from and Where Are We Going?*

• Luiza Borges Terra •

---

pp. 1-26

---

## 2

### **El lavado de dinero en la República del Paraguay Abordaje jurisprudencial**

*The Money Laundering in the Republic of Paraguay: Jurisprudential Approach*

• José M. Fernández Zacur •

---

pp. 27-64

---

### 3

#### **Mujeres privadas de la libertad y maternidad en México**

*Women Incarcerated and Motherhood in Mexico*

• Corina Giacomello, et al. •

pp. 65-94

---

### 4

#### **La derogación tácita de los artículos 194 fracción III y 377 del Código Penal Federal Dos casos de financiamiento criminal que dejaron de existir por una reforma posterior**

*The Tacit Repeal of Articles 194, Section III, and 377 of the Federal Penal Code  
Two Cases of Criminal Financing that Ceased to  
Exist Due to a Subsequent Reform*

• Pablo Hernández-Romo Valencia •  
• Renata Lozano González Ferrer •

pp. 95-110

---

### 5

#### **El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal**

*The Normative Discussion on Punishment  
in the Criminal Justice*

• Ilse Carolina Torres Ortega •

pp. 111-150

---

## 6

### **Retos de la política criminal y el derecho penal frente a la trata de personas: hacia la erradicación de una cultura de mercantilización del ser humano en México**

*Challenges of Criminal Policy and Criminal Law Regarding Human Trafficking: Towards the Eradication of a Culture of Commercialization of Human Beings in Mexico*

• Juan Carlos Velázquez Elizarrarás •

---

pp. 151-186

---

## 7

### **El modelo integrado de ciencia penal frente al populismo penal**

*The Integrated Model of Criminal Science in the Face of Penal Populism*

• Manuel Vidaurri Aréchiga •

---

pp. 187-214

---

## 8

### **Política criminal en la Constitución de Cádiz de 1812 y su influencia en el Código Penal español de 1822**

*Criminal Policy in the Cádiz Constitution of 1812 and Its Influence on the Spanish Penal Code of 1822*

• Juan Carlos Ferré Olivé •

---

pp. 215-230

---

9

**La constitucionalidad de la prisión permanente revisable a debate a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español**

*The Constitutionality of the Revisable Life Imprisonment under Debate Through the Doctrine of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court*

• Carmen González Vaz •

---

pp. 231-246

10

**Un “nuevo” derecho penal ante los derechos fundamentales: razones de política criminal en las reformas penales**

*A “New” Criminal Law in the Face of Fundamental Rights: Criminal Policy Reasons in Penal Reforms*

• Elena Núñez Castaño •

---

pp. 247-290

Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324

1

# El delito de blanqueo de bienes en la Unión Europea: ¿de dónde salimos y hacia dónde vamos?

*The Crime of Asset Laundering in the European Union: Where Are we Coming from and Where Are We Going?*

• **Luiza Borges Terra** •

Doctora en Ciencias Jurídicas y Políticas en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Abogada socia del despacho Terra Advogados Associados.

[luiza@terraadvogados.com](mailto:luiza@terraadvogados.com)

El delito de blanqueo de bienes en la unión europea:  
¿de dónde salimos y hacia dónde vamos?

*The Crime of Asset Laundering in the European Union:  
Where are We Coming from and Where Are We Going?*

• Luiza Borges Terra • Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España) •

**Fecha de recepción**

16-11-2024

**Fecha de aceptación**

27-11-2024

### **Resumen**

El presente trabajo analiza los aspectos fundamentales relativos al blanqueo de bienes en la normativa europea, destacando las disposiciones clave de las directivas aplicables en esta materia. Además, se examinan los principales cambios introducidos por la Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo, y se exploran las perspectivas futuras en torno a la política criminal supranacional en dicho delito.

### **Palabras clave**

Blanqueo de bienes; Directivas europeas; Política criminal supranacional.

### **Abstract**

This paper analyzes the fundamental aspects related to the money laundering within European regulations, highlighting the key provisions of the applicable directive to this matter. Additionally, it examines the main changes introduced by Directive (EU) 2024/1640 of the European Parliament and the Council, of May 31, and explores future perspectives regarding supranational criminal politics in this crime.

### **Keywords**

Money laundering; European regulations; Supranational criminal politics.

## Sumario

1. Introducción. / 2. El derecho supranacional en materia de blanqueo de bienes. /  
3. Conclusiones. / 4. Referencias.

### 1. Introducción

No es ninguna novedad que la persecución transfronteriza del delito de blanqueo ha tomado proporciones sin precedentes.<sup>1</sup> Inicialmente, este delito

surgió con la finalidad de contribuir con la persecución de los delitos de tráfico de estupefacientes y la criminalidad organizada, una política clara de *follow the money* que impidía el aprovechamiento de los bienes con procedencia delictiva.<sup>2</sup> Mientras que ac-

1 En ese sentido, J. Del Carpio Delgado, indica: «Una de las consecuencias de la globalización en la que estamos inmersos es que determinadas formas de criminalidad se han visto favorecidas por la flexibilización o desaparición de las tradicionales fronteras territoriales. En este contexto, se puede afirmar que el blanqueo de capitales, al igual que otras formas de criminalidad como la trata de seres humanos o el tráfico de drogas, es una ‘actividad nómada por naturaleza’» (J. Del Carpio Delgado, «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales, España y Perú como caso de estudio», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, Santiago de Compostela, 2015, pp. 658-659). Asimismo, se puede consultar I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de Capitales*, 4º ed. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 94; I. Blanco Cordero, «Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 57, junio de 2022, p. 175; R. Sánchez Ríos, «Perturbación de las relaciones sociales: asesoramiento legal y la nueva ley brasileña de blanqueo de capita-

les», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, 2013, pp. 3-4. Cfr. C. Gómez-Jara Díez, *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Buenos Aires, IBDeF, 2014, p. 252. Por fin, se resalta que esta parece ser una de las prioridades de la UE, como dispone la Directiva (UE) 2018/1673 en su considerando 17.

2 Sobre ese tema, señala Blanco Cordero que: «*Crime does not pay*, *Follow the money*, *pecunia non olet*, son expresiones que se utilizan cuando se aborda el problema del blanqueo de capitales. Para hacer frente a este dinero de origen delictivo se han diseñado diversas estrategias político-criminales, especialmente, en los Estados Unidos y Reino Unido, que descansan en el principio *Crime does not pay*, que el delito no resulte beneficioso. Entre ellas se pueden citar la sanción del delito de blanqueo de capitales, y la ampliación del comiso de los bienes de origen delictivo». I. Blanco Cordero, *El delito...*, *op. cit.*, p. 59 y en sentido similar, p. 110. Véase también F. Muñoz Conde, «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el deli-

tualmente, de manera general, se puede señalar que, en muchos países, ya no existe un catálogo fuente de los delitos antecedentes al blanqueo, ya que puede ser cualquiera que genere bienes.<sup>3</sup> Además, en algunos países, como es el caso de España, se pune el blanqueo en la modalidad imprudente.<sup>4</sup> Tampoco se cuestiona la punibilidad del autolavado en algunos Estados miembros de la UE, como su-

cede en España tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.<sup>5</sup>

Dichos cambios en nuestros ordenamientos jurídicos, que en muchos aspectos no pueden ser llamados propiamente de evolución,<sup>6</sup> no es una consecuencia de una política criminal aislada, sino que provienen de normativas internacionales y, en el caso de la Unión Europea, supranacionales. Es decir, tanto el derecho de la Unión Europea como las normativas internacionales han otorgado una notable importancia al desarrollo normativo de los diferentes ordenamientos nacionales.<sup>7</sup>

---

to de blanqueo de capitales», en *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 160. Cfr. L. M. Lombardero Expósito, *El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales*. Barcelona, Bosch, 2015, p. 71. J. Álvarez González, «La individualización de los sujetos obligados en las normas de prevención del blanqueo o lavado: especialidades propias ante un fenómeno globalizado», en *VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 471 y 472; G. Quintero Olivares, «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del auto-blanqueo», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 38, 2018, p. 243.

- 3 Como es el caso de España, *vid.* E. Núñez Castaño, «El delito de blanqueo de capitales», en *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 277.
- 4 Al tipificar un delito esencialmente doloso con una modalidad imprudente, España ha enfrentado muchos problemas de interpretación, *vid.* por ejemplo, J. Díaz-Maroto y Villarejo, *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Madrid, Dynkinson, 1999, p. 30; L. Borges Terra, «¿El blanqueo de bienes imprudente: un delito común o especial? El aporte de la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, a esta antigua discusión», en *Reformas penales y Estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 463 y ss.

- 5 M. Díaz y García Conlledo, «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 288 y ss.
- 6 *Vid.* por ejemplo, los problemas que la ampliación del delito de blanqueo generó respecto al concurso con otros delitos tales como el encubrimiento y la receptación con las formas de responsabilidad civil *ex delicto*, por ejemplo, la participación a título lucrativo; con la presunción de inocencia respecto a la prueba del delito antecedente; con la determinación del bien jurídico tutelado, entre muchos otros. Sobre la prueba del delito antecedente *vid.* J. C. Ferré Olivé, *El delito de blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 373 y ss. Asimismo, la *omnicomprensiva* cantidad de obligaciones a sujetos del sector financiero, como bien nombra y señala I. Morón Pendás, «El tipo agravado del delito de blanqueo de dinero y los sujetos obligados de la Ley 10/2010 de 28 de abril», en *Reformas penales y Estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 439 y ss.
- 7 Es cierto también que, en muchos aspectos, España fue mucho más allá de la normativa supranacional, *vid.* A. C. Carlos de Oliveira,

La Unión Europea ha desarrollado sucesivas directivas y reglamentos que han regulado la tipificación del delito de blanqueo de bienes, y han determinado las formas de cooperación en la persecución de dicho delito por parte de los países y de las entidades que participan en el sistema financiero.<sup>8</sup>

---

«Tema 18: Blanqueo de Capitales», en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Barcelona, Atelier, 2023, p. 733; respecto a la tipificación del blanqueo imprudente en el inicio de los años 90, *vid.* E. A. Fabián Caparrós, «Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)», en *Iustitia*, 2010, pp. 63 y s.

8 Durante el proceso de integración de la Unión Europea, se creó un mercado único y con libertad de movimientos en materia de servicios, mercancías y flujo de personas. Entonces, se advirtió que la «divergencia en las legislaciones de los países» podría determinar u ocasionar una discrepancia de los Estados que recibirían inversiones, de acuerdo con las exigencias o permisividad de su derecho interno, «lo que produciría una evidente distorsión en el funcionamiento del mercado interior (Efecto *Delaware*); sobre esto *vid.* A. Galán Muñoz, «Derecho Penal Europeo y Derecho Penal Económico», en *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 59. Así, surgió la necesidad de garantizar que los Estados compitiesen en igualdad o similitud de condiciones, por lo que se promovió una armonización de sus derechos internos, lo que ocasionó el mismo proceso, pero en materia penal. Poco a poco, conforme se fue verificando que exclusivamente la competencia “negativa” era insuficiente para ofrecer igualdad de condiciones entre los países integrantes de la UE, se fue avanzando hacia una compe-

Con la finalidad de promover una armonización del derecho penal en los países miembros de la Unión Europea, las Directivas que veremos enseguida tienen un carácter vinculante para dichos Estados,<sup>9</sup> entre

---

tencia positiva, es decir, se inició «un proceso de armonización de las legislaciones de sus Estados miembros, creando una normativa que establecía unos mínimos de protección que todos ellos deberían respetar». Esto permitió, desde que en 2005 se reconoció el Tribunal de Justicia de la UE (STJ de 13 de septiembre de 2005), la competencia implícita para legislar en materia penal de la UE, lo que se incrementó tras la aprobación del Tratado de Lisboa que «en su artículo 82 ha constitucionalizado el principio de reconocimiento mutuo en materia penal». *Vid.* A. Galán Muñoz, «Derecho Penal Europeo y Derecho Penal Económico», *op. cit.*, p. 59; A. Nieto Martín, «El reconocimiento mutuo en materia penal y el derecho primario», en *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*. Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 217. Por fin, se debe resaltar que, desde 2005, las Directivas que veremos en seguida tienen un carácter vinculante para los Estados de la Unión Europea, aunque no se encuentran obligados a «utilizar la misma terminología empleada por la Directiva». *Vid.* Del J. Carpio Delgado, «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», en *Revista penal*, núm. 44, julio, 2019, p. 25; J. Del Carpio Delgado, «La normativa...», *op. cit.*, p. 660. *Cfr.* M. Abel Souto, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 202 y ss.

9 A. Nieto Martín, «Transformaciones del *ius*

ellas, las que se refieren al delito de blanqueo de bienes.

## 2. El Derecho supranacional en materia de blanqueo de bienes

### a. Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991

La primera, la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de bienes, trata de establecer un marco en la armonización en materia de blanqueo de bienes entre los Estados miembros de la Unión Europea,<sup>10</sup> espe-

cialmente, porque estableció la tipificación obligatoria de este delito.<sup>11</sup>

Esta Directiva obligó a tipificar ciertas conductas, que hasta entonces, habían sido consideradas de carácter facultativo para el derecho interno de los Estados miembros de la UE. Por ejemplo, la Directiva obligó a incluir en el delito de blanqueo, las conductas típicas de adquisición, tenencia o utilización de bienes con procedencia ilícita dolosa, así como las conductas de participación delictiva.<sup>12</sup>

Esta Directiva también amplió el concepto de actividad delictiva antecedente en materia de blanqueo de bienes que había sido dispuesto por otras normativas internacionales de la época, tal cual, la Convención

*puniendi* en el Derecho global», en *Ius Puniendi y Global Law: hacia un Derecho Penal sin Estado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. p. 60; A. Nieto Martín, «El reconocimiento...», *op. cit.*, p. 217. E. Nieto Garrido, «El sistema de fuentes del derecho de la UE», en *Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*. Barcelona, Marcial Pons, 2010. pp. 34 y 35.

- 10 Sobre las fuentes de dicha iniciativa, explica C. Martínez-Buján Pérez, «es preciso diferenciar el ámbito preventivo y el ámbito punitivo. En lo que concierne al primero, la Directiva se inspira en la Recomendación n. R (80) 10 del Consejo de Europa, en los Principios de Basilea y, sobre todo, en las Recomendaciones el GAFI, con la importante salvedad de que la Directiva posee, obviamente, carácter obligatorio. Por lo que respecta al aspecto punitivo, la Directiva se halla incluida, confesadamente, tanto por la Convención de Viena como por el Convenio de Estrasburgo». C. Martínez-Buján Pérez, «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», en *El fenómeno de la internacionalización de la delin-*

*ciencia económica. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 61, Madrid, 2004, p. 202; Sobre la armonización en materia penal y sus problemas en general *cf.* C. Grandi, «El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal», *Revista Penal México*, núm. 9, septiembre, 2015, p. 92 y ss.

- 11 I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 174.
- 12 Este es un punto controvertido en la doctrina, ya que parte de esta no asume que la presente Directiva tiene carácter penal, no administrativo, lo que no vincularía a los Estados parte en su obligatoria tipificación. *vid.* J. del Carpio Delgado, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011, p.17; I. Blanco Cordero, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 564 y 565; sobre el surgimiento del delito de blanqueo en el STGB, el Código Penal alemán, *vid.* K. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 344.

de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988.<sup>13</sup> Para determinar qué tipo de actividades antecedentes podrían generar el objeto material de dicho delito, hizo mención expresa de lo dispuesto en la Convención de Viena de 1988. Dispuso que la actividad base podría ser «una infracción definida en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Viena», es decir, el tráfico de estupefacientes, «así como cualquier otra actividad delictiva definida como tal a los efectos de la presente Directiva por cada Estado miembro». En otras palabras, permitió que los Estados miembros pudieran expandir en su derecho interno el listado de delitos antecedentes, lo que era bastante razonable, considerando que algunos países miembros ya disponían, en aquel momento, de un catálogo de delitos antecedentes más amplio que el de la Convención de Viena de 1988.

En relación con el delito antecedente, la Directiva se ocupó de la punición del blanqueo de bienes cuando la comisión del delito antecedente ocurre en el extranjero. También expuso, en su artículo 1, que hay blanqueo de bienes «aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero», no exigiendo para ello el principio de la doble incriminación.

Finalmente, esta Directiva, al ser un marco de la armonización en el Derecho interno de los Estados miembros de la UE, buscó im-

pedir el aprovechamiento de las ganancias obtenidas a través de una actividad delictiva. Para ello, trató de «impedir que tales beneficios puedan ingresar en el flujo lícito de dinero y bienes patrimoniales».<sup>14</sup> Es decir, prevenir la utilización del sistema financiero por quienes pretenden blanquear dinero.<sup>15</sup> Así se creó «todo un sistema que se basa en la exigencia al sector financiero de que observe todo comportamiento inusual o sospechoso y se lo notifique a las autoridades»<sup>16</sup>, con lo que se estableció incluso un «deber de prestar especial atención a las transacciones realizadas con terceros países».<sup>17</sup> Igualmente se impuso a las instituciones financieras y de crédito un especial deber de cuidado.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> D. J. Gómez Iniesta, «Las 'eurodirectivas' en materia de blanqueo de dinero», en *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 617.

<sup>14</sup> E. Bacigalupo Zapater, «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho penal económico*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 456.

<sup>15</sup> M. T. Carballeira Rivera, «La Directiva 2018/843, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo. Balance de treinta años de Directivas comunitarias en materia de prevención del blanqueo de capitales», en *VIII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 130.

<sup>16</sup> I. Blanco Cordero, *El delito...*, *op. cit.*, p. 142; C. Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, p. 202.

<sup>17</sup> J. C. Ferré Olivé, «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 252.

<sup>18</sup> Cfr. E. Lampe, «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261, StGB)», *EPC*, núm. 20, 1997, p. 117.

### ***b. Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001***

En 2001 se aprobó una nueva Directiva, la 2001/97/CE, del 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Conocida como *segunda Directiva*, vino a alterar y actualizar la anterior, ampliando el catálogo de delitos antecedentes del blanqueo,<sup>19</sup> que definió como «cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave».<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Esa ampliación fue objeto de crítica en la doctrina, por todos, C. Martínez-Buján Pérez expresa que: «Semejante ampliación ha sido calificada como desmesurada e injustificada. Y es que, en efecto, la autonomía del tipo penal del blanqueo presupone evitar que el elenco de hechos previos se proyecte sobre toda clase de delitos, puesto que de lo contrario, dicho tipo penal se confundiría con el auxilio complementario o favorecimiento real (que se limita a requerir la existencia anterior de un delito) e incluso con la receptación (que simplemente presupone la concurrencia, como hecho base, de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico)», *vid.* C. Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, p. 203, nota 51.

<sup>20</sup> Así dispuso el texto que definió el término *actividad delictiva* como: “(E) ‘Actividad delictiva’: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave. Se considerarán delitos graves, como mínimo, los siguientes: cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Viena, las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción común 98/733/JAI(12), el fraude según se define en el apartado 1 del

La imprecisión del regulador supranacional hizo que esta Directiva no presentase una definición de delito grave, sino un listado mínimo de delitos incluidos en esa rúbrica. Sin embargo, en comparación con la Directiva 91/308/CEE del Consejo, este catálogo obligatorio estaba significativamente ampliado. En él, aunque no era ninguna novedad en la normativa europea, se incluyó el delito tipificado en el artículo 3, apartado 1.a, de la Convención de Viena de 1988. Es decir, el tráfico de estupefacientes, pero además, se aludió a las actividades de organizaciones delictivas, el fraude, la corrupción y, por fin, a los delitos que pueden generar beneficios económicos que sean sancionados con pena de prisión. Este listado mínimo de delitos facultó a los Estados parte para que ampliasen también su catálogo en su derecho interno a cualquier otro delito que considerasen relevante.

Respecto del tipo penal de blanqueo de bienes, esta Directiva optó por repetir casi literalmente el texto de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, aunque hubo un pequeño cambio en las modalidades típicas al sustituir la palabra *tenencia* por *posesión*.

artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves (13), la corrupción, los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el derecho penal del Estado miembro” (Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 4 de diciembre de 2001. Registro: DO UE-L-2001-82799. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-82799>).

La segunda Directiva «ha desempeñado una función esencial en el proceso de armonización de las normas internacionales relativas al blanqueo».<sup>21</sup> Entre otras cosas, generó una ampliación significativa de las obligaciones de sujetos y profesionales que no tenían que actuar necesariamente en el sistema financiero, como por ejemplo, los abogados y asesores fiscales,<sup>22</sup> e impuso que notarios y otros profesionales independientes del ámbito jurídico, que son definidos por los propios Estados miembros, deban estar sujetos a determinadas normas de cuidado siempre que participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal.

En 26 de octubre de 2005, con el objetivo de complementar administrativamente la Directiva 91/308/CEE, actualizada por la 2001/97/CE, se aprobó el Reglamento (CE)

número 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los controles de entrada o salida de dinero en efectivo de la comunidad. Este Reglamento entró en vigor a partir del 15 de junio de 2007, y complementó todas las Directivas posteriores a la de 1991. Con carácter administrativo, reglamentó la salida de dinero en efectivo del espacio común de la Unión Europea, estableciendo qué se debería entender por tal, y concretó cuáles serían las medidas administrativas preventivas referentes al flujo de efectivo que deberían ser adoptadas por los Estados miembros. Por dinero en efectivo se entiende el dinero en metálico (artículo 2, punto 2. B), y efectos negociables al portador (artículo 2, punto 2. A), lo que incluye cheques al portador y órdenes de pago.

Asimismo, se estableció en el artículo 3 cuáles son los datos que deberían ser declarados frente a las autoridades competentes (aduana), como los personales del declarante, el propietario del valor, el beneficiario, la procedencia del bien, su uso previsto y su naturaleza. También previó que siempre que hubiera indicios de que una suma en dinero se relacionara con la comisión de un delito de blanqueo de bienes, se podría transmitir dicha información a las autoridades competentes de otros Estados miembros.

### **c. Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre**

En octubre de 2005, considerando la necesidad de adecuar lo dispuesto en las Directivas del Consejo Europeo a las nuevas iniciativas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), se promulgó también la Directiva 2005/60/CE relativa a la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terroris-

21 J. Del Carpio Delgado, «Hacia la pancriminalización ...», *op. cit.*, p. 24.

22 M. G. Bermejo, *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales, una aproximación desde el análisis económico del derecho*. Barcelona, Tesis Doctoral Universidad Pompeu Fabra, 2009. p. 260. I. Blanco Cordero, *El delito ...*, *op. cit.*, p. 148. C. Martínez-Buján Pérez, «La dimensión ...», *op. cit.*, pp. 205-206. Se hace fundamental también resaltar el rechazo y las críticas a dichas obligaciones e implicaciones a los abogados, entre ellas la relativización del derecho de secreto profesional. Cfr. P. U. Martínez-Valera, «La prevención del blanqueo de capitales y la abogacía», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 20, 2017. pp. 650 y ss; J. C. Ferré Olivé, «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», *op. cit.*, p. 25; W. Terra De Oliveira, *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*, Madrid, Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid, 2017. pp. 76 y ss.

mo, que, aun derogando la Directiva Europea 91/308/CEE,<sup>23</sup> mantuvo y revitalizó las estrategias de la Directiva anterior.<sup>24</sup> Esta nueva Directiva debía ser implementada por los Estados miembros el 15 de diciembre de 2007 (artículo 45.1).<sup>25</sup>

En el artículo 5 f), que contiene el listado de delitos antecedentes del blanqueo de bienes, se obligaba a los Estados miembros a incluir.

[...] todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.<sup>26</sup>

Es decir, la Directiva dio un paso más allá en la tipificación ampliando la gama de

delitos antecedentes al blanqueo, pues incluyó delitos con penas que pueden ser consideradas, de acuerdo con el ordenamiento español y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como delitos menos graves.<sup>27</sup>

Con ello, se introdujo también la obligación de los Estados miembros de establecer una Unidad de Inteligencia Financiera-UIF. También se exigió a las entidades financieras que informasen de actividades sospechosas a la UIF por iniciativa propia.<sup>28</sup> Además, se estipuló un mayor control a dichas entidades, mediante nuevas obligaciones para el sector privado, especialmente, la de diligencia debida respecto al cliente.<sup>29</sup> De hecho, como señala Blanco Cordero, «el eje fundamental de estas normas es la imposición de obligaciones a entidades del sector privado, especialmente bancos e instituciones financieras»,<sup>30</sup>

<sup>23</sup> W. Terra de Oliveira, *op. cit.*, p. 79.

<sup>24</sup> J. C. Ferré Olivé, «Política criminal...», *op. cit.*, p. 253.

<sup>25</sup> “1. Los Estados Miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 15 de diciembre de 2007. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión junto con un cuadro que muestre que las disposiciones de la presente Directiva se corresponden con las disposiciones nacionales adoptadas” (Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 26 de octubre de 2005, art. 45. Registro: DOUE-L-2005-82334. <https://www.boe.es/doue/2005/309/L00015-00036.pdf>).

<sup>26</sup> *Ibidem*, art. 5

<sup>27</sup> Sobre el dispositivo de la Directiva *vid.* I. Blanco Cordero, *El delito...*, *op. cit.*, p. 152; sobre la definición de delitos menos graves *vid.* el artículo 33.3 del CP; en la jurisprudencia, eso está también sedimentado, *vid.*, por ejemplo, la SAP Las Palmas 152/2021, del 30 de abril y F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 11<sup>o</sup> ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 195.

<sup>28</sup> Para una visión crítica acerca de la política de prevención del uso del sistema financiero para operaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, dispuesta en la Directiva 2005/60/UE, *vid.* J. C. Ferré Olivé, «Política...», *op. cit.*, p. 257 y ss; M. T. Carballo Rivera, *op. cit.*, p. 134.

<sup>29</sup> *Vid.* W. Terra de Oliveira, *op. cit.*, p. 85.

<sup>30</sup> I. Blanco Cordero, «La prevención del blanqueo de capitales», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 434.

con las que se buscó establecer un sistema de prevención del blanqueo de capitales, que asignaba a «los sujetos obligados la tarea de informantes».<sup>31</sup>

#### **d. Directiva 2006/70/CE de la Comisión, del 1 de agosto de 2006**

Casi un año más tarde, se aprobó la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, del 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político», así como los criterios técnicos aplicables a los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, junto a lo relativo a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. Es decir, fue una Directiva administrativa de carácter complementario a la anterior.<sup>32</sup> Dicha norma determinó, en su artículo 3, puntos estratégicos referentes a la identificación del cliente y definió algunos términos utilizados en la Directiva de 2005, lo que aclaró, por ejemplo, quiénes son las personas del medio político.<sup>33</sup>

Asimismo, para el mejor funcionamiento de las UIF, se determinaron los «criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente»,<sup>34</sup> en los que se añadió cómo se deben analizar los riesgos de una actividad financiera implique la comisión del delito de blanqueo de bienes (Artículo 1, apartado 2).

#### **e. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2015**

En 2012, influida por la extensa revisión de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la Unión Europea optó por derogar la Directiva vigente hasta entonces y aprobó la cuarta Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de blanqueo, relativa a la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

No hubo ningún cambio sustancial en cuanto a las conductas delictivas de blanqueo de bienes en comparación con el instrumento anterior.<sup>35</sup> Sin embargo, atendiendo a

<sup>31</sup> *Ibidem*; M. T. Carballeira Rivera, *op. cit.*, p. 133.

<sup>32</sup> D. J. Gómez Iniesta, «Las “eurodirectivas” ...», *op. cit.*, p. 617.

<sup>33</sup> La Directiva 2006/70/CE de la Comisión, del 01 de agosto de 2006, define a las «personas del medio político» como «las personas a las que se les confían funciones públicas importantes, a sus familiares más próximos o a personas reconocidas como allegados a ellas». Además, señala que, «para disponer de una interpretación coherente del concepto de personas del medio político, al determinar

qué categorías de personas entran en él, resulta esencial tener en cuenta las diferencias sociales, políticas y económicas existentes entre los países» (Directiva 2006/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 1 de agosto de 2006, párr. 1. Registro: DO L 214 de 4.8.2006. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32006L0070>).

<sup>34</sup> D. J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 617.

<sup>35</sup> Parecen tener la misma opinión, pero resaltando algunas variaciones en la definición de

la tendencia mundial del uso de criptomonedas, se incluyeron en el concepto de bienes, los activos electrónicos o digitales.<sup>36</sup> Acerca de los delitos antecedentes, se agregaron textualmente los delitos fiscales como delitos antecedentes al blanqueo, sin establecer qué tipo de conductas específicas, sino sólo clasificándolos como actividad delictiva previa al blanqueo (punto 11 de la exposición de motivos).<sup>37</sup> Asimismo, se definió que, aunque es cierto que los Estados miembros pueden tener diferentes conceptos de *delito fiscal*, ello no debe perjudicar el auxilio mutuo y asistencia entre las UIF.

---

actividad delictiva, N. J. de la Mata Barranco y L. Hernández Díaz, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico contra la Hacienda Pública y de contrabando», en *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*. Navarra, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 277.

**36** Sobre las criptomonedas *vid.* F. Herzog y T. Hoch, «Bitcoins e lavagem de dinheiro: um balanço dos casos e das diretrizes regulamentadoras», en *RDPEC*, núm. 8, 2021, pp. 97 y ss; F. Navarro Cardoso, «Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-14, 2019, pp. 12 y ss. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf> (22 de noviembre de 2024).

**37** F. Martínez Arribas, «Limitación de la informática por los derechos constitucionales en la prevención y persecución del blanqueo según la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo», en *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 67.

La comentada Directiva también amplió el círculo de sujetos obligados a reportar a la UIF, incluyendo, por ejemplo, a todos los proveedores de juegos de azar frente a transacciones de un valor económico de 2000 EUR, agentes inmobiliarios, etc.<sup>38</sup> También se disminuyó el valor que se debe notificar cuando hay transacciones en efectivo, que pasó de un importe superior a los 15 000 EUR a los 10 000 EUR (artículo 11 c.).<sup>39</sup>

Asimismo, se previó que los sujetos obligados deberían contar con canales específicos de denuncia interna de conductas delictivas o de infracción de deberes de cuidado estipulados por la Ley. Además, se ordenó a la Administración la creación de canales de denuncias eficaces para el delito de blanqueo de bienes. Se estipuló también la creación de un registro central de titulares reales, cuya información debe estar disponible para autoridades competentes y unidades de inteligencia financiera (SEPBLAC, en España<sup>40</sup>), así como la posibilidad de que cualquier persona u organización con un interés legítimo acceda a dicho registro, sin definir qué se entiende por interés legítimo.<sup>41</sup> Por último,

---

**38** F. Martínez Arribas, *op. cit.* p. 66; W. Terra de Oliveira, *op. cit.*, p. 99.

**39** L. M. Lombardero Expósito, *op. cit.*, p. 102.

**40** W. Terra de Oliveira, *op. cit.*, p. 103.

**41** Esto que fue objeto de crítica en la doctrina, *cfr.* M. Abel Souto, «Money Laundering, Criminal Responsibility of Legal Persons and 2018 Directives», *Journal of Applied Business and Economics*, vol.22 (8), 2020, p. 212. *Vid.* también S. Andrés Pérez, *Principales novedades de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Regla-*

el artículo 58, apartado 5, obligó a la imposición de sanciones administrativas en caso de infracciones de determinadas obligaciones de cooperación.<sup>42</sup>

### **f. Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018**

Tres años después se aprobó una nueva Directiva sobre la materia que nos ocupa. La Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Eu-

---

mento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Cuarta Directiva), p. 4. Disponible en [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novidades-Cuarta-Directiva2\\_limpio.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novidades-Cuarta-Directiva2_limpio.pdf) (24 de noviembre de 2024); F. Martínez Arribas, *op. cit.* p. 66.

42 «58.5 Las autoridades competentes ejercerán sus facultades para imponer sanciones administrativas y medidas con arreglo a la presente Directiva y a la normativa nacional, de cualquiera de los modos siguientes: a) directamente; b) en colaboración con otras autoridades; c) bajo su responsabilidad, delegando en dichas autoridades; d) mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes. Al ejercer sus facultades de imposición de sanciones administrativas y medidas, las autoridades competentes cooperarán estrechamente para garantizar que las sanciones o medidas administrativas ofrezcan los resultados deseados, y coordinarán su actuación en los casos transfronterizos» (Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 30 de mayo de 2018. Registro: DOUE-L-2018-81022. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-81022>).

ropeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018. Dicha norma modificó la anterior Directiva de 2015, insistiendo en la importancia del avance de las medidas destinadas a garantizar mayor transparencia en las transacciones financieras.<sup>43</sup> Para ello amplió las obligaciones preventivas a personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades, a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.<sup>44</sup> La Directiva exigió a los Estados miembros que establecieran registros de titularidad real para sociedades y personas jurídicas, poniendo como plazo de implementación el inicio de 2020, mientras que para los registros de fideicomiso e instrumentos jurídicos análogos, el plazo fijado era marzo de 2020. Estos registros deberían constar en una plataforma central europea hasta 2021.<sup>45</sup>

Esta Directiva operó también un cambio muy relevante en la posibilidad de consultar las informaciones reportadas a las UIF, que

---

43 M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 62.

44 M. A. Núñez Paz, «El tipo agravado del blanqueo por pertenencia a una organización y el acceso de los grupos terroristas a las instituciones financieras internacionales según la Directiva 843/2018», en *VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 280; M. Abel Souto, «La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías», en *VIII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 517.

45 M. Abel Souto, «Blanqueo ...», *op. cit.*, p. 62.

dejaron de ser accesibles para cualquier persona u organización que pudiese demostrar interés legítimo, a diferencia de lo estipulado en la Directiva anterior, y pasaron a ser directamente de acceso público; la decisión se justificó en el considerando 32 con base en la relevancia de esta medida para la confianza de los inversores y del público en general en los mercados financieros.<sup>46</sup>

### **g. Directiva, la 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018**

Algunos meses después, en el mismo año, la Unión Europea, aprobó una nueva Directiva, la 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal. Esta norma también «busca la armonización del Derecho penal en esta materia en toda la Unión Europea»,<sup>47</sup> con el objetivo fundamental de evitar lagunas de punibilidad que puedan favorecer la comisión del blanqueo de bienes.<sup>48</sup> Asimismo, estableció el deber de los países integrantes de la Unión Europea de tener en cuenta las Recomendaciones del GAFI y «los instrumentos de otras organizaciones y organismos in-

ternacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo»,<sup>49</sup> como objetivo para que la regulación de esta materia se mantenga actualizada.

Respecto a los delitos antecedentes, la presente Directiva dio un paso más en su ampliación, previendo que todos los delitos con pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad máxima superior a un año debían ser considerados como delitos antecedentes de blanqueo.<sup>50</sup>

Asimismo, independientemente de la pena prevista, habían de ser incluidos en el catálogo de delitos antecedentes al blanqueo de bienes el uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercados, el contrabando, el homicidio, las lesiones graves o los delitos fiscales relacionados con impuestos directos e indirectos (tal como estuvieran establecidos en el derecho nacional), entre otros.<sup>51</sup> Se reforzó el principio de que fuera prescindible la condena previa o simultánea por el delito del que provienen los bienes para la persecución del blanqueo, lo cual revitalizó, además, la necesidad de establecer los elementos fácticos y las circunstancias re-

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>47</sup> M. Abel Souto, «Money ...», *op. cit.*, p. 212.

<sup>48</sup> J. Del Carpio Delgado, «Hacia la pancriminalización...», *op. cit.*, p. 23; M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero...», *op. cit.*, p. 64; A. M. Sanz Hermida, «La lucha contra el blanqueo de capitales a través del ámbito penal en la Unión Europea», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 30.

<sup>49</sup> J. Del Carpio Delgado, «Hacia la pancriminalización ...», *op. cit.*, p. 24, luego critica esa decisión de la normativa, argumentando que en una política criminal internacional la UE debería basarse más en la Convención de Viena y de Palermo, incluso porque el propio GAFI las utiliza como Convenciones base para la tipificación del delito de blanqueo de bienes.

<sup>50</sup> A. M. Sanz Hermida, *op. cit.*, p. 31.

<sup>51</sup> Con la previsión del delito de fraude fiscal directo e indirecto, esta Directiva se alinea a las normativas del GAFI, *vid. Idem.*

lativas al delito antecedente, incluso con respecto a la identidad del autor.<sup>52</sup>

En relación con los delitos antecedentes cometidos en el extranjero, el art. 3, apartado 4, facultó a los Estados a exigir que el delito antecedente también fuese considerado delito en el Estado miembro o tercer país en el que se haya cometido. Es decir, se adoptó el principio de doble incriminación.<sup>53</sup>

En cuanto la conducta típica, el considerando 13 abrió incluso las puertas a los Estados miembros, por primera vez, de la tipificación del delito de blanqueo de bienes cometido por imprudencia grave, al disponer que «Los Estados miembros deben poder, por ejemplo, establecer que el blanqueo de capitales cometido temerariamente o por negligencia grave sea constituido de delito».<sup>54</sup>

A su vez, también se previó que esta posibilidad solo se aplicaría a los países que ya tipificaron esa modalidad en sus ordenamientos, ya que en el mismo fragmento se dispone que, «las referencias de la presente Directiva al blanqueo de capitales cometido por negligencia grave deben considerarse como tales para los Estados miembros en los que dicha conducta sea punible»,<sup>55</sup> como es el caso de España.

Sobre este tema, en el artículo 3, punto 2 de la Directiva se dispuso que «Los Estados miembros podrán adoptar las medidas ne-

cesarias para garantizar que las conductas a que se refiere el apartado 1 sean castigadas como delito cuando el autor sospechara o debiera haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva».<sup>56</sup>

Dicha disposición confirma la intención presentada por el considerando 13, pues introduce dos modalidades de blanqueo de facultativa tipificación en los diferentes ordenamientos. La primera, cuando el autor sospechara que los bienes proceden de una actividad delictiva, y la segunda cuando el autor sabría que los bienes procedían de una actividad delictiva.

Como se utilizó la conjunción disyuntiva «o», cabe sostener que se trata de dos tipificaciones diferentes, la primera que representa el blanqueo de bienes cometido con dolo eventual, y la segunda tipifica una modalidad de blanqueo imprudente.<sup>57</sup> Cabe señalar que la redacción podría ser más depurada, distinguiendo más claramente el blanqueo doloso por dolo eventual y el blanqueo imprudente.

En cuanto a las circunstancias agravantes, se incluyó la obligación de añadir como blanqueo agravado las hipótesis en las que el autor del delito de blanqueo trabaje o represente a una entidad obligada a prevenir estos delitos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva UE 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional (artículo 6, apartado 1 b).<sup>58</sup>

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 30 y s.

<sup>54</sup> I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 194.

<sup>55</sup> Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 23 de octubre de 2018. Registro: DO L284 de 12.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1673>

<sup>56</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>57</sup> De igual opinión, *Idem.*

<sup>58</sup> T. Wahl, «New Directive on Criminalization of Money Laundering», *Eucrim*, núm. 3 2009. Disponible en <https://eucrim.eu/news/new-directive-criminalisation-money-laundering/> (24 de noviembre de 2024); I. Blanco Cordero, «Cooperación jurídica...», *op. cit.*, p.

Recordemos que este catálogo incluye además, de las entidades financieras y de crédito, «un extenso catálogo de personas físicas y jurídicas, cuando actúen profesionalmente, que acaba de ser ampliado por la Directiva 2018/843».<sup>59</sup> Asimismo, se facultó a los Estados miembros la posibilidad de agravar el delito de blanqueo de bienes cuando tengan valores considerables (artículo 6, punto 2, letra a), o cuando el delito antecedente al blanqueo sea de los dispuestos en el artículo 2, punto 1, letras a) a e) y h) de la misma Directiva, es decir, los delitos de «terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, tráfico ilícito de drogas y corrupción».<sup>60</sup>

Buscando la uniformidad también previó «la reglamentación de imputación de responsabilidad a la persona jurídica»<sup>61</sup> por delito de blanqueo de bienes (artículo 6, apartado b). De ese modo, se obligó a los Estados miembros a garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas cuando el delito de blanqueo de bienes es cometido en su

beneficio por cualquier persona que «actúe individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo basado en un poder de representación de la persona jurídica, en la facultad de adoptar decisiones por cuenta de ella o de ejercer su control».<sup>62</sup>

El artículo 7, apartado tercero, previó además que la responsabilidad de las personas jurídicas no excluiría la responsabilidad de las personas físicas.<sup>63</sup> Ahora bien, también determinó que la responsabilidad de la persona jurídica no tenía que ser obligatoriamente penal, para lo cual se dispuso, en su artículo 8, el deber de los Estados miembros solo de garantizar que las sanciones previstas para ellas sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias».<sup>64</sup> En los Estados en los que no se previese o admitiese la responsabilidad penal a las personas jurídicas, según sus prescripciones, los Estados miembros debían prever multas —civiles o administrativas— y podían decidir aplicar otras sanciones, como, por ejemplo, la pérdida de subsidios o la inhabilitación para ejercer determinada actividad, dispuestas en un catálogo que no fuera cerrado.<sup>65</sup>

196; A. Martínez Guerra, «Blanqueo de capitales y persecución extraterritorial. Opciones internacionales, supranacionales y comunitarias», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023, p. 45.

59 M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero...», *op. cit.*, p. 67.

60 I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 196.

61 M. Abel Souto, «Money Laundering, ...», *op. cit.*, p. 212. Exhaustivamente sobre ello también se manifiesta en «El blanqueo de dinero, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y la titularidad real según la Directiva 843/2018 y el Real Decreto-Ley 11/2018», en *VII Congreso Sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 235 y ss.

62 M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero...», *op. cit.*, p. 65; I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 197.

63 M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero...», *op. cit.*, p. 65.

64 *Idem.*

65 I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 198; M. Abel Souto, «Blanqueo de dinero...», *op. cit.*, p. 66; M. Abel Souto, «Money...», *op. cit.*, p. 212.

***h. Las nuevas tendencias en la persecución del delito de blanqueo de bienes en el derecho supranacional. La Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo y el Reglamento (UE) 2024/1620, de 31 de mayo***

Finalmente, la Comisión Europea, en julio de 2020, realizó un plan de acción frente al delito de blanqueo de bienes, donde declaró que, aunque se persigue desde hace más de 30 años, el marco de la UE para esta batalla puede mejorar considerablemente, con lo que seguirá cambiándose e incrementándose,<sup>66</sup> especialmente en el ámbito de armonización legislativa entre los países miembros.<sup>67</sup> La

<sup>66</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad. Bruselas, 24 de julio de 2020. En ese sentido también el Plan de acción para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, COM (2020) 2800; el constante cambio de la normativa de la UE es reconocido también por I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 173.

<sup>67</sup> Las principales dificultades en la armonización, dicen, se relacionan con las conductas típicas de blanqueo y la tipicidad subjetiva. Vid. B., Unger et al., “Project Ecoléf”. *The Economic and Legal Effectiveness of Anti-Money Laundering and Combating Terrorist Financing Policy*. Ámsterdam, Utrecht University, 2013, p. 16. Disponible en: [http://www2.econ.uu.nl/users/unger/ecolef\\_files/Final%20ECOLEF%20report%20\(digital%20version\).pdf](http://www2.econ.uu.nl/users/unger/ecolef_files/Final%20ECOLEF%20report%20(digital%20version).pdf) (24 de noviembre de 2024); I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 191.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo indica que la Unión Europea adoptará una «política de tolerancia cero con respecto al dinero ilícito», especialmente en lo relativo a la financiación al terrorismo, así como al propio blanqueo de bienes en general.<sup>68</sup>

Asimismo, tras haberse presentado ese plan de acción de ampliación del blanqueo de bienes, en 2020, la Comisión Europea presentó un paquete de propuestas legislativas,<sup>69</sup> muchas de las cuales afectaron directamente a la tipificación del delito de blanqueo de bienes. De este paquete se originaron algunos reglamentos y una nueva Directiva sobre la materia, que exponemos a continuación.

Derivado de este paquete, aún en 2023, se aprobaron dos Reglamentos que afectan la materia, el primero, el Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849,

<sup>68</sup> Véanse Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad. Bruselas, 24 de julio de 2020; el Plan de acción para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, COM (2020) 2800, y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010, núm. 1094/2010 y (UE) núm. 1095/2010.

<sup>69</sup> I. Blanco Cordero, «Cooperación...», *op. cit.*, p. 179.

del 9 de junio de 2023. Este reglamento surge para permitir que las actualizaciones del GAFI de 2019, en especial la Recomendación 16 sobre transferencias electrónicas, «sean aplicadas de manera uniforme en toda la Unión».<sup>70</sup>

El segundo Reglamento, de la misma fecha, Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010 y (UE) núm.1095/2010 y las Directivas 2013/36/ UE y (UE) 2019/1937, vino buscar una adaptación de la normativa de la Unión Europea para los mercados de criptoactivos. Dichos reglamentos debieron entrar en vigor, en los términos del artículo 149 del Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo y del artículo 39 del Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo en 30 de diciembre de 2024.

En los considerandos del Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, se aspira a que dicha armonización garantice el enfrentamiento del blanqueo de bienes, del terrorismo y de la delincuencia organizada, y, para ello, se toman algunas medidas, en su mayor parte relativas a la ampliación de la reglamentación de monedas virtuales. Para tal propósito, se extendió el contenido del término *moneda virtual*;<sup>71</sup> se incluyó en él a

los proveedores de servicios de criptoactivos como sujetos obligados (artículo 38.2.a). También se desarrolló el papel de supervisión de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) para establecer directrices con medidas de diligencia a los proveedores relacionados con «transferencias con productos, operaciones o tecnologías para mejorar el anonimato, en particular dos monederos privados y los mezcladores de criptoactivos», siempre que exista mayor riesgo de blanqueo de bienes.<sup>72</sup>

Asimismo, se restringió la posibilidad de anonimato en las transacciones previendo que los proveedores de servicios de criptoactivos «soliciten información sobre el originante y el beneficiario» de la transacción,<sup>73</sup> siempre que las transacciones superen el valor de 1 000 EUR. Además, se relativizó el tiempo que los proveedores tienen que guardar los datos de las personas que realizan las transferencias, que de cinco años pasa a ser prorrogable por cinco años más.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, complementó el instrumento anterior, puesto que se ocupó de los activos virtuales y el posible anonimato de las operaciones con ellos. De forma preventiva, estipuló que la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), creada en 2010, elabore proyectos de normas técnicas de reglamentación y actúe en conjunto con la Autoridad Bancaria Europea (ABE). Determinó la creación de un *libro blanco de criptoactivos*, en el cual se debe:

incluir información de carácter general acerca del emisor, el oferente o la persona que

70 Considerando (6). Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, de 9 de junio de 2023.

71 *Ibid.*, Considerando (9).

72 *Ibid.*, Considerando (17).

73 *Ibid.*, Considerando (44).

solicite la admisión a negociación, el proyecto que se pretenda llevar a cabo con el capital obtenido, la oferta pública de criptoactivos o su admisión a negociación, los derechos y obligaciones asociados a los criptoactivos, la tecnología subyacente empleada en relación con tales criptoactivos y los riesgos correspondientes,<sup>74</sup>

Conforme dispone toda la normativa en el artículo 4, de dicho Reglamento.

En el paquete de medidas contra el delito de blanqueo, difundido en 2020,<sup>75</sup> había

74 Considerando (24). Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023R1114> (02 de mayo de 2024).

75 La discusión sobre el paquete ya preveía que: «This new instrument is part of a comprehensive package aiming at strengthening the Union's AML/CFT framework. Together, this instrument will form the legal framework governing the AML/CFT requirements to be met by obliged entities and underpinning the Union's AML/CFT institutional framework, including the establishment of an Authority for anti-money laundering and countering the financing of terrorism ('AMLA')». Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Mechanisms to Be Put in Place by the Member States for the Prevention of the use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing and Repealing, Consejo de la Unión Europea, 17 de febrero de 2024, párr. 4. Registro: 2021/0250 (COD). Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/do->

una Propuesta de Directiva que culminó en la aprobación, reciente, de la Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de mayo de 2024, relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de prevenir el uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y se modifica y deroga la Directiva (UE) 2015/849.<sup>76</sup> También destaca, como un fruto más del Plan de Acción de la Comisión en materia de blanqueo de bienes, el Reglamento (UE) núm. 2024/1620, de la misma fecha, que modificó los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010, (UE) núm. 1094/2010 y (UE) núm. 1095/2010. La intención de dicho Reglamento se encontraba ya en el preámbulo de la propuesta, en el cual se afirma el deseo de establecer por vía de Reglamento un *código normativo armonizado* en la lucha contra el delito de blanqueo de bienes (Considerando 12).

En diciembre de 2023, meses antes de la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1640, de 31 de mayo, el Consejo y el Parlamento emitieron un comunicado de prensa para anunciar la intención de crear una nueva institu-

document/ST-6223-2024-INIT/en/pdf (02 de mayo de 2024).

76 El artículo 1, punto 1, dispone que: «Se crea una Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del terrorismo (...)». Asimismo, como lo define T. Aguado-Correa, la ruta de la Unión Europea camina para garantizar que el delito no resulte provechoso, *vid.* T. Aguado-Correa «Siguiendo el rastro del dinero en la Unión Europea: hacia un enfoque global, operativo e integrado», en *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid, Dynkinson, 2021. pp. 192 y s.

ción, a saber, la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (ALBC) o, del inglés, *Anti Money Laundering Authority* (AMLA).<sup>77</sup>

Poco después, el 12 de febrero de 2024, salió a la luz la Propuesta de Reglamento, que se publicó con el folio 2024/1620, el 31 de mayo de 2024, del Parlamento Europeo y del Consejo. En él se estableció la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (ALBC). La Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de mayo de 2024, evidencia, en su considerando 4, que esta contribuye al marco de represión del delito de blanqueo y se suma al Reglamento 2024/1620 que creó la ALBC, lo que concreta aún más su ámbito de aplicación.

La competencia de la ALBC será la supervisión directa e indirecta de las entidades que presenten alto riesgo financiero (artículo 5.2. letra d, Reglamento (UE) 2024/1620 y artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/1640), de manera que se garantice, por ejemplo, la adopción de sistema de *Compliance* (artículo 5.2. letra a Reglamento (UE) 2024/1620). Otra de sus atribuciones es promover la implementación de la armonización de las normativas sobre la materia.<sup>78</sup> Asimismo, coordinará y monito-

rizará las Unidades de Inteligencia Financiera de todos los Estados miembros (artículo 5.5, Reglamento 2024/1620) y podrá imponer sanciones pecuniarias a entidades del sector financiero (artículo 5.2. b Reglamento (UE) 2024/1620).

La Directiva (UE) 2024/1640, del 31 de mayo, presenta esencialmente la reglamentación de la actuación de la ALBC (Considerando 4), dispuesta en el Reglamento (UE) 2024/1620 de misma fecha. En concreto, esta Directiva desarrolló exhaustivamente cómo se dará la supervisión de la ALBC y cómo funcionará el control de los datos y su obtención, para lo cual se establecen incluso estadísticas para prevenir ese delito de forma más eficaz (artículo 9 y 70). Las líneas generales de investigación (artículo 21, apartado 1, letra c); establecen la cooperación de las Unidades de Inteligencia Financiera con la ALBC (artículo 63); y, también, amplían las sanciones pecuniarias que pueden sufrir los sujetos obligados (artículo 53).

Con estos cambios, se tendrá una nueva forma mucho más centralizada de controlar las operaciones y actividades relacionadas con el delito de blanqueo de bienes en el ámbito europeo y se podrá generar una ampliación aún más significativa en dicho delito. La ALBC promoverá una armonización legislativa más profunda en la Unión Europea y conducirá a una actuación más proactiva —si es que eso es posible— en dicha materia.

<sup>77</sup> A. C. Carlos de Oliveira, *op. cit.* p. 733.

<sup>78</sup> El Considerando núm. 3 de la Directiva remarca: «En la aplicación de la Directiva (UE) 2015/849 se detectaron divergencias importantes en las prácticas y enfoques de las autoridades competentes en toda la Unión, así como una falta de mecanismos suficientemente eficaces de cooperación transfronteriza. Procede, por tanto, definir requisitos más claros que contribuyan a una cooperación fluida en toda la Unión, al tiempo que permiten a los Estados miembros tener en cuenta

las especificidades de sus sistemas nacionales». Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 31 de mayo de 2024. párr 3. Registro: DO L, 2024/1640, 19.6.2024. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32024L1640>

Al crear la ALBC y su ámbito de aplicación por Reglamento la Unión Europea, se burló el proceso de trasposición de los países en un plazo razonable. Así, los Estados miembros deberán instituir dicha autoridad y todas las medidas del Reglamento (UE) 2024/1620, del 31 de mayo, independiente de la transposición —o de la tardía transposición— de la Directiva (UE) 2024/1640, del 31 de mayo, que tendrá vigencia a la fecha que dispone el Reglamento. Por lo tanto, aunque la nueva Directiva pueda ser transpuesta hasta el 10 de julio de 2027, como prevé su artículo 78, es cierto que todo lo que dispone el Reglamento (UE) 2024/1620, del 31 de mayo, debe ser puesto en marcha y será aplicable a partir de 01 de julio de 2025, como dispuso el artículo 108 del propio Reglamento.<sup>79</sup>

### 3. Conclusiones

Es posible observar que el derecho supranacional también intensificó, a lo largo de los años, la cooperación supranacional para enfrentar el delito de blanqueo de bienes. Asimismo, fueron desarrollándose criterios para

armonizar la tipificación del delito de blanqueo de bienes dentro de los países miembros de la UE, desde la primera Directiva 91/308/CEE del Consejo, hasta la más reciente que trata sobre el tipo objetivo y subjetivo, es decir, la Directiva (UE) 2018/1673, del 23 de octubre de 2018. También se han instituido de nuevos mecanismos de enfrentamiento de este delito, con cada nueva Directiva, especialmente, con los cambios operados por la recién aprobada Directiva (UE) 2024/1640, del 31 de mayo.

Con todo ello se buscó eliminar cualquier laguna de punibilidad en el enfrentamiento de este delito que cada día se reinventa con sus innumerables formas de comisión. Con cada nueva Directiva del Parlamento y del Consejo, se pudo verificar la expansión de las infracciones antecedentes que podrían dar lugar a un delito de blanqueo y la preocupación de la Unión Europea en perseguirlo incluso cuando la conducta antecedente no sea un delito grave.

Asimismo, poco a poco fueron ampliándose las posibles conductas típicas de blanqueo, al punto de que la Directiva (UE) 2018/1673, del 23 de octubre de 2018 faculta la tipificación del blanqueo de bienes por imprudencia grave. Y, con cada nueva Directiva, también se aumentó el catálogo de sujetos obligados a determinados deberes de diligencia; se buscó garantizar la transparencia en las transacciones financieras y establecer sanciones en el caso de incumplimiento de dichas medidas en ámbito penal, administrativo y civil. Además, en los más de 30 años de desarrollo de la normativa supranacional en materia de blanqueo de bienes, se consolidaron nuevas formas de cooperación supranacional para fortalecer el combate contra dicho delito. Más recientemente se produjo la creación de la nueva Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Finan-

<sup>79</sup> Esto ya estaba previsto desde la propuesta de Reglamento. «This Regulation shall enter into force the twentieth day following that of its publication in the Official Journal of the European Union. It shall apply from 1 July 2025», en Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No. 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010, disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6222-2024-INIT/en/pdf> (08 de mayo de 2024).

ciación del Terrorismo (ALBC), a través del Reglamento (UE) 2024/1620 en conjunto con la Directiva 2024/1640, ambos del 31 de mayo de 2024.

También es cierto que la política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de bienes, hasta la fecha, no ha logrado afrontar dicho fenómeno como se pensaba —o se quería—. Esto, en un primer momento, conllevó la creación de una Comisión Europea para organizar un Plan de Acción frente a este delito, que acarrió una aprobación sin precedentes de Reglamentos en la materia y de una nueva Directiva.

Sin embargo, la nueva legislación supranacional, entre Reglamentos y la nueva Directiva, pretende establecer otras formas de prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Dichas innovaciones legislativas son resultado de la política criminal ya declarada en 2020, es decir, la adopción de medidas de tolerancia cero y mayor represión frente al delito de blanqueo de bienes.<sup>80</sup> Por fin, no se nos escapa que parece cuestionable dicha tendencia política criminal de la Unión Europea, al declarar que pretende adoptar políticas de tolerancia cero, algo que, como sabemos, no funcionó en el enfrentamiento de otros delitos, como el narcotráfico, y tampoco ha funcionado en otros ordenamientos jurídicos.<sup>81</sup>

**80** Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad. Bruselas, 24 de julio de 2020.

**81** Vid. por todos, F. Muñoz Conde, «El Derecho penal en tiempos de cólera», en *El Derecho*

#### 4. Referencias

ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ABEL SOUTO, M. «Money Laundering, Criminal Responsibility of Legal Persons and 2018 Directives», en *Journal of Applied Business and Economics vol.22 (8)*, 2020.

ABEL SOUTO, M. «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero. 21st century criminal justice facing the challenge of money laundering*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

ABEL SOUTO, M. «La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías», en *VIII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

ABEL SOUTO, M. «El blanqueo de dinero, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y la titularidad real según la Directiva 843/2018 y el Real Decreto-Ley 11/2018», en *VII Congreso Sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

AGUADO-Correa, T. «Siguiendo el rastro del dinero en la Unión Europea: hacia un enfoque global, operativo e integrado», en *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid, Dynkinson, 2021.

*penal en tiempos de cólera*. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 51 y ss.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J. «La individualización de los sujetos obligados en las normas de prevención del blanqueo o lavado: especialidades propias ante un fenómeno globalizado», en *VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ANDRÉS PÉREZ, S. *Principales novedades de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Cuarta Directiva)*. Disponible en [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novedades-Cuarta-Directiva2\\_limpio.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Novedades-Cuarta-Directiva2_limpio.pdf) (24 de noviembre de 2024).
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho penal económico*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de Capitales*. Pamplona, 4 ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- BLANCO CORDERO, I. «La prevención del blanqueo de capitales», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- BLANCO CORDERO, I. «Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 57, junio de 2022.
- BORGES-TERRA, L. ¿El blanqueo de bienes imprudente: un delito común o especial? El aporte de la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, a esta antigua discusión, en *Reformas penales y Estado de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T. «La Directiva 2018/843, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo. Balance de treinta años de Directivas comunitarias en materia de prevención del blanqueo de capitales», en *VIII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- CARLOS DE OLIVEIRA, A. C. «Tema 18: Blanqueo de Capitales», en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Barcelona, Atelier, 2023.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.; HERNÁNDEZ DÍAZ, L. «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico contra la Hacienda Pública y de contrabando», en *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- DEL CARPIO DELGADO, J. «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011.
- DEL CARPIO DELGADO, J. «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales, España y Perú como caso de estudio», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, Santiago de Compostela, 2015.
- DEL CARPIO DELGADO, J. «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la

- lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», en *Revista penal*, núm. 44, julio 2019.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Madrid, Dykinson, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 4 de diciembre de 2001. Registro: DOUE-L-2001-82799. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-82799>
- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 26 de octubre de 2005. Registro: DOUE-L-2005-82334. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/309/L00015-00036.pdf>
- Directiva 2006/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 1 de agosto de 2006. Registro: DO L 214 de 4.8.2006. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32006L0070>
- Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 30 de mayo de 2018. Registro: DOUE-L-2018-81022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-81022>
- Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 23 de octubre de 2018. Registro: DO L 284 de 12.11.2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=CELEX%3A32018L1673>
- Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, Unión Europea, 31 de mayo de 2024. párr 3. Registro: DO L, 2024/1640, 19.6.2024. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32024L1640>
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. «Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)», en *Iustitia*, 2010.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. *El delito de blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- GALÁN MUÑOZ, A. «Derecho Penal Europeo y Derecho Penal Económico», en *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- GÓMEZ INIESTA, D. J. «Las ‘eurodirectivas’ en materia de blanqueo de dinero», en *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Buenos Aires, IBdeF, 2014.
- GRANDI, C. «El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal», en *Revista Penal México*, núm. 9, septiembre de 2015-febrero de 2016.
- HERZOG, F; HOCH, T. «Bitcoins e lavagem de dinheiro: um balanço dos casos e das diretrizes regulamentadores», en *RDPEC* núm. 8, 2021.
- LAMPE, E. «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261, StGB)», en *EPC*, núm, 20, 1997.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M. *El nuevo Marco regulatorio del blanqueo de capitales*. Barcelona, Bosch, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», en

- El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 61, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. «Blanqueo de capitales y persecución extraterritorial. Opciones internacionales, supranacionales y comunitarias», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023.
- MORÓN PENDÁS, I. «El tipo agravado del delito de blanqueo de dinero y los sujetos obligados de la Ley 10/2010 de 28 de abril», en *Reformas penales y Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- MUÑOZ CONDE, F. «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F. «El Derecho penal en tiempos de cólera», en *El Derecho penal en tiempos de cólera*. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal, Parte General*. Valencia, 11ª ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- NAVARRO CARDOSO, F. «Criptomonedas (en especial, bitc in) y blanqueo de dinero», en *RECPC 21-14*, 2019. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf> (22 de noviembre de 2024).
- NIETO GARRIDO, E. «El sistema de fuentes del derecho de la UE», en *Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*. Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- NIETO MARTÍN, A. «El reconocimiento mutuo en materia penal y el derecho primario», en *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*. Barcelona, Marcial Pons, 2018.
- NIETO MARTÍN, A. «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», en *Ius Puniendi y Global Law: hacia un Derecho Penal sin Estado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- N NEZ CASTAÑO, E. «El delito de blanqueo de capitales», en *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- N NEZ PAZ, M. A. «El tipo agravado del blanqueo por pertenencia a una organización y el acceso de los grupos terroristas a las instituciones financieras internacionales según la Directiva 843/2018», en *VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Mechanisms to Be Put in Place by the Member States for the Prevention of the use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing and Repealing, Consejo de la Unión Europea, 17 de febrero de 2024. Registro: 2021/0250 (COD). Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6223-2024-INIT/en/pdf> (02 de mayo de 2024).
- QUINTERO OLIVARES, G. «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo», en *Estudios penales y criminológicos*, núm 38, 2018.
- TERRA DE OLIVEIRA, W. *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*, Madrid, Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- TIEDEMANN, K. *Manual de Derecho Penal Económico parte general y especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- SÁNCHEZ RÍOS, R. «Perturbación de las relaciones sociales: asesoramiento legal y la nueva ley brasileña de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, 2013.
- SANZ HERMIDA, A. M. «La lucha contra el blanqueo de capitales a través del ámbito pe-

nal en la Unión Europea», en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero. 21st century criminal justice facing the challenge of money laundering*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

UNGER, B, y otros. “Project Ecolef”. *The Economic and Legal Effectiveness of Anti-Money Laundering and Combating Terrorist Financing Policy*. DG Home Affairs, JLS/2009/ISEAC/AG/087. ebrero, 2013.

WAHL, T. «New Directive on Criminalization of Money Laundering», en *Eucrim*, 2009.

2

# El lavado de dinero en la República del Paraguay Abordaje jurisprudencial

*The Money Laundering in the Republic  
of Paraguay: Jurisprudential Approach*

• **José M. Fernández Zacur** •

Abogado egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Asunción, Paraguay), doctor en Derecho (*summa cum laude*) egresado de la UNP (Paraguay). Miembro del consejo editorial (área penal) de la editorial La Ley paraguaya. Miembro de varias sociedades científicas. Asesor de empresas paraguayas y extranjeras. Vocal por Paraguay de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

El lavado de dinero en la República del Paraguay.  
Abordaje jurisprudencial

*The Money Laundering in the Republic of Paraguay: Jurisprudential Approach*

• José M. Fernández Zacur • Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción •

**Fecha de recepción**

10-11-2024

**Fecha de aceptación**

22-11-2024

**Resumen**

El informe resultante de la última ronda de evaluaciones mutuas a Paraguay, como miembro de GAFILAT (Grupo de Acción Financiera Internacional para Latinoamérica), reconoce que el país posee un marco normativo suficiente para prevenir y reprimir el lavado de dinero. Sin embargo, señala que el número de procesos penales sería bajo en proporción a las amenazas de blanqueo existentes en el ámbito regional. Esta observación supondría un número igualmente bajo de pronunciamientos jurisdiccionales. Pero, si reparamos en que el lavado de dinero es (o debe ser al menos) un tipo penal de excepción, no vemos como desventaja que su persecución se enfoque en los hechos punibles más graves perpetrados desde el crimen organizado. En este trabajo repasamos el enfoque jurisprudencial paraguayo, todavía en fase temprana, sobre este flagelo.

**Palabras clave**

Paraguay, lavado de dinero, crimen organizado, narcotráfico, autolavado.

**Abstract**

The report resulting from the last Round of Mutual Evaluations of Paraguay as a member of GAFILAT (Financial Action Task Force for Latin America) recognizes that the country has a sufficient regulatory framework to prevent and suppress money laundering. However, it points out that the number of criminal proceedings would be low in proportion to the threats of money laundering that exist in the region. This observation would imply an equally low number of jurisdictional pronouncements. However, if we consider that money laundering is (or should be at least) an exceptional criminal offense, we do not see it as a disadvantage that its prosecution focuses on the most serious punishable acts perpetrated by organized crime. In this work we review the Paraguayan jurisprudential approach, still in its early stages, on this scourge.

**Keywords**

Paraguay, money laundering, organized crime, drug trafficking, self-laundering.

## Sumario

1. Marco normativo del lavado de dinero en Paraguay. / 2. La escasez jurisprudencial paraguaya en materia de lavado de dinero. / 3. Sobre el concepto del lavado de dinero. / 4. Sobre el bien jurídico protegido. / 5. Sobre el ilícito precedente. / 6. Sobre el nexo entre el ilícito precedente y las ganancias por lavar. / 7. Sobre la autonomía del lavado de dinero. / 8. Sobre las acciones típicas. / 9. Sobre el tipo subjetivo. / 10. Sobre el autolavado. / 11. Sobre el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. / 12. Sobre las cuestiones probatorias. / 13. Sobre las consecuencias jurídicas del lavado de dinero. / 14. Referencias.

### 1. Marco normativo del lavado de dinero en Paraguay

El lavado de dinero se encuentra tipificado en el artículo 196 del Código Penal paraguayo. La última versión de esta norma fue recogida en la ley 6452/19, que modificó el texto incorporado por la ley 3440/08, modificatoria a su vez de la redacción original contemplada en la ley 1160/97.

Antes del Código Penal paraguayo que sustituyera al anterior de 1910 (reformado en 1914), la Ley 1015/97 -Que Previene y Reprime los Actos Ilícitos Destinados a la Legitimación de Dinero o Bienes cumplió el compromiso internacional que asumiera el país con la Ley 16/90- Que Aprueba y Ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, tipificando por primera vez el “delito de lavado de dinero o bienes” (artículo 3). Esta *proto-tipificación* que castigaba, con una pena superior a dos años de prisión, varias maniobras de reciclaje cuando los bienes provenían de delitos perpetrados por una banda criminal o grupo terrorista y de delitos vinculados al narcotráfico, solo estuvo vigente desde la promulgación de aquella normativa el 10 de enero de 1997, hasta la entrada en vigor del “nuevo” (por entonces)

Código Penal paraguayo (ley 1160/97) el 26 de noviembre de 1998.

Si bien en su actual redacción, el artículo 196 del Código Penal paraguayo emplea la nomenclatura “lavado de activos” (LA), en este trabajo utilizaremos sinónimos tanto para la acción de lavar (por ejemplo: blanquear, legitimar, naturalizar, reconvertir, reciclar, normalizar, regularizar o reintegrar), como para el objeto material de aquella (por ejemplo: dinero, bienes, capitales, valores, acervo, fondos o recursos). En otros artículos explicamos por qué, desde nuestra óptica, el *nomen iuris* “lavado de dinero” es el más adecuado para esta figura.<sup>1</sup>

1 José M. Fernández Zacur, “El ilícito precedente al lavado de dinero en el Derecho Penal paraguayo”, en *La Ley* (PY/DOC/23/2.019), La Ley Paraguaya, Asunción, 2019; “Money Laundering and Asset Recovery in Paraguay”, *Annals of Criminology*, vol. 59, núm. 2, Cambridge University Press, Cambridge, Londres 2022; Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coord.),

Son varias las normas que complementan el plexo normativo del lavado de dinero en Paraguay. Entre otras:

1. La aludida ley 1015/97, modificada por las leyes 3783/09, 6497/19, 6797/21 y 6960/22, y que está vigente debido a que define o precisa términos empleados en la descripción típica, contiene disposiciones que previenen la utilización del sistema financiero u otros sectores económicos para legitimar capitales y organizar a la UIF (unidad de inteligencia financiera) de nuestro país, denominada SEPRELAD (Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes).
2. La ley 5876/17, modificada por las leyes 6396/19 y 6786/21, que establece los procedimientos para la recepción, identificación, avalúo, inventario, registro, administración, mantenimiento, preservación, custodia y destino de los bienes incautados o comisados.
3. La ley 6431/2019, que crea el procedimiento especial para la aplicación del comiso, el comiso especial, la privación de beneficios y ganancias y el comiso autónomo.
4. Las leyes 6167/18 y 6501/20, que introducen pautas para prevenir el lavado de dinero en el financiamiento de los partidos políticos y los procesos electorales.
5. La ley N° 6379/19, que crea la competencia especializada en delitos económicos, crimen organizado y corrupción, además del lavado de dinero.
6. La ley 1340/88, modificada por las leyes 108/91, 68/92, 171/93, 396/94 y 1881/02, que tipifica una forma específica de lavado de dinero proveniente de hechos punibles vinculados al narcotráfico.
7. Las resoluciones administrativas de la SEPRELAD sobre sujetos obligados, y otras.

Debe quedar claro *ab initio* que la violación de las normas preventivas no siempre implica la comisión de lavado de activos como tipo penal y que esta última no siempre supone aquella. Así se enfatiza en el siguiente fallo:

Es importante aclarar que existen reglas de prevención del lavado de dinero. La primera fue la Ley N° 1015/97, que sigue vigente aunque con algunas modificaciones (...). Estas leyes habilitan a la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero (SEPRELAD) a reglamentar los asuntos atinentes a la prevención. En tal sentido, hay muchas resoluciones de dicha Secretaría de Estado que regulan las reglas de prevención para diversos sujetos obligados. Estas tienen por objeto minimizar los riesgos del lavado de dinero a través de aquellos. Ahora bien, los actos de prevención no deben ser confundidos con el hecho punible como tal. Es decir, ni la violación de las reglas de prevención implican la comisión del delito de lavado de dinero, ni su cumplimiento garantiza que tal conducta punible no se realice”.<sup>2</sup>

“El lavado de dinero en las legislaciones paraguaya, brasileña y estadounidense”, en *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

2 CSJ (Corte Suprema de Justicia), Tribunal de Apelaciones Multifuero de la Circunscripción Judicial de presidente Hayes, Acuerdo y Sentencia 73 del 30 de diciembre de 2019, <https://www.pj.gov.py/descargas/2019-AyS-N-73-2019-OLIVIA%20NATALIE-KATTEBEKE-ZARATE-LAVADO-DE-DINERO.pdf>

Dice el artículo 196 del Código Penal paraguayo en su tenor actual:

Lavado de activos.

1º El que convirtiera u ocultara un objeto proveniente de un hecho antijurídico o respecto de tal objeto disimulara su procedencia, frustrara o peligrara el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso, su comiso especial o su secuestro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. A los efectos de este artículo se entenderá como hecho antijurídico:

1. los previstos en los artículos 129a, 139, 184a, 184b, 184c, 185, 186, 187, 188, 191a, 191b, 192, 193, 200, 201, 246, 261, 262, 263, 268b, 268c, 300, 301, 302, 303 y 305 de este Código.
2. un crimen.
3. el realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el artículo 239.
4. los señalados en los artículos 37 al 45 de la Ley N° 1340/88 “QUE MODIFICA Y ACTUALIZA LA LEY N° 357/72, QUE REPRIME EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y DROGAS PELIGROSAS Y OTROS DELITOS AFINES Y ESTABLECE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y RECUPERACIÓN DE FARMACODEPENDIENTES”, y sus modificaciones.
5. los señalados en los artículos 94 al 104 de la Ley N° 4036/10 “DE ARMAS DE FUEGO, SUS PIEZAS Y COMPONENTES, MUNICIONES, EXPLOSIVOS, ACCESORIOS Y AFINES.
6. el previsto en el artículo 336 de la Ley N° 2422/04 “CÓDIGO ADUANERO”.
7. los previstos en la Ley N° 2523/04 -QUE PREVIENE, TIPIFICA Y SANCIONA EL ENRIQUECIMIENTO ILÍ-

CITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

8. “el previsto en el artículo 227, Inc. e) de la ley N° 5810/17” MERCADO DE VALORES.
  9. “los hechos punibles de soborno y cohecho transnacional, previstos en la Ley respectiva”.
- 2º La misma pena se aplicará al que:
1. obtuviera un objeto señalado en el inciso anterior, lo transfiriera o proporcionara a un tercero;
  2. lo guardara o lo utilizara para sí o para otro habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención.
- 3º En estos casos, será castigada también la tentativa.
- 4º Cuando el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda formada para la realización continuada de lavado de activos, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. Se aplicará además lo dispuesto en los artículos 57 y 94.
- 5º El que en los casos de los incisos 1º y 2º y por negligencia grave desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico señalado en el inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
- 6º El hecho no será punible conforme al inciso 2º cuando el objeto haya sido obtenido con anterioridad por un tercero de buena fe.
- 7º A los objetos señalados en los incisos 1º, 2º y 5º se equiparán los provenientes de un hecho antijurídico realizado fuera del ámbito de aplicación de esta ley, cuando el hecho se halle penalmente sancionado en el lugar de su realización.
- 8º No será castigado por lavado de activos el que:

1. voluntariamente informara o hiciera informar sobre el hecho a la autoridad competente, siempre que este aún no haya sido total o parcialmente descubierto y que el autor lo supiera; y
  2. en los casos de los incisos 1º y 2º bajo los presupuestos del numeral anterior, facilitara el secuestro de los objetos relativos al hecho punible.
- 9º Cuando el autor, mediante la revelación voluntaria de su conocimiento, haya contribuido considerablemente al esclarecimiento:
1. de las circunstancias del hecho que excedan la propia contribución al mismo; o
  2. de un hecho señalado en el inciso 1º realizado antijurídicamente por otro, el Tribunal podrá atenuar la pena con arreglo al artículo 67 o prescindir de ella.
- 10º El lavado de activos será considerado como un hecho punible autónomo, en el sentido de que para su persecución no se requerirá sentencia sobre el hecho antijurídico subyacente.
- 11º En los casos en que el hecho antijurídico precedente sea el previsto en el artículo 261 del Código Penal, no será punible por lavado de activos cuando:
1. El que oculte el objeto proveniente del hecho antijurídico previsto en el artículo 261 del Código Penal sea autor de este hecho.
  2. El autor haya realizado la conducta conforme al inciso. 5º.<sup>3</sup>

3 Corte Suprema de Justicia e Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Código Penal de la República del Paraguay. Ley N° 1160/1997. Actualizado y concordado*, Asunción, Paraguay.

## 2. La escasez jurisprudencial paraguaya en materia de lavado de dinero

Como miembro del Grupo de Acción Financiera Internacional para Latinoamérica (GAFILAT), el Paraguay fue recientemente sometido a la 4º ronda de evaluaciones mutuas, consistente “(...) en una revisión de los sistemas y mecanismos que se han creado en cada país miembro para la prevención y el combate del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Estos sistemas son conocidos como Sistemas de Anti-Lavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo (ALA/CFT)”.<sup>4</sup>

En las evaluaciones mutuas se analiza el nivel de cumplimiento que presenta un país miembro en relación con las 40 Recomendaciones del GAFI.<sup>5</sup>

Como resultado del análisis practicado por los evaluadores que visitaron nuestro país entre el 23 de agosto y el 3 de septiembre de 2021, fue emitido el Informe de Evaluación Mutua aprobado durante el XLV Pleno de Representantes del GAFILAT reunido del 25 al 29 de julio de 2022 en Quito–Ecuador y publicado en septiembre de 2022.<sup>6</sup> En cuanto a los estándares generales de efectividad,

4 GAFILAT, “¿Qué es el GAFILAT?”. <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat>

5 GAFI (Grupo de Acción Financiera), “Las recomendaciones del GAFI”, versión del 2012, última enmienda de noviembre del 2023, <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html>

6 GAFILAT, “Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de Paraguay”, Buenos Aires, 2022. <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/IEM-Paraguay.pdf>

“(…) el régimen ALA/CFT de Paraguay mejoró en forma significativa desde su última evaluación. Se cuenta con un marco legal e institucional más sólido para luchar contra el LA/FT y el FPADM. En materia de efectividad, el Paraguay alcanzó un nivel moderado y requiere mejoras considerables en todas las áreas del sistema ALA/CFT con excepción de lo referente a la investigación, procesamiento y condena de LA, en donde requiere mejoras fundamentales (…)”.<sup>7</sup>

Sobre este último aspecto dice, en apretada síntesis:

(…) En general, se cuenta con un ordenamiento jurídico acorde para el combate del LA; sin embargo, en la práctica el número de investigaciones, procesos y condenas por LA se considera bajo conforme al nivel de las amenazas existentes en el país. Asimismo, las sentencias condenatorias dictadas, en su mayoría, involucran esquemas de lavado simples o poco complejos (...). Sobre la base de los delitos determinantes (...), la tabla (...) demuestra la enorme diferencia que existe entre las investigaciones de LA abiertas por delitos precedentes relacionados con el narcotráfico y el resto de los delitos determinantes, muchos de los cuales no aparecen en la lista por no haber generado ninguna investigación de LA (...). De la información antes provista y por lo establecido durante la visita *in situ*, no fue posible determinar, fuera de los casos relacionados con el narcotráfico, el grado de priorización que se da para iniciar investigaciones de LA sobre otro tipo de investigaciones (...).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>8</sup> *Ibidem*, págs. 7, 73 y 74.

De las conclusiones expuestas, surge que el Paraguay mantiene una muy discreta tasa de procesos iniciados por lavado de dinero y consecuentemente, un mesurado número de fallos sobre la materia. De hecho y según estadísticas de la máxima instancia jurisdiccional, entre el año 2015 y el año 2023, solo se dictaron 37 sentencias definitivas (en adelante, SD) sobre lavado de activos.<sup>9</sup> De estas últimas, no más del 40 % (siendo generosos) fueron revisadas mediante Acuerdos y Sentencias de Tribunales de Apelación y la Corte Suprema de Justicia que ofrezcan conceptos dogmáticos de interés hermenéutico.

A mayor abundamiento, durante 2023 solo ingresaron al Ministerio Público 19 causas por lavado de activos, en apenas 3 circunscripciones (Asunción, Alto Paraná y Presidente Hayes).<sup>10</sup>

La ausencia de pronunciamientos bastantes para hablar con propiedad de *jurisprudencia*, entendida como “(…) el modo uniforme y constante en que los Tribunales de Justicia aplican el Derecho (...)”,<sup>11</sup> nos obliga a flexibilizar el concepto empleándolo como sinónimo de *precedente/s* y exponiendo en este ensayo una colección de resoluciones, tanto de Alzada como de Primera Instancia, que sin ser precisamente numerosas u ho-

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Estadísticas: lavado de activos, Asunción. <https://www.pj.gov.py/resultado/?q=estadisticas+lavados+de+activos>

<sup>10</sup> Ministerio Público, "Lavado de dinero y activos", República de Paraguay, 2023. <https://ministeriopublico.gov.py/lavado-de-dinero-y-activos-da->

<sup>11</sup> Luis P. Frescura y Candía, "Introducción a la Ciencia Jurídica", *El Foro*, Asunción, 1989, pág. 55.

mogéneas, ilustran la visión de los órganos jurisdiccionales paraguayos sobre distintos aspectos del blanqueo. Esta será la metodología que emplearemos durante la exposición: un tópico relevante sobre el lavado de dinero y lo que tienen dicho al respecto los estamentos judiciales del Paraguay.

Permítasenos, entonces, utilizar la voz *jurisprudencia* en una acepción amplia, para referirnos, en general, a los pronunciamientos de los tribunales paraguayos. No siempre en grado de revisión, abundantes, uniformes o constantes según el ítem abordado.

Debo comenzar reparando en el vaso medio lleno y no en el medio vacío. Si la República del Paraguay no se volvió una usina generadora de procesos por lavado de dinero, si la mayoría de los iniciados tiene al tráfico de estupefacientes o relacionados como injustos de base y si los juicios por los demás ilícitos determinantes no conllevan necesariamente el enjuiciamiento por legitimación de su enriquecimiento producido, es porque a pesar de haber cedido a la impronta internacional en la inflación o expansión normativa sobre el blanqueo, todavía está instalado en el *inconsciente colectivo jurisdiccional* que la figura solo aplica a casos graves. Es lo que resulta del siguiente fallo:

El lavado de dinero (también conocido como lavado de capitales o lavado de activos) es el proceso de cambiar grandes cantidades de dinero obtenidas de delitos como el narcotráfico, por otras de origen legítimo. Es una operación esencial del crimen organizado, que se origina con la comisión de un acto delictivo de tipo grave (...).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Tribunal de Sentencia, Sentencia definitiva núm. 382, 21 de setiembre de 2023, <https://>

No puede perderse de vista que el lavado de dinero fue concebido como un mecanismo de lucha contra las trasgresiones penales más graves ejecutadas desde las organizaciones criminales. La necesidad de privarlas del estímulo pecuniario para delinquir terminó justificando la tipificación independiente de esta conducta que, en el fondo, no es sino una forma de *participación post delictual* para favorecer el aseguramiento, movilización o aprovechamiento de las utilidades devengadas por el hecho antijurídico precedente. La Corte Suprema de Justicia paraguaya está consciente de dicha naturaleza:

El encubridor en el nuevo sistema, dejó de ser un participante en la comisión del hecho punible debido a que su colaboración constituye un *auxilium post delictum*, para convertirse (...) el encubrimiento en un delito autónomo, que se ubica en la parte especial del Código vigente, más específicamente en los arts. 194, 195 y 196 que hacen referencia a la obstrucción a la restitución de bienes, a la reducción y al lavado de dinero respectivamente.<sup>13</sup>

Permear el blanqueamiento a cualquier ilícito antecedente implicaría desnaturalizarlo conspirando contra su finalidad fundamental, desdibujando el bien jurídico que tutela en primera línea (orden económico) y restándole efectividad preventiva general. Si todo es lavado, nada es lavado.

[www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-382-LAV-DE-DIN-VICTOR-BRITEZ-ARANDA-Y-OTROS.pdf](http://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-382-LAV-DE-DIN-VICTOR-BRITEZ-ARANDA-Y-OTROS.pdf)

<sup>13</sup> CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia. 1564, del 15 de setiembre de 2003. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

Es por ello que debe mirarse con preocupación el paulatino proceso por el cual esta figura se aleja del fenómeno de la delincuencia organizada con la consecuente desnaturalización del modelo (...). No hay que olvidar que el modelo de prevención y represión del blanqueo de dinero es un modelo penal de excepción, pues en buena medida quiebra con ciertos principios del Derecho Penal liberal.<sup>14</sup>

El criterio de gravedad que todavía mantienen los órganos jurisdiccionales del Paraguay (mal que pese al GAFI) permite mantener el lavado de dinero cerca de las necesidades que justificaron su tipificación, y, con ello, evitar que se desborde para fagocitar ámbitos que le restan identidad conceptual. En definitiva, “(...) no basta con que los activos provengan de cualquier delito, sino que conforme a una lógica de mínima intervención, este delito debe tener un cierto grado de gravedad”.<sup>15</sup> O en otras palabras, “(...) cuanto mayor sea el círculo de delitos de referencia, tanto más se extenderá la represión del blanqueo, pero también sus costes sociales y el peligro de una inflación punitiva que desposea al Derecho Penal de su entendimiento como *ultima ratio*”.<sup>16</sup>

La Corte Suprema de Justicia paraguaya ha demostrado firmeza cuando quisieron azuzarla en sus temperamentos arguyendo que se arriesgaba la imagen internacional del país en lo que hace al blanqueo de capitales:

Ante las expresiones del representante de la apelante, sobre el supuesto peligro que implica la resolución de este caso con relación al anuncio que hace de un ‘daño irreparable a todo el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo vigente y se convertirá en un antecedente negativo que traerá aparejadas graves consecuencias en la medición del nivel de cumplimiento de compromisos asumidos por el país en esta sensible materia’, debemos señalar que la presente resolución (...) en modo alguno viene a poner en tela de juicio ni el sistema de prevención del lavado de activos ni la lucha contra el terrorismo o su financiamiento ni tampoco los compromisos asumidos por el Estado Paraguayo al respecto (...). Debemos aplicar la ley sin que nos sea permitido apreciar componentes o preocupaciones de tipo político, que el apelante ha pretendido introducir como elementos de juicio en este proceso (...).<sup>17</sup>

### 3. Sobre el concepto del lavado de dinero

La máxima instancia jurisdiccional del Paraguay tiene conceptualizado el lavado de dinero del siguiente modo:

14 Gabriel Adriasola, “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del lavado de dinero. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada”, en Centro de Investigación Interdisciplinario en Derecho Penal y Económico (CIIDPE), Argentina, 2012, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf)

15 Percy García Caverro, *Derecho Penal Económico*, tomo II, Grijley, Lima, 2007, pág. 501.

16 Miguel Abel Souto, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el*

*ordenamiento penal español* (tesis doctoral), USC, Santiago de Compostela, 2001, pág. 219.

17 CSJ–Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia N° 384, 1 de diciembre de 2020. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

Ahora, dentro de esta definición o tipo penal, debemos extraer el concepto que determinaría la posibilidad de subsumir hechos a este tipo y es así que, por definición, el lavado de dinero es una actividad clandestina. El dinero “sucio” que pasa por las “tintorerías” (...) de capital (...). Es precisamente el complicado proceso de lograr que el dinero surgido de operaciones ilícitas parezca haber sido obtenido lícitamente, el que involucra negocios ilegales, corrupción de empleados, funcionarios e instituciones, a lo que se denomina “lavado de dinero” (...). Se entiende entonces que el delito de lavado de dinero, lo que en sí necesita para su configuración es: 1. la existencia de un dinero mal habido, injustificado, ilícito, obtenido en forma ilegal o a través de algún crimen o delito y 2. una estrategia de ocultamiento o transformación de ese mismo dinero. Es esta estrategia de “hacer pasar el dinero ilegal como legal” la que se configura de diversas y variadas formas, tantas como las que la mente criminal pueda imaginar. Ahora bien, el primer requisito señalado, la existencia de dinero mal habido que necesita ser ocultado o disfrazado para su utilización, es determinante para la configuración del tipo penal, pues al no comprobarse la procedencia ilegal o ilícita del mismo, nos encontramos ante simples modos de negociación o de inversión de capital.<sup>18</sup>

En otro precedente dejó asentado:

El término ‘lavado de dinero’ se refiere a las actividades y transacciones financieras que son realizadas con el fin de ocultar el origen

verdadero de fondos recibidos. Dichos fondos son provenientes de actividades ilegales y el objetivo de la misma es darle a ese dinero ilegal, la apariencia de que proviene del flujo lógico de alguna actividad legalmente constituida.<sup>19</sup>

En la Primera Instancia se dijo: “El lavado de dinero como tal, consiste en un conjunto de acciones típicas encaminadas a mimetizar el objeto proveniente de hechos antijurídicos con el fin de reintroducirlos al mercado financiero con apariencia lícita”.<sup>20</sup>

Nótese que todas las definiciones coinciden en un componente interpretativo que, aunque no aparezca explícito en la descripción de las conductas previstas en el artículo 196 del Código Penal paraguayo, condiciona la relevancia penal de los verbos típicos por remisión al mismo rótulo del delito (*lavado*): la finalidad de introducir objetos maculados al circuito regular de la economía bajo apariencia de licitud.

Para ser coherentes con el propósito histórico del lavado de activos, con su principal objeto de tutela y con su misma denominación, debemos concluir que las acciones empadronadas en el articulado serán típicas solo cuando se hubiesen cometido para enmascarar el origen ilícito de los bienes e incorporarlos con visos de legalidad al mercado.

<sup>18</sup> CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204 (bis), 3 de abril de 2009. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

<sup>19</sup> CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 486, 2 de julio de 2015. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

<sup>20</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, S.D. N° 469 del 4 de octubre de 2023, <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-409-LAV-DE-DIN-LUIZ-HENRIQUE-BOSCATTO-Y-OTROS.pdf>

Todo ello me permite concluir que el delito de lavado de activos en términos prácticos es el delito de las apariencias. Pues al igual que el mimetismo impide distinguir a simple vista a ciertos seres vivos en su ambiente, el lavado de activos evita identificar el origen ilícito de los mismos en un determinado conjunto de negocios jurídicos, de capitales de empresas, de inversiones privadas, etcétera, por intermedio de su elemento más determinante: la apariencia.<sup>21</sup>

La conversión, el ocultamiento, la disimulación, las artimañas para frustrar o peligrar el conocimiento de la ubicación, el hallazgo, comiso, comiso especial o secuestro, la obtención, transferencia, entrega, guarda y utilización son típicamente intrascendentes si no persiguen *lavar* como meta-concepto. O sea, el enmascaramiento de la procedencia ilegal para una posterior penetración de los valores al ámbito económico regular como si fueran legítimos.

#### 4. Sobre el bien jurídico protegido

El artículo 196 del Código Penal paraguayo se encuentra sistematizado bajo el Capítulo IV, Hechos punibles contra la restitución de bienes, título II, libro segundo del Código Penal paraguayo. Y sobre dicho bien jurídico ponen énfasis los tribunales paraguayos.

El tipo legal de lavado de dinero, vigente al momento de la realización de la conducta atribuida al acusado, se encuentra en el Título II, Hechos Punibles contra los Bienes de las Personas, Capítulo IV, Hechos Punibles contra la Restitución de Bienes; en consecuencia, el bien jurídico protegido fue definido por el legislador y esto es muy importante porque sirve para la interpretación sistemática y teleológica de los presupuestos de la tipicidad. En su tipo legal, el lavado de dinero está orientado a la conducta posterior de una persona respecto a un hecho antijurídico precedente que afecta los bienes de las víctimas, imposibilitando o dificultando su recuperación o restitución y por eso precisamente está vinculado al hecho precedente que fue definido en la ley como un hecho antijurídico y se incorpora al tipo objetivo del lavado de dinero; concretamente, al objeto material que se define precisamente como un bien que a su vez proviene del hecho antijurídico precedente que forma parte del tipo objetivo de lavado de dinero.<sup>22</sup>

En otro fallo:

El bien jurídico protegido en este hecho punible es la restitución de bienes (...). Como expresamos anteriormente, el resultado de las conductas descritas es que se impide o dificulta la recuperación de lo obtenido mediante el hecho antijurídico (...), en razón de que se vuelve imposible rastrear cómo fueron utilizados los fondos obtenidos al mezclarse

21 Marcial E. Páucar Chappa, “La sentencia plenaria casatoria N° 1-2017/CIJ-433. La primera piedra para la edificación de una doctrina seria y responsable en el delito de lavado de activos”, en *El delito de lavado de activos. Debate sobre su autonomía y prueba*, ed. Tomás Aladino Gálvez y José Luis Castillo Alva, Ideas, Lima, 2018, pág. 342.

22 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 515, del 17 de diciembre de 2021. [https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-515-17\\_12\\_2021-RAMON-MARIO-GONZALEZ-DAHER-LAVADO-DE-DINERO.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-515-17_12_2021-RAMON-MARIO-GONZALEZ-DAHER-LAVADO-DE-DINERO.pdf)

con el patrimonio propio de las condenadas y la transmisión de beneficios a personas cercanas que no participaron del hecho original. En palabras sencillas, el lavado de dinero consiste precisamente en dar apariencia lícita a aquello que tiene origen ilícito.<sup>23</sup>

No obstante, la judicatura paraguaya también reconoce la multiofensividad del blanqueo: “El lavado de dinero constituye un hecho pluriofensivo, pues protege bienes jurídicos como la restitución de bienes, la administración de justicia y el orden económico formal”.<sup>24</sup> Ciertamente, es un hecho punible con varios objetos de protección: la administración de justicia, el deber de policía o prevención sobre el ilícito determinante, la seguridad interior del Estado, la salud pública en relación con el tráfico de drogas, el patrimonio, el mismo bien jurídico protegido por el predicado.

Desde nuestra óptica y más allá de la ubicación que tiene en el Código Penal paraguayo, el lavado de dinero tutela, en primera línea, el orden económico; particularmente en sus proyecciones sobre la economía formal, la libre competencia y la credibilidad del sistema financiero:

El delito de lavado de activos es quizás uno de los comportamientos que con mayor ve-

hemencia vulnera el orden económico-social de un país, al punto que distorsiona la economía generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la “enfermedad holandesa”, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta de manera simultánea una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica”.<sup>25</sup>

Si se castiga la reconversión de fondos con independencia de los hechos antijurídicos precursores, es precisamente por las “fuertes distorsiones en la economía”<sup>26</sup> que genera.

## 5. Sobre el ilícito precedente

El lavado de dinero es un tipo penal *de segundo piso*, cuya configuración depende de otro *de primer piso*. Gramaticalmente, *lavar* (infinitivo) es un verbo transitivo. Se lava *algo* (complemento directo). Ese *algo* son los objetos derivados de algún ilícito precursor. El injusto penal del cual provienen los activos por legitimar se denomina predicado, previo, precedente, precursor, fuente, base, de conexión, de referencia o determinante en la Recomendación 3 del GAFI. El 196, inciso 10° *in fine* del Código Penal paraguayo lo llama

23 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia definitiva 124, 30 de abril de 2019. <https://www.pj.gov.py/descargas/2019-SD-N-124-2019-ANIE-VICTORIA-GIBBONS-DE-GIMENEZ.pdf>

24 CSJ, Tribunal de Sentencia, S.D. N° 497 del 24 de noviembre de 2021, [https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-497-15\\_11\\_2021-RONY-MAXIMILIANO-ROMAN-LAVADO-DE-DINERO.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-497-15_11_2021-RONY-MAXIMILIANO-ROMAN-LAVADO-DE-DINERO.pdf)

25 Ricardo Ángel Basílico, Hernando A. Hernández Quintero y Martías Carlos Froment, *Delitos contra el orden económico y financiero*, Astrea, Buenos Aires, 2019, pág. 141.

26 Nicolás F. Barbier, “El lavado de activos en la jurisprudencia argentina”, *Derecho Penal*, año II, núm. 4, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2013, pág. 40.

*hecho antijurídico subyacente*. No es necesario, entonces, que el evento generador de las ganancias indebidas se complete como hecho punible (tipicidad + antijuridicidad + reprochabilidad + punibilidad). Bastará con que la conducta sea típica y antijurídica. Así lo ratifica este fallo:

El bien objeto del hecho típico, que en el presente caso consiste en dinero en efectivo, debe provenir de un hecho antijurídico (...). Debe observarse, en lo que respecta al hecho precedente, que la norma del Art. 196 del Código Penal, refiriéndose como derecho de fondo, no requiere que la teoría del delito haya sido completada para poder configurar este elemento típico; es decir, el hecho antijurídico puede resultar incluso irreprochable y no punible, que a los efectos de la tipificación de la presente norma es irrelevante (...).<sup>27</sup>

Y este otro:

“Así como quedó probada la existencia de los hechos punibles previstos tanto en el Art. 239 del Código Penal como en el Art. 42 de la Ley N° 1.340/88 y sus modificaciones, el lavado de dinero deviene procedente por el solo efecto de la existencia de los hechos señalados más arriba como hechos antijurídicos. Sin necesidad de extender el análisis de tales hechos a la punibilidad; o sea, que basta con demostrar que el hecho sea atentatorio o violatorio de las normas para constituirse como hecho subyacente del tipo penal de lavado de dinero conforme con la política criminal de nuestro país.”<sup>28</sup>

<sup>27</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia definitiva 469, *op. cit.*

<sup>28</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, S.D. N° 139 del 21

La justicia penal paraguaya no vacila en subrayar la necesidad de que los valores por reintegrar o normalizar tengan proveniencia ilegal:

Para que esta conducta tenga relevancia según las disposiciones penales de la legislación paraguaya; es decir, si la misma puede configurar (...) el hecho punible de lavado de dinero, los bienes objeto del lavado deben provenir de un hecho antijurídico (...). Con respecto al lavado de dinero previsto en el Art. 196 del C.P. de la República del Paraguay, el tipo requiere que el objeto provenga de un hecho antijurídico; es decir, de un hecho típico que no esté cubierto por una causa de justificación. De acuerdo al razonamiento que se viene sosteniendo, no existe posibilidad de justificar una doble incriminación invocando esta figura, ya que al no existir o no ser punibles los supuestos (...) descritos en la solicitud de extradición en base a nuestra legislación penal, no existe un hecho antijurídico que genere los “objetos o bienes” a que hace mención el Art. 196 C.P.<sup>29</sup>

La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto:

De esta manera y a pesar de que el tipo conocido como lavado de dinero es un delito autónomo, requiere el señalamiento de la

de setiembre de 2018, <https://www.pj.gov.py/descargas/2018-SD-N-139-2018-MARIO-VILLALVA.pdf>

<sup>29</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (tercera sala), “Voto del Magistrado Cristóbal Sánchez” Acuerdo y Sentencia 20, 8 de mayo de 2018, (Registro: PY/JUR/134/2018). <https://online.laley.com.py>

ilicitud de lo que se pretende ocultar o transformar y el necesario nexo entre el delito anterior que produjo el dinero mal habido y los partícipes del lavado de dinero.<sup>30</sup>

En Paraguay, son injustos determinantes del lavado de dinero: los crímenes (hechos punibles con pena privativa de libertad mayor a cinco años en su tipo base, según el artículo 13, inciso 1° del Código Penal), los perpetrados en asociación criminal (según los términos del artículo 239 del Código Penal), la rufianería, el proxenetismo, la violación del derecho de autor y los derechos conexos, la violación de los derechos de marca, la violación de los derechos sobre dibujos y modelos industriales, la extorsión, la extorsión agravada, la estafa, la estafa mediante sistemas informáticos, la promoción fraudulenta de inversiones, la manipulación de mercados, la lesión de confianza, la usura, el procesamiento ilícito de desechos, el ingreso de sustancias nocivas al territorio nacional, la producción de documentos no auténticos, la evasión de impuestos, la adquisición fraudulenta de subvenciones, la producción de moneda no auténtica, el cohecho privado, el soborno privado, el cohecho pasivo, el cohecho pasivo agravado, el soborno, el soborno agravado, el prevaricato, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, otros conexos y afines al narcotráfico, los vinculados a las armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones, explosivos, accesorios y afines (detentación, producción de riesgos comunes, ingreso por aduana no autorizada, fabricación ilícita, tráfico ilícito y conexos, acopio ilícito, reparación ilícita de material, atenta-

do al medio ambiente, desacato), el contrabando, el enriquecimiento ilícito, la trasgresión a prohibiciones posteriores al ejercicio de un cargo público, el tráfico de influencias, la administración en provecho propio, la alteración artificial de precios mediante transacciones de valores, el soborno transnacional, el cohecho transnacional y la trata de personas artículo 12 de la ley 4788/12 en cualquiera de sus manifestaciones.

Como el ilícito precedente está integrado a la redacción del lavado de activos como tipo penal, constituye un elemento objetivo de este. Más específicamente, un elemento normativo, ya que requiere cierto grado de valoración o aprehensión jurídica (no estricta) en la esfera epistémica o intelectual “del profano”.<sup>31</sup> Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia del Paraguay:

En la presente causa, el problema radica en la cosa juzgada y en que el tipo legal de lavado de dinero, en su tipo objetivo ya contiene el hecho precedente, que en este caso y conforme al relato fáctico obrante en el acta de imputación, es el narcotráfico. En ese sentido, cabe mencionar que el hecho punible de lavado de dinero está vinculado necesariamente al hecho precedente (...), por lo que si se desdoblán los juicios estudiándose por un lado el hecho punible de narcotráfico y por otro al autor del lavado, nos encontraremos con el problema de que se estaría juzgando dos veces el mismo hecho y se generaría un problema con la cosa juzgada y la litispendencia (...). En ese sentido (...), el inconveniente en la presente causa reside en la cosa juzgada y en que el tipo legal de lavado de

30 CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204 (bis), *op. cit.*

31 Manuel José Arias Eibe, *El error en el Código Penal de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 17.

dinero, en su tipo objetivo ya contiene el hecho precedente (...).<sup>32</sup>

El reconocimiento de que el injusto previo constituye un elemento objetivo del tipo penal para el lavado de activos, conlleva dos conclusiones importantes: el ilícito precedente debe ser probado (como cualquier otro elemento objetivo del tipo), aunque no es necesario que exista una condena por este, como veremos más adelante, y en la forma dolosa del blanqueo, debe ser abarcado por el conocimiento o representación y voluntad del lavador (como cualquier otro elemento objetivo del tipo). Lo primero fue reconocido implícitamente por la Corte Suprema de Justicia paraguaya en la Resolución 8 405 del 28 de octubre de 2020, que modificó la Acordada 1 406 del 1 de julio de 2020 (reglamentaria del fuero especializado en delitos económicos, crimen organizado y corrupción): “El lavado de dinero se entiende como un hecho punible autónomo, por lo que todo hecho punible precedente al mismo, será investigado por separado en la misma causa penal (...)”.

## 6. Sobre el nexo entre el ilícito precedente y las ganancias por lavar

La Corte Suprema de Justicia paraguaya formuló detenidas consideraciones sobre este tópico. Es necesario probar que los bienes en proceso de reciclaje provienen de un hecho antijurídico precursor en específico.

Para acreditar la existencia del delito previo y del conocimiento del origen por parte del lavador, se recurre a la prueba indiciaria (...). Si bien es cierto que desde la perspectiva fenomenológica de la investigación se manifiestan numerosos puntos de conexión entre el dinero negro y el dinero sucio, ello no justifica en modo alguno que, contempladas desde el punto de vista jurídico, ambas categorías sean tratadas de igual forma (...). Por todo ello, no podemos compartir la opinión de aquellos que tratando de analizar la significación penal del fenómeno, definen el blanqueo en función de un “objeto ampliado”, resultando para ellos absolutamente indiferente la licitud o ilicitud del origen de los fondos a reconvertir (...). Cobra singular importancia la (...) determinación circunstanciada de los hechos que integran el nexo entre los fondos provenientes del [hecho antijurídico subyacente] declarado como acreditado y los utilizados para la adquisición de los [bienes] objeto del pronunciamiento con respecto al lavado de dinero (...). No basta, a mi criterio, con limitarse a afirmar en el punto específico materia del debate o examen, el origen desconocido de activos y que por tanto serían ilícitos.<sup>33</sup>

En el precedente transcrito, la máxima instancia jurisdiccional destaca la particular importancia de acreditar el nexo entre la actividad anterior de generación y la actividad posterior de naturalización, aunque partiendo de una premisa equivocada: la autonomía del lavado de activos entendida como “que se desvincula lo máximo posi-

32 CSJ–Sala Penal, Auto interlocutorio, 258, 6 de abril de 2022. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

33 CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 15, 7 de febrero de 2024. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

ble del delito previo”. Esta afirmación fue realizada desde extractos doctrinales y jurisprudenciales de países cuyo catálogo de injustos previos es de *numerus apertus*. En nuestro país, cuya nómina de determinantes es de *numerus clausus* (basada en un enfoque combinado de umbral y de lista), es necesario probar que el objeto material del lavado proviene de un hecho antijurídico concreto previsto en aquella. No es posible dicha *desvinculación*. Bien se fundamenta en el siguiente fallo:

Entonces, se tiene que el A Quo ha mencionado [y probado en el caso] concretamente el hecho punible precedente a fin de subsumir la conducta del acusado dentro del tipo penal de lavado de dinero, cumpliendo así la exigencia normativa del tipo penal.<sup>34</sup>

De hecho, si el ilícito fuente es un elemento objetivo del tipo lavado de activos, como dogmatiza la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mal podría estar *desvinculado* de su construcción típica.

El delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha (...). Como cualquier otra condena penal, para la condena por un delito de blanqueo es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes (...). Este delito previo constituye un elemento objeti-

vo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad (...).<sup>35</sup>

En efecto, “(...) en el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la comisión del delito fuente, así como que los activos generados por este delito son los que constituyen objeto del lavado de activos”.<sup>36</sup>

## 7. Sobre la autonomía del lavado de dinero

Dice el artículo 196, inciso 10, del Código Penal paraguayo: “El lavado de activos será considerado como un hecho punible autónomo, en el sentido de que para su persecución no se requerirá sentencia sobre el hecho antijurídico subyacente”. La norma despeja cualquier duda. Para el legislador nacional, la innegable autonomía del blanqueo con respecto al injusto de conexión es de orden procesal y de ningún modo sustancial.

Nuestra normativa no exige como requisito la existencia de una condena del hecho antijurídico a través del cual se comete el hecho punible de lavado de dinero, ya que este es considerado como un hecho punible autó-

<sup>34</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Cuarta Sala), Acuerdo y Sentencia, 60, 12 de agosto de 2022 (registro: PY/JUR/553/2022). <https://online.laley.com.py>

<sup>35</sup> Juana del Carpio Delgado, “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como casos de estudio”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35, 2015, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela-España, pág. 695.

<sup>36</sup> Percy García Caverro, *El delito de lavado de activos*, B de F, Buenos Aires, 2016, pág. 112.

nomo, de conformidad con el Inc. 10° del Art. 196.<sup>37</sup>

Vale decir que no es necesario que exista una sentencia condenatoria previa o simultánea por el ilícito precedente como condición para que exista una sentencia condenatoria por la reintegración de sus ganancias, lo que de ningún modo implica que esta última pueda dictarse sin probar los aspectos fundamentales de aquel.

Si bien es cierto que puede iniciarse y proseguirse un proceso por blanqueo sin que genere prejudicialidad la ausencia de un pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada sobre el injusto de referencia, no es cierto que pueda condenarse por aquel sin que este último se encuentre suficientemente acreditado en el mismo juicio. Un fallo de Primera Instancia lo señala con claridad:

Para la consumación del hecho punible de lavado de dinero, debe probarse que el bien es producto de un hecho antijurídico que precedió a dicho ilícito. Es decir, es un hecho punible dependiente de otro hecho punible (...). Si bien menciona el Art. 196 que el hecho punible lavado de dinero es autónomo, lo es en cuanto a su proceso de investigación. En el caso que nos ocupa (...), si bien se ha probado en juicio con filmaciones, declaraciones testimoniales de los intervinientes y con la constitución del Juzgado que (...) se ha encontrado grandes cantidades de billetes de origen venezolano (...), no se pudo demostrar cómo ingresó a nuestro país esa cantidad de billetes.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva, 469, *op. cit.*

<sup>38</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia “Voto del magis-

Desde luego que, a pesar de no constituir una *conditio sine qua non*, bien podría existir una condena por el injusto previo y, en tal caso, esta serviría como prueba del mismo en el juicio por lavado de activos. Como en el siguiente caso:

(...) se ha acreditado que el sujeto activo de la conducta es el acusado (...), quien ha realizado una variedad de conductas encaminadas a disimular el dinero obtenido mediante actividades antijurídicas, frustrando además el comiso de bienes. El acusado (...), líder de una organización criminal, como ha sido acreditado en un juicio previo y por sentencia firme, es quien tenía la decisión final sobre la manera en la que se manejaba el dinero proveniente de las actividades ilícitas comprobadas. Tenía el poder de decisión respecto a la forma en que los recursos económicos serían manejados y por tanto, es quien tenía el dominio del hecho sobre estas circunstancias, configurándose de esta manera su carácter de sujeto activo o autor.<sup>39</sup>

No huelga mencionar que, según el artículo 196, inciso 7, del Código Penal paraguayo, en concordancia con el artículo 6, inciso 2.c, de la Ley 2298/03” Que Aprueba la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o

trado Zeballos”, Sentencia Definitiva 19, 8 de julio de 2021. <https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-19-2021-BRUNO-JOSE-DACOSTA-AMARAL.pdf>

<sup>39</sup> Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 382, del 21 de setiembre de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-382-LAV-DE-DIN-VICTOR-BRITEZ-ARANDA-Y-OTROS.pdf>

Convención de Palermo, la doble incriminación del ilícito fuente “(...) equipara los efectos de los hechos punibles realizados en otro lugar distinto al ámbito de aplicación de la ley paraguaya”.<sup>40</sup> Ahora bien,

(...) el examen de la doble incriminación no puede basarse en una comparación del “*no-men iuris*” que reciben las distintas figuras en ambas legislaciones, ni tampoco en una comprobación de identidad de todos los elementos de las tipificaciones en uno y otro Estado; sino que debe orientarse a establecer si las conductas atribuidas al requerido serían punibles tanto en el país requirente como en el requerido.<sup>41</sup>

## 8. Sobre las acciones típicas

La legislación paraguaya se decanta por los siguientes verbos típicos: *convertir*, *ocultar*, *disimular* (la procedencia), *frustrar* o *peligrar* (el conocimiento de la procedencia o ubicación, el hallazgo, comiso, comiso especial o secuestro), *obtener*, *transferir*, *proporcionar*, *guardar* y *utilizar*.

Según el Informe de Evaluación Mutua sobre Paraguay publicado en septiembre de 2022,<sup>42</sup> de las pocas sentencias condenatorias por lavado de activos entre los años 2015 y 2021, la conducta *convertir* representa un 2% sobre el total de condenas, la conducta *ocul-*

*tar* el 27%, la conducta *disimular* el 46%, la conducta *frustrar* el 2%, la conducta *peligrar* el 8%, la conducta *obtener* el 4%, la conducta *guardar* el 6% y la conducta *utilizar* el 4%. No hay datos sobre las conductas *transferir* y *proporcionar*.

Si advertimos (como lo hiciéramos más arriba) que las conductas señaladas deben encaminarse a disfrazar fondos espurios para presentarlos como impolutos en la economía de superficie, todas las acciones típicas podrían reconducirse a una sola: *disimular* (la procedencia). Y las estadísticas presentadas reafirman esta tesis. La Corte Suprema de Justicia paraguaya realiza una interesante reflexión al respecto:

El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, en nuestra opinión, la utilización que hace el Convenio de Viena del término “encubrimiento” ha de entenderse como sinónimo de “ocultación”. Así lo han entendido algunos países, como por ejemplo Portugal, que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico, parece percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquella y en lugar de hacer referencia al “encubrimiento”, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico “disimular”. En la misma línea, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de Mérida sobre la Corrupción, aluden a la “disimulación” para evitar confundir el término “encubrimiento” con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos. Y también el Art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA. Este término es sinónimo de encubrimiento y alude al enmascaramiento, des-

<sup>40</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (tercera sala), Acuerdo y Sentencia 28, 28 de abril de 2022 (registro: PY/JUR/753/2022). <https://online.laley.com.py/PY/JUR/753/2022>

<sup>41</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Tercera Sala), Acuerdo y Sentencia 20, *op. cit.*

<sup>42</sup> GAFILAT, “Informe de Evaluación...”, *op. cit.*

figuración, etcétera en este caso, del origen delictivo de los bienes (...).<sup>43</sup>

No obstante, en Primera Instancia, encontramos un fallo que hace hincapié en la diferencia semántica entre *disimular* y *ocultar*, con base en la fungibilidad o no del bien maculado.

Al respecto de este último elemento típico, se puede observar que posee varios resultados y los que ha seleccionado en su acusación el Ministerio Público y fueron admitidos en los autos de apertura respectivos por el Juez Penal de Garantías, son los de “ocultara” o “disimulara”, debiendo entonces corroborarse dicho extremo.

El Ministerio Público, al disgregar los hechos atribuidos a cada acusado, ha dicho que los mismos ocultaron y disimularon el objeto proveniente de un hecho ilícito. Sin embargo, el Tribunal de Sentencia se separa de este criterio, en atención a que se ha probado que el objeto proveniente del hecho antijurídico (...) es dinero en efectivo y entiende que “ocultar” se diferencia de “disimular” con una clara interpretación literal de la norma, entendiendo como “ocultar” justamente hacer desaparecer el objeto, esconderlo o impedir que se lo encuentre, haciendo referencia más a cosas materiales no fungibles como serían obras de arte, muebles, automóviles, lingotes de oro, entre otros citados a modo de ejemplo y “disimular” es más aplicable a los bienes fungibles, siendo el caso que nos compete actualmente: dinero en efectivo.

Por “disimular” un dinero en efectivo que proviene de un hecho antijurídico se en-

tenderá recibir dicho dinero y con el mismo realizar conductas tales como compras de bienes lícitos, ingresarlo al sistema financiero, saldar deudas anteriores, inyectar capitales, entre otros citados a modo de ejemplo, pudiendo corroborar el Tribunal fehacientemente que toda la conducta de los acusados se subsume perfectamente a este accionar y no al otro.<sup>44</sup>

#### Veamos un ejemplo más de disimular:

Respecto al resultado típico, este se afirma en la alternativa: “disimular” el origen del bien producto del hecho antijurídico.

En este caso, disimular el origen del negocio por el cual eran depositados estos cheques, que el acusado para lograr el depósito en sus cuentas justificó que provenían del pago de alquileres. Esto es, afirmó a las instituciones bancarias que los depósitos realizados y los montos consignados en los cheques correspondían al pago de alquileres, cuando en realidad correspondían al pago de préstamos calificados por el Tribunal como usurarios y en consecuencia, eran precisamente el producto de la usura.

La defensa argumentó que el resultado típico “disimular” la procedencia del bien no se da, puesto que el dinero ya estaba en el sistema financiero y claro, es correcto, ya estaba en el sistema financiero en la cuenta de las víctimas; pero una vez que pasa a las cuentas de los acusados como producto del hecho antijurídico precedente de usura, entonces en términos *de lego* el dinero es “sucio”, porque lo que se deposita en las cuentas del acusado proviene justamente de las ga-

43 CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 15, *op. cit.*

44 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 469, *op. cit.*

nancias que este obtiene por los préstamos calificados como usurarios.<sup>45</sup>

Los tribunales paraguayos consideran al lavado de activos como un hecho punible *de resultado*. “El resultado típico, conforme a la segunda alternativa, consiste en disimular la procedencia del objeto.”<sup>46</sup>

El hecho punible de lavado de dinero (...) se trata de un hecho punible de resultado a través del cual, se introducen los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas, para que estos aparezcan como frutos de actividades lícitas y circulen sin inconveniente alguno en el sistema financiero.<sup>47</sup>

En nuestra opinión, la prescripción del ilícito precedente antes de que comiencen las maniobras de reconversión sobre sus dividendos descontamina el objeto blanqueable. Si se extingue la relevancia penal de una conducta como cuestión principal, debería extinguirse la relevancia penal de su producido material como cuestión accesoria. Un fallo de Primera Instancia se ocupó del asunto, concluyendo en sentido contrario:

45 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva N° 515, *op. cit.*

46 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva N° 135, 24 de abril de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-135-LAV-DE-DIN-RAUL-ANTONIO-FERNANDEZ-LI-PPMANN.pdf>

47 CSJ, Tribunal de Sentencia 308, del 21 de julio de 2023, <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-308-LAV-DE-DIN-WILFRIDO-BAREIRO-VARGAS-Y-OTROS.pdf>

Para incorporar al tipo objetivo del lavado de dinero el hecho precedente, no se requiere la punibilidad de este hecho. Se requiere solamente la antijuridicidad; es decir, establecer que el hecho es típico y que viola todo el orden jurídico independientemente de si hay o no sanción y a esto es a lo que se refiere toda la jurisprudencia, la doctrina y también la misma ley, cuando establecen que se considerará al lavado de dinero como un hecho punible autónomo. En conclusión, el Tribunal considera que incluso de haber estado prescripto el hecho punible de usura (...), de todas formas podía ser considerado como hecho precedente para el tipo legal de lavado de dinero.<sup>48</sup>

## 9. Sobre el tipo subjetivo

El lavado de dinero es un hecho punible doloso. Se trata de un *doble dolo* que debe abarcar: 1. El conocimiento sobre el origen ilícito de los activos y la proveniencia de algún hecho antijurídico subyacente concreto (basta con representarse los aspectos generales del precursor, su gravedad y no necesariamente la relación precisa o circunstanciada de acontecimientos ni la calificación precisa). 2. El conocimiento de las acciones típicas que se emprenden, de su significación y la voluntad de realizarlas.

Ambos factores deben converger en el ámbito subjetivo del lavador, como se reconoce en las siguientes resoluciones:

1. En cuanto a la tipicidad subjetiva, se sostiene finalmente que el acusado (...) ha

48 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 515, *op. cit.*

actuado con dolo de primer grado, pues conocía y quería la concurrencia de cada una de las circunstancias que realizan los elementos del tipo objetivo. Es decir, sabía que el verdadero origen del dinero recibido no era lícito (...). Además, sabía que su conducta permitía disfrazar el origen e hizo incurrir en este error a instituciones públicas y privadas, ya que de otra manera no sería posible ingresar el objeto al sistema bancario.<sup>49</sup>

2. Es aquí que, con relación a la acusada (...), se configura efectivamente que la misma trata de asegurar el producto de los actos ilícitos disimulando el origen de los bienes producto de un hecho punible. Asimismo, la acusada (...) conoce la procedencia de los bienes que surgen de la ejecución, de la comercialización de sustancias estupefacientes y efectivamente el Tribunal considera que la conducta de la misma (...) se perfecciona con la concurrencia del dolo de primer grado e indudablemente por el conocimiento pleno de la conducta a ejecutar y el deseo a efectivizar.<sup>50</sup>

Sin mencionarlo expresamente como tal, buena parte de los precedentes nacionales contemplan el elemento subjetivo especial que mencionábamos al conceptualizar el lavado de activos: el fin de ensombrecer la procedencia de los bienes a reciclar para presentarlos como immaculados e infiltrar-

los luego al mercado de capital permitido. Si bien se trataría de un elemento extra-típico, aparece sobrentendido e incluido en la misma denominación del tipo penal (*lavado*). Es decir, además de representarse el origen ilegítimo y de conocerse y quererse la disimulación (o las demás acciones típicas), debe conocerse y quererse la reinserción maquillada como móvil de aquella. Así:

1. De esta manera, el Tribunal tiene acreditado que la creación y el funcionamiento de ambas empresas estaban pre ordenados a brindar la apariencia de legitimidad al dinero que provenía de las operaciones de ilegales en las que las personas responsables de su constitución se hallaban involucradas (...). Se verifica asimismo el resultado cubierto por el tipo penal, debido a que por medio de los acusados ingresaron al sistema financiero legal grandes cantidades de dinero provenientes de sus operaciones antijurídicas (...). No se puede alegar que desconocían el origen del dinero y que la única manera de justificar el mismo era a través de la constitución de empresas para dar apariencia de legitimidad a dichos recursos económicos, por lo que operaron con un dolo directo de primer grado.<sup>51</sup>
2. En cuanto al tipo subjetivo, la prueba demuestra que el acusado (...) conocía con claridad los elementos y circunstancias del tipo objetivo: sabía de la procedencia del dinero, constituida por las actividades antijurídicas relacionadas al

<sup>49</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 294, 1 de setiembre de 2016. <https://www.pj.gov.py/descargas/2016-SD-N-294-2016-FELIPE-RAMON-DUARTE.pdf>

<sup>50</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 382, *op. cit.*

<sup>51</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 379, 11 de noviembre de 2020. <https://www.pj.gov.py/descargas/2020-SD-N-379-2020-HUGO-ENRIQUE-FANEGO-DUARTE.pdf>

tráfico de drogas y que la única manera de justificar dicho dinero era a través de la constitución de empresas para dar apariencia de legitimidad a dichos recursos económicos, por lo que operó con un dolo directo de primer grado.<sup>52</sup>

3. En lo que respecta al tipo subjetivo, se demostró que la conducta de la acusada (...) consistió en el montaje de empresas de comercio, a través de las cuales se operaba con dinero proveniente del narcotráfico y en consecuencia, fuera de todo margen de duda, fue un comportamiento eminentemente doloso, pues tenía el pleno conocimiento de su conducta ilícita y anheló el resultado, cual es el ingreso del dinero que le devengó el tráfico de drogas al sistema financiero lícito. Es decir, no solo conocía, sino que también anhelaba el resultado del blanqueamiento de activos y el consecuente beneficio patrimonial indebido.<sup>53</sup>

La propia Corte Suprema de Justicia paraguaya dice:

De esta manera gráfica y simple se concluye que la determinación finalista o causal de cometer un delito, sobre todo en los tipos de delito señalados en esta causa, necesita indefectiblemente la determinación del agente a un fin querido; precisamente, la ocultación de capital ilegítimo o la obtención de este capital ilegítimo; este es el fin deseado (...).<sup>54</sup>

En otro precedente: “Dichos fondos son provenientes de actividades ilegales y el obje-

tivo de la misma es darle a ese dinero ilegal, la apariencia de que proviene del flujo lógico de alguna actividad legalmente constituida”.<sup>55</sup>

La existencia de este elemento subjetivo especial o adicional nos lleva a concluir que si bien *el primer dolo* (sobre la proveniencia) o *la primera parte del dolo* puede perfeccionarse en forma de dolo eventual (suponer la mera posibilidad de procedencia ilegítima y aceptarla de todas formas), *el segundo dolo* (sobre las acciones típicas) o *la segunda parte del dolo* solo acepta el modo directo ya que se identifica con el camuflaje consciente, orientado a la reintegración deliberada.

No encontramos precedentes nacionales sobre el lavado de activos culposo, tipificado en el artículo 196, inciso 5° del Código Penal paraguayo, cuando se desconozca por *negligencia grave* la génesis espuria del objeto blanqueable (a pesar de que la legislación sancionatoria paraguaya no establece categorías o modalidades de culpa ni sus graduaciones). La norma no admite la forma culposa para las técnicas de reconversión que siempre deben ser dolosas (y con dolo directo como tenemos visto).

## 10. Sobre el autolavado

La jurisprudencia paraguaya admite el castigo del autolavado. “Un objeto proviene del hecho antijurídico cuando se obtiene mediante la intervención de alguien, el propio autor o un tercero, que comete un hecho típico y antijurídico”.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, S.D. N° 382, *op. cit.*

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204, *op. cit.*

<sup>55</sup> CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 486, *op. cit.*

<sup>56</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 294, *op. cit.*

Se denominan *autolavado* las conductas de legitimación ejecutadas por un sujeto que participó de la conducta anterior generadora de los bienes que se reciclan. Un fallo de Primera Instancia desarrolla el tema con particular detenimiento:

El así denominado “autolavado” se corresponde con la descripción de la violación de la norma de conducta prescripta y en consecuencia, de darse todos los presupuestos de punibilidad, es punible.

Entonces, con relación al así denominado “autolavado”, la doctrina y no solo la doctrina, sino la jurisprudencia en muchos países considera que no debería ser punible la persona que realiza las conductas descritas en el artículo 196 de lavado de dinero, cuando los bienes que se pretenden ocultar o disimular su procedencia provengan de hechos antijurídicos cometidos por ella misma.

Vale decir, cuando se trate de bienes que provengan de hechos antijurídicos realizados por el mismo autor, no debería este ser castigado por el tipo legal del lavado de dinero, porque la conducta de ocultar, disimular el origen o frustrar el comiso, etcétera, ya formaría parte del injusto contenido en el hecho precedente.

Entonces se invoca el principio de consunción para establecer un concurso aparente de hechos punibles y desplazar el lavado de dinero, quedando solo la punibilidad del hecho precedente realizado por el autor (...). Sin embargo (...), el Tribunal considera que no existe un impedimento legal para castigar como autor de lavado de dinero al autor del hecho antijurídico precedente (...). Al respecto, una interpretación gramatical da cuenta que esto no está expresamente establecido a diferencia, por ejemplo, del tipo legal de obstrucción al resarcimiento de bienes en donde dice expresamente el texto legal: será castigado el que ayudará a otro.

En consecuencia, si el tipo legal del artículo 196 CP hubiera establecido expresamente un objeto proveniente de un hecho antijurídico de otro, si habría una limitación para la punición; sin embargo, al no estar esto descrito, sostenemos que tal limitación no se da.

Respecto a la jurisprudencia nacional sobre este tema, es de notar que desde el año 2015 al año 2020 se han registrado 45 causas de lavado de dinero cuyas condenas han sido ratificadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de estas 45 causas, 44 son de autolavado; así es que hay jurisprudencia de los tribunales y de la máxima instancia judicial, según la cual se castiga el autolavado. Son 44 sentencias en este periodo de tiempo.

En cuanto a la interpretación de la modificación del artículo 196 C.P., que ahora lleva el acápite: “lavado de activos”, podemos hacer una interpretación histórica porque formamos parte de la comisión que se ha formado para la reforma del Código Penal y hemos participado en la formulación del así llamado: “paquete de leyes” que fueron introducidas o modificadas con miras a la evaluación del gafilat y en lo que respecta a la modificación del tipo legal de lavado de activos, hemos propuesto la limitación de la punición del autolavado en relación exclusivamente al hecho precedente de evasión de impuestos. Entonces, históricamente y conforme la voluntad del legislador porque esto fue discutido, es punible el autolavado con relación a todos los hechos precedentes que conforman el catálogo del artículo 196 CP y que no se refieran a la evasión de impuestos como hecho precedente.<sup>57</sup>

57 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 515, *op. cit.*

Aunque exceda los límites descriptivos de este trabajo, el sentido de honestidad intelectual me obliga a aclarar ciertas cuestiones con respecto al voto trascrito. Es cierto que la gran mayoría de las condenas por lavado de activos en Paraguay son condenas por autolavado. Pero también es cierto que fuera del caso aludido y de alguno que otro aislado, las defensas no plantearon la atipicidad de dicha figura. Además, ni el Tribunal de Apelaciones ni la Corte Suprema de Justicia, aun analizaron a propuesta de alguna parte recurrente, los argumentos a favor y en contra del auto-blanqueo como tal. Por otra parte, en cuanto a la interpretación *auténtica* que desliza la jueza ponente como anteproyectista, se olvida que “(...) la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor y que una vez dictada, se independiza del legislador, adquiere autonomía y pasa a vivir su propia vida”.<sup>58</sup> Respecto a la interpretación gramatical también ensayada, el artículo 196, inciso 2.2 del Código Penal paraguayo, este castiga a quien guarde o utilice (con vocación de reinserción) algún valor proveniente de un hecho antijurídico antecedente, “habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención”. Va de suyo que esta frase se refiere a ilícitos de terceros, ya que constituiría un pleonismo referirse al (obvio) conocimiento del origen en los ilícitos propios.

A falta de una disposición que establezca lo contrario en el ordenamiento jurídico paraguayo, consideramos que el autor o partícipe del injusto generador de beneficios no puede ser sancionado a su vez por las even-

tuales acciones orientadas a legitimarlos. El silencio legal no puede sustentar una interpretación extensiva desfavorable al destinatario de la norma. De hecho y en relación con varias aristas del blanqueo, “(...) sin una imprescindible aplicación restrictiva, debería cuestionarse su constitucionalidad”.<sup>59</sup> Nos encontramos ante un “(...) silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles (...)”<sup>60</sup> que, en el particular, debe decantarse con remisión al principio de mínima intervención.

El lavado de dinero es siempre “heterolavado”. Nunca autolavado. Son varios los fundamentos que sustentan esta posición. Entre los principales:

1. Todo hecho punible tiene (en principio) cuatro fases: ideación, ejecución, consumación y agotamiento. Los temperamentos que adopta el autor o partícipe para asegurar, movilizar o aprovechar el beneficio patrimonial obtenido en la fase de consumación, se encuadran en la fase de agotamiento del mismo ilícito y no pueden castigarse de manera independiente.
2. Dicho de otro modo, los subterfugios que utiliza el autor o partícipe de un hecho punible para disfrutar de su produ-

<sup>58</sup> Leonardo Uribe Correa, “Introducción al Derecho. Notas de clase. IV parte”, *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 66, Universidad Pontificia Bolivariana, 1984, pág. 146.

<sup>59</sup> Ángela Matallín Evangelio, “Blanqueo de capitales y principios penales”, *Teoría & Derecho*, núm. 24, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 275.

<sup>60</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre el argumento ‘a contrario’ en la aplicación del Derecho”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pág. 92.

- cido económico o disimularlo quedan absorbidos por aquel deviniendo impunes como “actos posteriores copenados”. Son actos posteriores copenados aquellos que, a pesar de subsumirse gramaticalmente a determinado tipo penal, quedan impunes para el mismo porque se perpetran en función de otro que absorbe su cuota de disvalor.
3. Como el aseguramiento, movilización o aprovechamiento del producido económico constituyen las finalidades inmanentes a cualquier ilícito con vocación patrimonial (nadie delinque haciendo votos de pobreza), forma parte de su entelequia y se castiga desde aquel. Sancionarlo separadamente violentaría el principio *non bis in idem* (art. 17 inc. 4) de la Constitución Nacional paraguaya).
  4. En el marco penal de todo hecho punible que genere algún beneficio pecuniario ya está presupuestado que el participante lucrará con aquel, lo guardará, movilizará o se valdrá del mismo. Una pena superpuesta resulta desproporcionada y no hace sino elevar artificialmente los límites de la anterior. Con mayor razón si consideramos que tanto una como otra pueden presentar agravantes.
  5. No existe, por ende, un concurso real, sino un simple concurso aparente de leyes penales por consunción (los actos de aseguramiento, movilización o aprovechamiento son consumidos por los actos anteriores de producción). No importa que la pena del hecho punible consumido pueda ser mayor a la del consumidor. Lo que importa es que este último ya contenga el disvalor delictual que implica la ejecución de aquel. Esto último no precisamente se traduce en el marco penal.
  6. A nadie escapa que quien obtiene una ganancia derivada de algún injusto penal, lo hace para utilizarla de una u otra manera o, cuanto menos, para guardarla o movilizarla procurando evitar la detección de su origen; inhibir esta tendencia natural implica desconocer la inexigibilidad de otra conducta.
  7. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas o Convención de Viena (Ley 16/90) no hace referencia al autoblanqueo, mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (Ley 2298/03) supedita la figura a los principios jurídicos fundamentales de los países signatarios (artículo 6, inciso 2.e). Vale decir, no es una exigencia de *hard law*. Pero tampoco de *soft law*. Dice la Recomendación 3 del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC): “Los países pueden disponer que el delito de lavado de activos no se aplica a las personas que cometieron el delito determinante, cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus leyes internas”.<sup>61</sup>
  8. La disimulación es una conducta refleja del autoencubrimiento, que goza de protección constitucional a fuerza del principio *nemo tenetur seipsum accusare* (art. 18 de la Constitución Nacional paraguaya). El que pone a salvo las utilidades que consiguió ilícitamente se pone a salvo a sí mismo.

61 GAFIC, “Recomendación 3. Delito de lavado de activos”, Grupo de Acción Financiera del Caribe. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>

9. La obstrucción a la restitución de bienes como configuración típica no castiga “al que sea punible por su participación en el hecho anterior” (art. 194, inciso 3° del Código Penal paraguayo). Esta previsión es igualmente aplicable a la reducción (art. 195 del Código Penal paraguayo), ya que se debe “recibir” (obviamente de otro) “la posesión de una cosa obtenida mediante un hecho antijurídico contra el patrimonio ajeno.” Por analogía *in bonam* partem entonces, también debería extenderse al lavado de dinero. Y es que los tres tipos penales presentan coincidencias estructurales y se encuentran sistematizados bajo el mismo Capítulo IV” (Hechos Punibles contra la Restitución de Bienes”), título II, libro segundo del Código Penal paraguayo.
10. Antes de reformarse por la Ley para Mejorar la Legislación Penal Contra el Blanqueo de Capitales” (GwStrRVG) de 2021, el § 261 (9) 2 del Strafgesetzbuch (código penal de Alemania) excluía, sin salvedades, la punibilidad por lavado de dinero para “quien sea penalmente responsable por su participación en el delito determinante”.<sup>62</sup>

Dicho lo anterior, el Código Penal alemán sirvió de modelo (casi calcado) para el Código Penal paraguayo.

Finalmente, es cierto que el artículo 196, inciso 11° del Código Penal paraguayo, agregado por la Ley 6452/19, excluye la punibilidad

de quien “(...) oculte el objeto proveniente del hecho antijurídico previsto en el Art. 261 del Código Penal (...)” (evasión de impuestos), cuando “(...) sea autor de ese hecho (...)”. Sin embargo, entendemos que este apartado constituye un recurso lingüístico-normativo para reforzar o acentuar la exclusión de la pena por blanqueo para el autor de la propia evasión impositiva, que de ningún modo permite (por oposición o *contrario sensu*, pudiera pensarse) el castigo del autolavado para cualquier participante de algún otro hecho antijurídico subyacente, sea cual fuese el verbo típico que ejecute. Nótese que el inciso no contiene excluyentes como *solamente* o únicamente que circunscriban al tipo penal recogido en el artículo 261 del Código Penal paraguayo, la improcedencia del autolavado. Además, el argumento *en contrario* solo es residual a la debida interpretación de la norma.

Así pues, el argumento “a contrario” no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento “a contrario” (...). El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje.<sup>63</sup>

En una posición ecléctica, se encuentra la siguiente resolución, de la cual se desprende que no se castigaría el autolavado de simple consumo, sin finalidad legitimadora con fines de colocación:

62 Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche (Ley para mejorar la legislación penal contra el blanqueo de capitales), artículo 5. <https://www.buzer.de/gesetz/14509/a268322.htm>

63 Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, pág. 111.

El Tribunal sostiene que no se trata de un simple autolavado en el sentido de haber gastado el dinero proveniente del hecho antijurídico realizado por el autor (...). Aquí hay una maniobra por la cual se declara falsamente al Banco para lograr precisamente meter al sistema financiero el producto del hecho antijurídico para poder cobrar los cheques; es decir, se corta la cadena causal realizando una nueva manifestación falsa para poder lograr el ingreso al sistema financiero de un bien que a su vez proviene de un hecho antijurídico y por lo tanto, se da la alternativa de “disimular” el origen del bien (...).<sup>64</sup>

Este razonamiento se acerca más a la actual redacción del § 261 (7) del StGB: “Quien sea penalmente responsable de la participación en el delito determinante, solo será castigado (...) si comercializa el artículo y oculta así su origen ilegal”.<sup>65</sup> “Sin embargo, el mero uso (...) sin eludir las medidas de protección, como el uso de efectivo para transacciones cotidianas, no debe ir más allá de la naturaleza ilícita del delito determinante y por lo tanto, no es suficiente”.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 462, del 30 de octubre de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-462-GABRIEL-GAONA-AQUINO.pdf>

<sup>65</sup> Código Penal Alemán, Federal Ministry of Justice, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html)

<sup>66</sup> Parlamento Federal Alemán (Ludewig–Presidente/Holtschneider–Relator), “Proyecto de Ley para mejorar la aplicación de la ley penal contra el blanqueo de capitales” (traducción libre), 2020. <https://dserver.bundestag.de/btd/19/241/1924180.pdf>

## 11. Sobre el lavado de dinero proveniente del narcotráfico

La ley 1340/88 “Que Modifica, Adiciona y Actualiza la Ley N° 357/72: Que Reprime el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Drogas Peligrosas y Otros Delitos Afines y Establece Medidas de Prevención y Recuperación de Farmacodependientes tipifica en su artículo 44 una figura que se superpone al lavado de activos “genérico”, a fuerza de los verbos típicos *comerciar* con el, *intervenir* en el o *beneficiarse* del producido que genere el tráfico de estupefacientes:

El que a sabiendas comercie, intervenga de alguna manera o se beneficie económicamente, por sí o por interpósita persona, del producto de la comercialización ilícita de las sustancias o materias primas a que se refiere esta ley, será castigado con penitenciaría de cinco a quince años.<sup>67</sup>

La Corte Suprema de Justicia paraguaya interpreta que el artículo 196 del Código Penal paraguayo no derogó al artículo 44 de la ley 1340/88 (cuyo marco penal o rango de

<sup>67</sup> Ley 1340/88 “Que Modifica, Adiciona y Actualiza la Ley N° 357/72: Que Reprime el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Drogas Peligrosas y Otros Delitos Afines y Establece Medidas de Prevención y Recuperación de Farmacodependientes, art. 44, Biblioteca y Archivo del Congreso de la Nación (BACN). <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/2562/ley-n-1340--modifica-adiciona-y-actualiza-la-ley-n-35772que-reprime-el-trafico-ilicito-de-estupefacientes-y-drogas-peligrosas-y-otros-delitos-afines-y-establece-medidas-de-prevencion-y-recuperacion-de-farmacodependientes>

sanción es mayor) y que, por criterio de especialidad, la aplicabilidad de este último es preferible a la del primero.

Las antinomias son defectos lógicos del sistema normativo, en cuyo caso, existen varios criterios para resolver los problemas de contradicción normativa, los cuales son: “ley superior”, “ley posterior” y “ley especial” (...). La “ley especial” es enunciada como: “la ley posterior general no deroga la ley anterior especial”. Este principio protege la vigencia de la ley especial aunque la ley general posterior sea contraria a la misma.

En consecuencia, este principio establece la prevalencia de la ley especial sobre la general en caso de contradicción entre ambas, aunque la ley general sea posterior. En el caso traído a estudio, de la lectura de las normas alegadas por el excepcionante, no surge que el legislador, al momento de la redacción de las mismas, haya considerado la posibilidad de derogar (ni implícita ni explícitamente) lo establecido en los artículos 42 y 44 de la Ley 1340/88. Luego de un análisis literal de las normas contenidas en los arts. 196 y 239 del CP y sus modificatorias, se colige que en ellas no se encuentra ninguna palabra, término o frase que nos conduzca a sostener la idea de que las mismas pretendan dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 42 y 44 de la Ley N° 1.340/88 respectivamente; por lo que no podemos decir que nos encontramos ante una derogación de naturaleza implícita. Las conductas punibles descritas en los arts. 42 y 44 de la Ley 1340/88 no hacen mención a ninguna circunstancia o descripción que pueda ser contraria a lo dispuesto en los Arts. 196 y 239 del Código Penal, por lo que estos no pueden tener un efecto derogatorio con relación a las normativas atacadas de inconstitucionales.

Las prescripciones del Art. 42 de la Ley 1340/88 describen con claridad una conducta punible que se configura en los casos de asociación a los efectos de la perpetración de hechos punibles previstos en la ley especial. Misma situación ocurre en relación al art. 44 de la Ley 1340/88, que describe una conducta penalmente sancionable en lo que respecta a los casos de lavado de dinero a los efectos de la perpetración de hechos punibles previstos en la Ley 1340/88, descripciones que no presentan ningún tipo de contradicción con la realizada por el legislador en los arts. 196 y 239 del C.P. y sus modificatorias y por tanto, estas últimas normas (ley general) no son derogatorias de las primeras (ley especial); por lo que no puede hablarse de que aquellas tengan la virtualidad de derogar estas últimas.

Una norma especial contiene elementos típicos de una norma general y además contiene otros elementos especializantes. En el caso traído a estudio, la norma especial contiene un elemento propio que describe un tipo penal que también se halla descrito en la norma general, pero con un elemento especializante, que se trata de la asociación criminal y del lavado de dinero que resulta del tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, que conforme al criterio de especialidad que se aplica en el caso en cuestión, existiendo una norma de carácter general (Código Penal) y otra de carácter especial (Ley N° 1340/88), debe prevalecer esta última.<sup>68</sup>

En otra resolución:

68 CSJ-Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 326, 26 de mayo de 2023. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

En segundo lugar, respecto a los agravios expuestos por el excepcionante acerca de la vigencia de la Ley N° 1.340/88, debo advertir mi postura ya sostenida en varios fallos anteriores acerca de la vigencia de la Ley N° 1.340/88 y sus modificaciones por tratarse de una ley especial, que si bien contiene elementos típicos de una norma general, la misma también contiene otros elementos especializantes, por lo que mal podría estimarse que la ley especial haya corrido la misma suerte del Código Penal de 1.914 derogado, que es una norma de carácter general.<sup>69</sup>

No coincido con el criterio jurisdiccional transcrito. Si bien la Ley 1340/88, y en especial, todos los elementos objetivos y subjetivos de su artículo 44 (incluso los especializantes, al incluirse el tráfico de drogas y conexos en el catálogo de ilícitos precedentes) se encuentran reformulados en el art. 196 del Código Penal paraguayo, por tal motivo, aun comprendido en una ley general, deroga a la especial en la materia específica. De hecho, el artículo 323, inciso 2° del Código Penal paraguayo deroga “(...) las demás disposiciones legales contrarias a este Código (...)”. Sin distinguir que se encuentren en leyes generales o especiales. Y donde la ley no distingue, tampoco debemos hacerlo (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

## 12. Sobre las cuestiones probatorias

La Corte Suprema de Justicia del Paraguay tiene bien claro que el lavado de dinero es un

hecho punible cuya comisión no puede simplemente presumirse, ni aun a falta de una explicación alternativa sobre la existencia de los bienes en cuestión. El nexo de los objetos con un hecho antijurídico subyacente concreto del cual provienen y las acciones típicas deben probarse más allá de toda duda razonable. Y la carga de la prueba inculpatória incumbe al Ministerio Público. No es el sindicado quien debe probar la legalidad de los valores, sino la Fiscalía, su ilicitud.

Con respecto a este párrafo, argumentativo de la condena, inconcebiblemente se invierte la carga de la prueba, pretendiendo que la defensa demuestre los “medios lícitos” de una inversión financiera, cuando la misma Constitución Nacional garantiza la presunción de inocencia, que traducida a métodos procesales, define que es el Ministerio Público el que debe determinar que no existe duda sobre la ilicitud de la inversión.

Además, el Estado de derecho que reina en nuestro país garantiza el libre comercio y la inversión privada, dentro de los límites de la misma legislación; por lo tanto, con mayor responsabilidad el Ministerio Público es el que debería demostrar la ilicitud de la inversión realizada. (...)

Además, en el contexto de la sentencia se arguye que el acusado (...) no “demostró” la procedencia del dinero que manejaba. Pero es importante recalcar la necesidad de dotar de legalidad el proceso y recordar nuevamente que el acusado (...) estaba ejerciendo su defensa al prestar declaración indagatoria. Ni tan siquiera está obligado a declarar en su contra, sino que simplemente puede abstenerse de hacerlo y lo que diga no puede ser utilizado en su contra, salvo prueba que lo apoye. Que no haya explicación detalladamente el destino del dinero, no puede bajo ningún punto de vista, dentro de

<sup>69</sup> CSJ-Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 533, 18 de octubre de 2023. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

un Estado de derecho, constituir prueba en su contra de un hecho tan grave y complejo como es el lavado de dinero (...). Esto sería no solo un retroceso al sistema inquisitivo, sino el desconocimiento total de los derechos procesales de las personas sometidas a juicio (...).

Si bien es cierto que ante la sospecha de la comisión de hechos punibles corresponde realizar una investigación exhaustiva con respecto al entorno del supuesto autor, sobre todo en este tipo de delitos, no es menos cierto que se necesita un estado de certeza absoluta para llegar a una sanción punitiva (...).

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado postura relevante con respecto a la necesidad de certeza en la culpabilidad de las personas sometidas a un proceso penal, para que la sentencia recaída devenga justa. La ausencia de la misma viola expresamente el principio de inocencia que conforma uno de los pilares constitutivos del nuevo proceso penal.<sup>70</sup>

En apoyo de la ponderación anterior, desde la doctrina se indica que:

(...) no debe (...) considerarse a esta ausencia de explicaciones razonables del imputado como un único indicio que soporte una acusación por lavado de activos o motive una eventual condena (...). Las explicaciones que el imputado ofrezca sobre el origen de los bienes que se caractericen por su debilidad o inverosimilitud no deben ser empleadas ni como un criterio de relajación probatoria para la acusación, ni como un mecanismo de reducción del estándar de prueba incluso

para un procesamiento por delitos no convencionales como el lavado de activos.<sup>71</sup>

Entonces, a efectos del lavado de activos, no puede invertirse la carga probatoria pretendiendo que el sospechado demuestre el origen lícito de su peculio. Esta enunciación es relativizada por los órganos jurisdiccionales paraguayos en las condenas (de dudosa constitucionalidad) por enriquecimiento ilícito en la función pública.

Por lo tanto, en el sistema de justicia penal del Paraguay se considera una actuación estatal que atenta contra el derecho a la presunción de inocencia que se le exija a un ciudadano acusado por lavado de dinero que justifique su patrimonio. Sin embargo, no se entiende vulnerado dicho derecho si tal exigencia se materializa en un proceso penal por enriquecimiento ilícito. De acuerdo a todo lo expuesto en este apartado, se concluye que el tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto y penado en la Ley 2523/04 vulnera de forma grave el derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el art. 17.1 de la Constitución Nacional paraguaya.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204 (bis), *op. cit.*

<sup>71</sup> Fidel Nicolás Mendoza LLamacponcca, “El delito fuente en el lavado de activos”, en *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico, empresa y compliance*, dir. José Hurtado Pozo, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2016, pág. 344.

<sup>72</sup> Pablo Andrés Rojas Pichler, *Tratamiento jurídico penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública. El delito de enriquecimiento ilícito en la legislación paraguaya y su problemática dogmática constitucional* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, Salamanca-España, 2013, pág. 468.

Lo cierto es que, tratándose del sector privado, el lavado de dinero no puede investigarse ni condenarse como si fuera un “enriquecimiento ilícito de particulares” paralelo al enriquecimiento ilícito en el sector público.

El Tribunal se apartó de la pericia realizada por el Ministerio Público (...) que básicamente consistió en tomar los extractos bancarios (...) y establecer una suma de dinero que consideró de origen ilícito porque presumió que no estaba justificada (...). El Tribunal no siguió y no puede seguir esta hipótesis porque se corresponde en primer lugar a una investigación patrimonial requerida para el tipo legal de enriquecimiento ilícito de funcionarios, lo que en el caso de referencia, no se da de manera alguna porque el acusado no es funcionario y además, no responde a los presupuestos de tipicidad exigidos por el tipo penal de lavado de dinero.<sup>73</sup>

Se equivocaba entonces un Tribunal de Primera Instancia cuando decía:

Con respecto al hecho punible (...) de lavado de dinero, el Tribunal sostiene que el acusado (...) no se dedicaba a ninguna actividad lícita que le generara ingresos, así que el mismo no tiene antecedentes laborales públicos ni privados (...). Además (...), que el mismo tiene un saldo (...) cuyo monto no corresponde a los ingresos declarados y que no pudo ser justificado por el acusado, configurándose de esta manera el hecho punible de lavado de dinero.<sup>74</sup>

La Máxima Instancia jurisdiccional reconoce la utilidad de la prueba indiciaria para acreditar el lavado de activos (sobre todo la condición espuria de los bienes y el conocimiento de aquella por el sindicado), siempre y cuando los indicios revistan los estándares necesarios para diluir el estado de inocencia.

Para probar el delito de lavado de activos, entre otros varios medios, se recurrió a la prueba indiciaria (...). Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa: (a) Una pluralidad de confirmaciones (...). (b) Que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas. Una sola prueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis basada en indicios (...). (c) Tienen que resultar desvirtuadas todas las hipótesis alternativas. Esto, configurado a partir del principio constitucional de inocencia. En cuanto respecta a la construcción del Tribunal de Mérito (...), se ha sostenido con acierto que el Tribunal nunca tiene la observación directa del hecho sobre el que debe juzgar y resulta de esta razón, que su labor consiste en inferir la existencia o inexistencia del hecho mediante la valoración y el análisis de los elementos probatorios (reconstrucción histórica). Por ello es que con propiedad podemos señalar que la cimentación de la premisa fáctica, para lograr la construcción del silogismo jurídico, solo puede ser representada como inferencia inductiva (...). Para acreditar la existencia del delito previo y del conocimiento del origen por parte del lavador se recurre a la prueba indiciaria (...). Los indicios más determinantes han de consistir: 1. En el incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. 2. Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el

73 CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva N° 276, 17 de setiembre de 2015. <https://www.pj.gov.py/descargas/2015-SD-276-2015-TOMAS-ROJAS-CANETE.pdf>

74 CSJ, Tribunal de Sentencia, 515, *op. cit.*

incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias. 3. Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas o habrá que añadir, con otras actividades delictivas.<sup>75</sup>

Es decir, la existencia de un solo indicio como, por ejemplo, la diferencia entre lo que se tiene y lo que se gana en el sector privado, es insuficiente para reputar maculado o sucio el residuo.

Estos extremos señalados por el *Ad Quem* como justificativos del dinero mal habido, la simple e incompleta comparación entre ingresos y egresos (...), no podría ser base de prueba del ilícito (...).

(...) Es jurídicamente incorrecto determinar que el ingreso, al ser irregular dentro de parámetros incompletos, sea ilegal y además con esto, pretender determinar una conducta delictiva. (...)

(...) Esa simple discordancia entre lo señalado como ingreso monetario justificado y lo que egresaba mensualmente (...), no solo demuestra la ineficacia de las pruebas aportadas por el Ministerio Público, sino también la permisividad del sistema tributario que no refleja la realidad patrimonial de las personas. No existe, al menos al momento de la investigación, posibilidad de control efectivo de los ingresos y egresos de una persona en el sistema, lo que genera huecos en la investigación, que no deja otra alternativa que la duda razonable sobre la existencia de ilicitud en los orígenes del patrimonio analizado.<sup>76</sup>

A propósito de la tributación, no pagar impuestos en forma acorde con el patrimonio que se ostenta constituye un indicio importante de lavado de dinero. Pero siendo único, deviene insuficiente.

Si bien la falta de declaración de ingresos a la Sub Secretaría de Estado de Tributación es un elemento propio del tipo legal de evasión de impuestos y no técnicamente del lavado de dinero, no es menos cierto que tal situación deviene determinante para afianzar el origen ilícito de las ganancias ocultadas o disimuladas por el acusado en sendas transacciones (...). La convicción de la calidad de autor en la persona del acusado (...) se basa precisamente, a más de los bienes y el dinero no declarados (...), en las vinculaciones de este con su hijo (...) asociado con el tráfico de estupefacientes.<sup>77</sup>

La prueba indiciaria debe alcanzar la misma fuerza de convicción que las pruebas directas, de modo que, si la misma no involucra indicios plurales, concordantes, inequívocos y no desvirtuados por otros elementos probatorios, será insuficiente para fundar una condena por lavado de dinero. Así se ha dicho:

¿La única evidencia que se tiene contra este procesado es de carácter circunstancial? ¿El hecho de ser hijo del acusado ya lo convierte en autor de lavado de dinero? Entendemos del análisis particular y general de las pruebas que con relación al encausado, no existen méritos para señalarlo como autor del hecho punible antes mencionado (...). La ausencia del elemento subjetivo sobrepasa por dos motivos a) el nivel de vida que sostenían

75 CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 15, *op. cit.*

76 CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204 (bis), *op. cit.*

77 CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 486, *op. cit.*

a través del padre; b) la cercanía con este, el afecto y la consideración hacia el mismo nos lleva a la presunción de que, por su edad, no estaban en conocimiento acabado de que su progenitor estaba ocultando bienes.<sup>78</sup>

### 13. Sobre las consecuencias jurídicas del lavado de dinero

En cuanto a las penas, señala el Informe de Evaluación Mutua sobre Paraguay publicado en septiembre de 2022:

En las sentencias condenatorias por el delito de LA (...), el tiempo de la pena ha ascendido a un promedio de 3 años, lo que significa que dichas penas no se pueden considerar disuasivas ni proporcionales. Si a estas sentencias se integran las sentencias condenatorias por delitos precedentes en concurso con el delito de lavado de activos, dicho promedio sube a un monto de 15 años de pena privativa de libertad (...).<sup>79</sup>

Los indicadores expuestos demuestran que en Paraguay todavía sigue siendo mayor la pena *por tirar la piedra que por esconder la mano*. No escapa a una lógica de proporcionalidad que los ilícitos productores de lucros indebidos sean sancionados más severamente que el aseguramiento, movilización o aprovechamiento de los mismos.

Sobre el comiso, refiere el citado Informe de Evaluación Mutua:

(...) el equipo evaluador pudo constatar que el comiso del producto del delito, los instrumentos y bienes de valor equivalente se persigue como un objetivo de Estado, lo cual se evidencia por aspectos como: i) el marco jurídico e institucional sólido (...); ii) su importancia como una de las prioridades establecidas en el plan estratégico del Estado paraguayo (...); iii) los resultados de comisos en casos concretos y iv) la administración de bienes incautados con miras al comiso por parte de la Secretaría Nacional de Administración de Bienes Incautados y Comisados (...).<sup>80</sup>

Todas las formas de comiso que admite la legislación paraguaya aplican al lavado de activos (directo, especial o privación de beneficios y ganancias, especial del valor sustitutivo, especial extensivo, por orden posterior y por orden autónoma).

La ley faculta a decomisar los objetos producidos y los objetos con los cuales este se realizó o preparó (art. 86 del CP), que se reitera en (...) la Ley 1015/97 que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes (arts. 5 y 6 y sus modificaciones) (...). El art. 90 del CP pone solo como límites para el comiso especial, que perjudique la satisfacción del derecho de la víctima al resarcimiento o que al tiempo de la decisión, las cosas o los derechos pertenezcan a un tercero que no es del autor, por lo que la prescripción no es un obstáculo para ordenar el comiso especial.<sup>81</sup>

78 CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia N° 126, 24 de febrero de 2021. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

79 GAFILAT, *op. cit.*, págs. 78-79.

80 GAFILAT, *op. cit.*, pág. 80.

81 Tribunal de Apelaciones en lo Penal –Cuarta Sala, Acuerdo y Sentencia N° 60, *op. cit.*

La limitación al comiso especial de ganancias en poder de terceros no aplica cuando “(...) las personas que adquirieron los bienes no eran terceros de buena fe sino personas directamente beneficiadas por el autor del hecho punible.”<sup>82</sup>

Por lo demás:

(...) el Juez podrá decretar, de oficio o a pedido de parte, al inicio o en cualquier estado del proceso, el embargo preventivo, el secuestro de bienes o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar los bienes, objetos o instrumentos relacionados con el delito.<sup>83</sup>

Como el régimen de medidas cautelares aplicables al blanqueo surge del artículo 36 de la ley 1015/97, derogada en cuanto a la tipificación del lavado de activos por el Código Penal paraguayo, pero no en sus demás aspectos, se ha dicho:

El Juez para disponer sobre la medida dictada, se ha amparado en lo que manda la ley invocada, que tiene como fin prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la realización de los actos destinados a la legitimación del dinero o de bienes que procedan, directa o indirectamente, de las actividades delictivas contempladas en esta ley, actos caracterizados en adelante como delitos de lavado de dinero o de bienes (...).

Al inmiscuirnos en el ámbito de las derogaciones (...), la derogación de la ley puede ser total o parcial y a su vez expresa o tácita. Por tanto, se pueden dar los siguientes escenarios: 1) derogación expresa parcial; 2) derogación expresa total; 3) derogación tácita total; 4) derogación tácita parcial. Ahora bien, al contrastar las normativas en conflicto, no se avista la derogación alegada por el recurrente (total), si no lo que se da es una derogación tácita parcial, debido a que al entrar en vigencia el Código Penal trajo como consecuencia la modificación del tipo legal y la sanción penal del hecho punible de lavado de dinero, no así sobre las medidas cautelares a ser aplicadas. Por tanto, la aplicación del art. 36 de la Ley 1015/97 no fue derogada y se encuentra en plena vigencia.<sup>84</sup>

#### 14. Referencias

- ABEL SOUTO, Miguel, LORENZO SALGADO, José Manuel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coord.), “El lavado de dinero en las legislaciones paraguaya, brasileña y estadounidense”, en *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- ABEL SOUTO, Miguel, “*Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español* (tesis doctoral), USC, Santiago de Compostela, 2001.
- ADRIASOLA, Gabriel, “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del la-

<sup>82</sup> CSJ–Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 639, 15 de setiembre de 2022. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

<sup>83</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (cuarta sala), Auto Interlocutorio 202, 28 de julio de 2020 PY/JUR/896/2020. <https://online.laley.com.py>

<sup>84</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal (cuarta sala), Auto Interlocutorio 96, 5 de mayo de 2020 (registro: PY/JUR/284/2020). <https://online.laley.com.py>

- vado de dinero. Su necesaria recondución a la represión de la delincuencia organizada”, Centro de Investigación Interdisciplinario en Derecho Penal Económico (CIIDPE), Argentina, 2012. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf)
- ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en el Código Penal de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BASÍLICO RICARDO, Ángel, Hernando A. HERNÁNDEZ QUINTERO y Matías CARLOS FROMENT, *Delitos contra el orden económico y financiero*, Astrea, Buenos Aires, 2019, pág. 141.
- BARBIER, Nicolás F., “El lavado de activos en la jurisprudencia argentina”, *Derecho Penal*, año II, núm. 4, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2013, Código Penal Alemán, Federal Ministry of Justice. [https://www.gesetze-im-internet.de /englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de /englisch_stgb/englisch_stgb.html)
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como casos de estudio”, *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela-España, vol. XXXV, 2015.
- FERNÁNDEZ ZACUR, José M., “El ilícito precedente al lavado de dinero en el Derecho Penal paraguayo”, en *La Ley (PY/DOC/23/2.019)*, La Ley Paraguaya Asunción, 2019.
- FERNÁNDEZ ZACUR, José M., “Money Laundering and Asset Recovery in Paraguay”, *Annals of Criminology*, vol. 59, núm. 2, Cambridge University Press, Cambridge-Londres, 2022.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis P., “Introducción a la Ciencia Jurídica”, El Foro, Asunción, 1989.
- GAFI (Grupo de Acción Financiera), “Las recomendaciones del GAFI”, versión del 2012, última enmienda de noviembre del 2023. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html>
- GAFIC, “Recomendación 3. Delito de lavado de activos”, Grupo de Acción Financiera del Caribe. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>
- GAFILAT, “¿Qué es el GAFILAT?”. <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat>
- GAFILAT, “Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de Paraguay”, Buenos Aires, 2022. <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/IEM-Paraguay.pdf>
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el argumento ‘a contrario’ en la aplicación del Derecho”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Código Penal Alemán, Federal Ministry of Justice. [https://www.gesetze-im-internet.de /englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de /englisch_stgb/englisch_stgb.html) Universidad de Alicante, Alicante, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, tomo II, Grijley, Lima-Perú, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, B de F, Buenos Aires-Argentina, 2016, Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche (Ley para mejorar la legislación penal contra el blanqueo de capitales). <https://www.buzer.de/gesetz/14509/a268322.htm>
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Blanqueo de capitales y principios penales”, *Teoría & Derecho*, núm. 24, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás, “El

- delito fuente en el lavado de activos”; *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico, empresa y compliance*, dir. José Hurtado Pozo, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2016.
- Parlamento Federal Alemán (Ludewig–Presidente/Holtschneider–Relator), “Proyecto de Ley para mejorar la aplicación de la ley penal contra el blanqueo de capitales” (traducción libre), 2020. <https://dserver.bundestag.de/btd/19/241/1924180.pdf>
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial E., “La sentencia plenaria casatoria N° 1-2017/CIJ-433. La primera piedra para la edificación de una doctrina seria y responsable en el delito de lavado de activos”, en *El delito de lavado de activos. Debate sobre su autonomía y prueba*, ed. Tomás Aladino Gálvez y José Luis Castillo Alva, Ideas, Lima, 2018.
- ROJAS PICHLER, Pablo Andrés, *Tratamiento jurídico penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública. El delito de enriquecimiento ilícito en la legislación paraguaya y su problemática dogmática constitucional* (tesis doctoral), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- URIBE CORREA, Leonardo, “Introducción al Derecho. Notas de clase. IV parte”, *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 66, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1984.
- Otros documentos**
- SCJ, Corte Suprema de Justicia, Estadísticas: lavado de activos, Asunción. <https://www.pj.gov.py/resultado/?q=estadisticas+lavados+de+activos>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 1564, 15 de septiembre de 2003. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 204 (bis), 3 de abril de 2009. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 486, 2 de julio de 2015. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 384, 1 de diciembre de 2020. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 126, 24 de febrero de 2021. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, (Auto Interlocutorio) 258, 6 de abril de 2022. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 639, 15 de septiembre de 2022, <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 326, 26 de mayo de 2023. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia 533, 18 de octubre de 2023. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ-Sala Penal, Acuerdo y Sentencia 15, 7 de febrero de 2024, <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>
- CSJ, Corte Suprema de Justicia, Tribunal de Apelaciones Multifuero de la Circunscripción Judicial de presidente Hayes, Acuerdo y Sentencia 73, 30 de diciembre de 2019. <https://www.pj.gov.py/descargas/2019-AyS-N-73-2019-OLIVIA%20NATALIE-KATTEBEKE-ZARATE-LAVADO-DE-DINERO.pdf>
- CSJ, Tribunal De Sentencia, Sentencia Definitiva 276, 17 de septiembre de 2015. <https://www.pj.gov.py/descargas/2015-SD-276-2015-TOMAS-ROJAS-CANETE.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 294, 1 de septiembre de 2016. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/#>

- [www.pj.gov.py/descargas/2016-SD-N-294-2016-FELIPE-RAMON-DUARTE.pdf](http://www.pj.gov.py/descargas/2016-SD-N-294-2016-FELIPE-RAMON-DUARTE.pdf)
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 139, 21 de septiembre de 2018, <https://www.pj.gov.py/descargas/2018-SD-N-139-2018-MARIO-VILLALVA.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 124, 30 de abril de 2019. <https://www.pj.gov.py/descargas/2019-SD-N-124-2019-ANIE-VICTORIA-GIBBONS-DE-GIMENEZ.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 379, 11 de noviembre de 2020. <https://www.pj.gov.py/descargas/2020-SD-N-379-2020-HUGO-ENRIQUE-FANEGO-DUARTE.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 497, 24 de noviembre de 2021. [https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-497-15\\_11\\_2021-RONY-MAXIMILIANO-ROMAN-LAVADO-DE-DINERO.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-497-15_11_2021-RONY-MAXIMILIANO-ROMAN-LAVADO-DE-DINERO.pdf)
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 19, 8 de julio de 2021. <https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-19-2021-BRUNO-JOSE-DA-COSTA-AMARAL.pdf> (voto del magistrado Zeballos).
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 515, 17 de diciembre de 2021. [https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-515-17\\_12\\_2021-RAMON-MARIO-GONZALEZ-DAHER-LAVADO-DE-DINERO.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/2021-SD-N-515-17_12_2021-RAMON-MARIO-GONZALEZ-DAHER-LAVADO-DE-DINERO.pdf)
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 135, 24 de abril de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-135-LAV-DE-DIN-RAUL-ANTONIO-FERNANDEZ-LIPPMANN.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 308, 21 de julio de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-308-LAV-DE-DIN-WILFRIDO-BAREIRO-VARGAS-Y-OTROS.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 382, 21 de septiembre de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-382-LAV-DE-DIN-VICTOR-BRITTEZ-ARANDA-Y-OTROS.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 469, 4 de octubre de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-409-LAV-DE-DIN-LUIZ-HENRIQUE-BOSCATTO-Y-OTROS.pdf>
- CSJ, Tribunal de Sentencia, Sentencia Definitiva 462, 30 de octubre de 2023. <https://www.pj.gov.py/descargas/2023-SD-N-462-GABRIEL-GAONA-AQUINO.pdf>
- Ministerio Público, “Lavado de dinero y activos”, República de Paraguay, 2023. <https://ministeriopublico.gov.py/lavado-de-dinero-y-activos-da->
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Tercera Sala) “Voto del Magistrado Cristóbal Sánchez”, Acuerdo y Sentencia 20, 8 de mayo de 2018. <https://online.laley.com.py, PY/JUR/134/2018>
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Cuarta Sala), Auto Interlocutorio 96, 5 de mayo de 2020. <https://online.laley.com.py, PY/JUR/284/2020>
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Cuarta Sala), Auto Interlocutorio 202, 28 de julio de 2020. <https://online.laley.com.py>.
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Tercera Sala), Acuerdo y Sentencia 28, 28 de abril de 2022. <https://online.laley.com.py, PY/JUR/753/2022>
- Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Cuarta Sala), Acuerdo y Sentencia 60, 12 de agosto de 2022 (registro: PY/JUR/553/2022). <https://online.laley.com.py>



Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324

3

# Mujeres privadas de la libertad y maternidad en México

*Women Incarcerated and Motherhood in Mexico*

• **Corina Giacomello** •

Profesora-Investigadora del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

• **Alicia Beatriz Azzolini** •

Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma  
Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

• **Irene Spigno** •

Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Coahuila.

• **María José Oseguera Narváez** •

Profesora del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Autónoma de Chiapas.

• **Neify Pérez Trujillo** •

Doctorante en Derecho del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

• **Lidia Inés Serrano Sánchez** •

Doctorante en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Autónoma de Chiapas y Profesora de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

• **David Eric Aguilar Rodríguez** •

Doctorante en Derecho Penal por el Centro de Estudios de Posgrado.

## Mujeres privadas de la libertad y maternidad en México

### *Women Incarcerated and Motherhood in Mexico*

- Corina Giacomello • Universidad Autónoma de Chiapas •
- Alicia Beatriz Azzolini • Universidad Autónoma Metropolitana •
  - Irene Spigno • Universidad Autónoma de Coahuila •
- María José Oseguera Narváez • Universidad Autónoma de Chiapas •
  - Neify Pérez Trujillo • Universidad Autónoma de Chiapas •
  - Lidia Inés Serrano Sánchez • Universidad Autónoma de Chiapas y Facultad de Derecho de la UNAM •
- David Eric Aguilar Rodríguez • Centro de Estudios de Posgrado •

#### Fecha de recepción

13-06-2024

#### Fecha de aceptación

14-09-2024

#### Resumen

A nivel global, en las últimas décadas, el número de mujeres en prisión ha aumentado a una tasa más alta que la de los hombres. El crecimiento cuantitativo contrasta con algunos aspectos cualitativos, relacionados con los perfiles de las mujeres privadas de la libertad, el tipo de delitos por los cuales son acusadas y, finalmente, sus historias de vida y las responsabilidades de cuidado de personas dependientes que están a su cargo. En el presente texto se analiza si y cómo los derechos de las mujeres que son madres y los de sus hijas e hijos se implementan en el sistema penitenciario mexicano. Se elaboran propuestas legislativas y jurídicas para la incorporación de la perspectiva de género y el interés superior de la niñez en la atención de las mujeres privadas de la libertad y sus hijas e hijos.

#### Palabras clave

Privación de la libertad, mujeres, México, interés superior de la niñez, perspectiva de género.

#### Abstract

Globally, in recent decades, the number of women in prison has increased at a higher rate than that of men. This quantitative growth contrasts with some qualitative aspects related to the profiles of incarcerated women, the types of crimes for which they are accused, and, finally, their life stories and the caregiving responsibilities for dependent individuals in their charge. This text analyzes whether and how the rights of women who are mothers, as well as those of their daughters and sons, are implemented within the Mexican prison system. Legislative and legal proposals are developed for the incorporation of a gender perspective and the best interests of the child in the care of incarcerated women and their children.

#### Keywords

Deprivation of liberty, women, Mexico, best interest of the child, gender perspective.

## Sumario

1. Introducción. / 2. Marco normativo internacional, interamericano y nacional. / 3. Mujeres privadas de la libertad en México. / 4. Conclusiones y propuestas. / 5. Referencias.

### I. Introducción

A nivel global, en las últimas décadas, el número de mujeres en prisión ha aumentado a una tasa más alta que la de los hombres en la misma situación y en comparación con el crecimiento de la población mundial, en general. Los datos son contundentes: entre 2000 y 2022, la población mundial total ha crecido alrededor de 30 %, mientras que la población de hombres en prisión, 28 %. En cambio, el número de mujeres encarceladas subió, en el mismo lapso, 60 %.<sup>1</sup> América Latina y México rebasan dichas tendencias: en la región —sin contar los Estados Unidos—, se reporta el aumento del encarcelamiento de mujeres más elevado a nivel mundial: +151.9 % entre 2000 y 2022.<sup>2</sup> América Latina también registra el aumento más pronunciado a nivel mundial de la población penitenciaria total, con un crecimiento de 200 % en el mismo periodo.<sup>3</sup> En el caso

de México, entre 2000 y 2023, el crecimiento del número de mujeres en prisión ha sido de casi 100 % —de 6 813 mujeres privadas de la libertad en 2000 a 13 252 en febrero de 2024—<sup>4</sup>, mientras que el de la población general, de 50 % —de 154 765 en 2000 a 232 684 de febrero de 2024.<sup>5</sup>

El crecimiento cuantitativo contrasta con algunos aspectos cualitativos, relacionados con los perfiles de las mujeres privadas de la libertad, el tipo de delitos por los cuales son acusadas y, finalmente, sus historias de vida y las responsabilidades de cuidado de personas dependientes que están a su cargo. Asimismo, los estándares internacionales y las regulaciones nacionales presentan una severa brecha de implementación a la hora de revisar las condiciones de vida de las mujeres en prisión.

1 Helen Fair y Roy Walmsley, “World Prison Population List (Thirteenth Edition)”, Reino Unido, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research., 2021, p. 2. Recuperado de [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_13th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf).

2 *Ibidem*, p. 14.

3 Helen Fair y Roy Walmsley, “World Female Imprisonment List (fifth edition)”, Reino

Unido, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022, p. 2. Recuperado de [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_imprisonment\\_list\\_5th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf)

4 Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, “Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional. Febrero 2024”, México, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, febrero de 2024, p. 3.

5 *Idem*.

Los estudios feministas, así como aquellos enmarcados en los estudios de género, han puesto en evidencia las desigualdades de género en el derecho penal y el sistema penitenciario, en su conceptualización, diseño y funcionamiento cotidiano. Han colocado en el centro las experiencias vividas por las mujeres y enriquecido el espectro de preguntas, metodologías y aportes que generalmente presentan los estudios académicos.<sup>6</sup> Estudios cualitativos y cuantitativos han mostrado cómo las mujeres privadas de la libertad provienen de los estratos sociales más desprotegidos y vulnerables y son acusadas, principalmente, de delitos menores no violentos.<sup>7</sup> Los delitos relacionados con drogas y

la aplicación de políticas de drogas punitivas han desempeñado un rol preponderante en el aumento del número de mujeres privadas de la libertad en América Latina.<sup>8</sup>

Otro aspecto señalado por las investigaciones con mujeres privadas de la libertad es la historia de violencia de género que atraviesa la vida de estas mujeres desde la infancia y que se recrudece en el contacto con el sistema de justicia penal. Como lo indica el *Diagnóstico Nacional sobre Tortura Sexual Cometida Contra Mujeres Privadas de la Libertad en México*, de la Secretaría de Gobernación,<sup>9</sup> ocho de cada diez mujeres privadas de la libertad reportan haber sido víctimas de violencia durante la detención, incluyendo la tortura sexual. Las mujeres privadas de la libertad manifiestan también niveles más altos de problemas de salud mental, de uso dependiente de sustancias y de trastornos de estrés postraumático, que las mujeres no privadas de la libertad.

6 Loraine Gelsthorpe, “Feminist Perspectives in Criminology: Early Feminist Perspectives”, en Sandra Walklate, Kate Fitz-Gibbon, Jude McCulloch y Jane Maree Maher (eds.), *The Emerald Handbook of Feminism. Criminology and Social Change*, Bingley, Inglaterra, Emerald Publishing, 2020, pp. 17-33.

7 Elena Azaola y José Cristina Yacamán, *Las mujeres olvidadas: un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República mexicana*, México, El Colegio de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1994; Rosalva Aída Hernández Castillo (coord.), *Resistencias penitenciarias. Investigaciones feministas en espacios de reclusión*, México, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Colectiva Editorial Hermanas en la Sombra, Libera, Juan Pablos Editor, 2017; Corina Giacomello, “The Gendered Impacts of Drug Policy on Women: Case Studies from Mexico”, en Julia Buxton, Mary Chinery-Hesse y Khalid Tinasti (eds.), *Drug Policies and Development, Conflict and Coexistence*, Ginebra, Geneva Graduate Institute, 2020, pp. 206-245; Ana Safranoff y Antonella

Tiravassi, “Mujeres en contextos de encierro en América Latina. Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos”, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, Wilson Center Latin American Program, 2018. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.18235/0001113>

8 Coletta Youngers, Teresa García Castro y Maria (Kiki) Manzur, *Women Behind Bars for Drug Offenses in Latin America: What the Numbers Make Clear*, Washington D.C., WOLA, 2020. Recuperado de <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

9 Secretaría de Gobernación, *Diagnóstico nacional sobre tortura sexual cometida contra mujeres privadas de la libertad en México*, México, Secretaría de Gobernación, 2022.

Las condiciones de reclusión, precarias para la población penitenciaria en general, presentan otras complejidades para las mujeres, quienes son alojadas principalmente en centros mixtos: en México existen únicamente 22 centros exclusivos para mujeres, y la mayoría de las mujeres en prisión se encuentra en 94 centros varoniles que disponen de áreas femeniles.<sup>10</sup> Además, ser alojadas en centros femeniles no garantiza mejores condiciones de vida para las mujeres, sus hijas e hijos. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) es enfática en señalar, en el *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria 2022*<sup>11</sup> y en el *Informe diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad desde un enfoque interseccional*, que tanto los centros exclusivos para mujeres como las secciones femeniles en centros para hombres presentan deficiencias en cuanto a los espacios y el acceso a bienes y servicios:

[...] los centros mixtos estatales [...] en su mayoría no reúnen las condiciones de infraestructura mínimas requeridas para atender las necesidades de los derechos humanos de las mujeres, las “áreas femeniles” o también denominadas “femeninas”, [...] son en realidad anexos sin espacios como comedores, estancias infantiles, espacios para la visita familiar e íntima, esto restringe y limita a la población penitenciaria femenil, su desenvolvimiento al interior del centro, al no

garantizar el acceso a las actividades necesarias para su efectiva reinserción social.<sup>12</sup>

Asimismo, las mujeres sufren mayor estigma cuando salen de prisión y la erosión de las redes de apoyo que implica el encarcelamiento, lo que, aunado a la falta de políticas públicas en materia de reinserción pospenitenciaria, exacerba las dificultades que enfrentan para rehacer su vida.

La mayoría de las mujeres suele tener responsabilidades de cuidado antes y después de la detención; esto agrava el peso del encierro, porque acumula, sobre ellas, presiones económicas y psicológicas relacionadas con el bienestar de otras personas dependientes, particularmente sus hijas e hijos. Datos de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), indican que 80 % de los hombres y 68 % de las mujeres privadas de la libertad en 2021 señalaron haber tenido dependientes económicos la semana previa a su detención. En particular, 68 % de las mujeres (contra 60 % de los hombres) indicaron tener hijas e hijos menores de edad. De estas, 53.4 % señaló tener de dos a tres hijas o hijos. Asimismo, 55 % de estas niñas y niños estaban bajo los cuidados de los abuelos, es decir, de otras personas que, por su edad, podrían enfrentar situaciones económicas y de salud particularmente vulnerables.<sup>13</sup>

10 Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, *op. cit.*, pp. 16-26.

11 CNDH, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*, México, CNDH, 2023. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP\\_2022.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP_2022.pdf)

12 CNDH, *Informe diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad desde un enfoque interseccional*, México, cndh, 2022, p. 47. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe\\_Diagnostico\\_Mujeres\\_Privadas\\_Libertad.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe_Diagnostico_Mujeres_Privadas_Libertad.pdf)

13 INEGI, *Encuesta nacional de población privada*

Para muchas mujeres, la maternidad influye en las condiciones de detención, así como en su bienestar psicológico y emocional.<sup>14</sup> Las mujeres no son solo las principales o únicas cuidadoras de sus hijas e hijos, sino también de otras personas, particularmente personas adultas mayores. Con esto no se tiene la intención de reproducir el estereotipo de que las mujeres son, en primer lugar, madres y cuidadoras. Tampoco se quiere transmitir la idea de que todas las maternidades son iguales, ni adentro ni afuera de la prisión. Sin embargo, los roles de cuidado, como consecuencia de los axiomas de género dominantes, revisten un rol importante en cómo las mujeres viven el encierro.

El siguiente testimonio es de Gaby, una mujer de origen zapoteco que estuvo privada de la libertad durante siete años. Cuando fue detenida, en 2012, Gaby tenía a una hija de diez años (quien fue institucionalizada en una casa hogar cristiana) y un hijo que nació con parálisis cerebral y que tenía dos años. Su historia de vida ha sido marcada desde los primeros años por la migración y el posterior abandono de su padre, la violencia de género contra las mujeres y las niñas, el trabajo infantil y la pobreza extrema.<sup>15</sup> Su

involucramiento en delitos contra la salud se dio a partir de su condición de pobreza y la ausencia de servicios de salud gratuitos y de calidad para su hijo. Gaby fue involucrada en redes de liderazgo masculino que aprovechan la situación de vulnerabilidad de las mujeres para transportar drogas a bajo costo, mediante una mano de obra fácilmente reemplazable.

Mi nombre es Gaby. Yo estuve en el reclusorio femenino de Tanivet, Oaxaca, desde el 2012 hasta el 2019, por delitos contra la salud. Me detuvieron por posesión de droga en la carretera rumbo a México, me llevaron a la PGR [Procuraduría General de la República], en donde violaron totalmente mis derechos. Yo no sabía hablar en español, el español lo aprendí en la cárcel, no me pusieron intérprete, me violaron mis derechos humanos, hicieron que yo firmara un papel en donde decía que yo era absolutamente responsable de lo que estaba haciendo.

Yo tengo un bebé con parálisis cerebral. Ahorita [en 2023], tiene 12 años, va a cumplir 13 años el 18 de agosto y, para mí, fue un tema muy complicado estar con un bebé con parálisis cerebral durante mi estancia en el reclusorio femenino. También tuve un embarazo ahí, tuve una niña. Estuve siete años en la cárcel y durante unos tres años estuvo mi hijo conmigo, porque, bueno, nuestra situación en familia fue algo complicada. Al principio mi mamá era la que cuidaba a mis hijos y después mi hija mayor tuvo que ingresar a

---

*de la libertad 2021. Principales resultados*, México, INEGI, 2021, pp. 16 y 20. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf)

<sup>14</sup> Ana Vigna, *Maternidad, cárceles y medidas alternativas a la privación de libertad*, Montevideo, Parlamento de Uruguay, Naciones Unidas Uruguay, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, 2022.

<sup>15</sup> Corina Giacomello, “The Gendered Impacts

---

of Drug Policy on Women...”, *op. cit.*, y Corina Giacomello, Coletta Youngers y Gaby, “Women’s Incarceration and the Impact of Drug Policies in Latin America and Mexico” [en prensa], s. f.

una casa hogar cristiana y mi hijo tuvo que estar viviendo conmigo durante 3 años en las estancias del reclusorio femenino de Tanivet y, al poco tiempo, mi mamá también llegó a ser parte del reclusorio, ella tuvo problemas y ella también fue parte del reclusorio... Al poco tiempo también mi hermana llegó. Entonces, yo no tenía ningún apoyo afuera, ni quién me apoyara ni quién viera por mis hijos.<sup>16</sup>

**Ahondando en el tema de la maternidad en prisión, Vale, una mujer que también es sobreviviente de la violencia carcelaria, expresa:**

Pasando al tema de cómo fue desprenderme de mis hijos, no hay palabras para dimensionar esa situación. Te pierdes de todo: te pierdes de sus primeros pasitos, desde que empieza a hablar, desde su primer diente, desde que se cayó, desde que se enfermó, desde que su reconocimiento, que la escolta, que salió del kínder que ya salió de sexto.

A mí, me tocó eso con mis dos hijos, cuando uno salió del kínder el otro salió de la primaria. Entonces era algo bien tremendo porque a mi hijo pequeño... pues ya lo conocían todos [en la cárcel], siempre bien

amistoso... y un día le dice a la directora en turno —y eso me lo dijo la directora: “¿Sabes que hizo Luisito, Vale? Sacó de su bolsa dos pesos, una canica, un botón y una piedra y nos lo estaba dando para que yo te dejara ir a su clausura —porque iba a salir del kínder”.

Entonces él le dice a la directora que me dejara salir un rato para que yo pudiera verlo bailar el vals, porque iba a salir del kínder y el otro de la primaria y son cosas que te marcan.

Son cosas que te marcan porque, a veces, yo creo que, de 10 mujeres en prisión, 8 son inocentes y las diez estuvimos o están por su pareja sentimental.

A mí me quedó muy claro que en las cárceles está la gente que no tiene dinero para pagar su libertad y esto era una constante, porque cada ocho días era verlos llegar, verlos irse, verlos llorar, era verlos desgarrarse, gritando: “Por favor, mamá, yo no me quiero ir. Yo me quiero quedar contigo”.

Y yo creo que no es tanto el encierro, sino el desgaste psicológico y emocional que te mata, del que eres preso. No son las paredes, no es la puerta de acero, no, es todo este desgaste emocional, el estar pensando todo el día: ¿qué estarán haciendo mis hijos?, ¿ya habrán comido?, ¿les habrá pasado algo? Es todo ese peregrinar de angustia, porque allá todas somos partícipes del mismo dolor, porque todas somos madres y eso se le olvida al gobierno, se le olvida que dentro de prisión habemos madres, habemos hijas, habemos esposas, habemos hermanas, amigas.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Gaby participó como ponente en el seminario “Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas”, organizado por la Universidad Autónoma de Chiapas en el marco del proyecto CONAHCYT CF-2023-G-168, el 22 de septiembre de 2023. También fue facilitadora en dos talleres dirigidos a las personas integrantes del mismo proyecto. Su testimonio es retomado de dichas participaciones.

<sup>17</sup> Al igual que Gaby, Vale participó como tallerista en el proyecto CF-2023-G-168, “Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas”.

El aumento de la población penitenciaria femenil, por un lado, y la visibilización de las múltiples situaciones de vulnerabilidad que enfrentan las mujeres, por el otro, ha llevado a la aprobación de estándares orientados a incorporar, en el diseño y ejecución de la política criminal y penitenciaria, la perspectiva de género y el interés superior de la niñez.

En particular y en el nivel internacional, cabe mencionar las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, mejor conocidas como Reglas de Bangkok, que se aprobaron en 2010. Estas reconocen que “cierto número de mujeres delincuentes no plantean un riesgo para la sociedad y, como ocurre en el caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social”.<sup>18</sup> Las Reglas indican que, en el caso de mujeres acusadas de delitos menores, embarazadas o con hijas e hijos pequeños o lactantes, es preferible la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento en las fases de proceso y sentencia. Dicho consenso, sin embargo, aun no se traslada a la realidad de las mujeres en prisión ni a la de sus hijas e hijos.<sup>19</sup>

A nivel interamericano, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado conocimiento, propuestas y estándares sobre mujeres privadas de la libertad, particularmente desde 2020. En 2022, la Corte emitió la Opinión Consultiva sobre “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”, que incluye “Enfoques diferenciados aplicables a mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, así como a cuidadoras principales, privadas de la libertad” y “enfoques diferenciados aplicables a niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales”.<sup>20</sup>

Asimismo, en diversas sentencias, la Corte se ha referido a la figura del Estado como garante, lo que alude a las obligaciones reforzadas que tiene el Estado ante las personas privadas de la libertad por la relación de especial sujeción en la que se encuentran y a su responsabilidad de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de las personas reclusas.<sup>21</sup>

En 2023, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el informe

<sup>18</sup> UNODC, *Reglas de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*, Viena, UNODC, 2011, p. 2. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)

<sup>19</sup> Marie-Christine Fuchs y Leonel González Postigo (dirs.), *Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, Centro de Estudios de Justi-

cia de las Américas, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021.

<sup>20</sup> Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, opinión consultiva OC-29/22, 30 de mayo de 2022, cap. V y VI. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_29\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf)

<sup>21</sup> Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 9: Personas privadas de la libertad*, 2017. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34109-2017.pdf>

*Mujeres Privadas de la Libertad en las Américas*. El estudio analiza de manera integral la situación de las mujeres privadas de la libertad en la región y hace hincapié en cómo condiciones estructurales de desigualdad de género influyen en los procesos de criminalización de las mujeres. Entre otros aspectos, señala cómo muchas mujeres participarían en actividades criminales tras ser obligadas mediante amenazas “dirigidas a ellas o sus familias, y castigos que abarcan actos de violencia basada en su género”.<sup>22</sup>

A nivel nacional, en 2016 se publicó la Ley Nacional de Ejecución Penal que, por primera vez, incorpora los derechos de las mujeres privadas de la libertad que son madres, sus hijas e hijos. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sentencias, jurisprudencia y material orientativo para la incorporación de la perspectiva de género y del interés superior de la niñez en la impartición de justicia.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> CIDH, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2023, párr. 50. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>

<sup>23</sup> SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20e28191120%29.pdf>; SCJN, “Reseña del amparo en revisión 644/2016”, *Reseñas argumentativas*, México, SCJN, 2019. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias\\_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf); SCJN, “Reseña del amparo directo en revisión

En el presente texto se analiza,<sup>24</sup> desde una perspectiva cuantitativa, jurídica y cualitativa, si y cómo los derechos de las mujeres que son madres y los de sus hijas e hijos se implementan en el sistema penitenciario mexicano. En la siguiente sección, se realiza un análisis descriptivo y crítico del marco internacional y nacional en materia de derechos de las mujeres privadas de la libertad que son madres. Posteriormente, se presentan datos cuantitativos que dan cuenta de los perfiles socioeconómicos de las mujeres privadas de la libertad y de las condiciones de reclusión. Estos contrastan severamente con los estándares internacionales y el marco legal nacional. El artículo concluye con propuestas concretas en materia de persecución penal, impartición de justicia y condiciones de reclusión.

## II. Marco normativo internacional, interamericano y nacional

En los siguientes apartados se analizan estándares internacionales e interamericanos en materia de mujeres privadas de la libertad y los derechos de niñas y niños con madres y padres en prisión. Sucesivamente, se revisa la Ley Nacional de Ejecución Penal, con énfasis

5999/2016”, *Reseñas argumentativas*, México, SCJN, 2018. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias\\_argumentativas/documento/2018-02/res-JM-PR-5999-16.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JM-PR-5999-16.pdf)

<sup>24</sup> La investigación forma parte del proyecto CF-2023-G-168 “Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas”, financiado por el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías.

en sus incongruencias y las disonancias que presenta con respecto a los estándares internacionales.

### 1. Reglas de Bangkok

Si bien las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes”, mejor conocidas como Reglas de Bangkok, no son vinculantes, estas se basan en la protección de los derechos humanos incluidos en instrumentos vinculantes<sup>25</sup> y su materialización en los centros penitenciarios para mujeres. Las 70 reglas que conforman el documento de Naciones Unidas abarcan el proceso de ingreso, las condiciones de detención, la aplicación de medidas alternativas y grupos de mujeres en condición de particular vulnerabilidad, como las adolescentes, las extranjeras y las que se encuentran embar-

zadas o tienen a hijas e hijos pequeños. Incluyen también normas en materia de sanciones disciplinarias, contacto con el mundo exterior y formación del personal penitenciario.

Con respecto al tema de mujeres que viven en prisión con sus hijas e hijos, las Reglas abordan siete ámbitos principales:

- i. Los procesos de ingreso y registro y la posibilidad para las mujeres de que se suspenda o difiera la detención en aras de establecer los arreglos de cuidado más oportunos para sus hijas e hijos, así como la posibilidad de revisar y modificarlos.
- ii. Las condiciones de vida en los centros, con especial atención en la provisión de espacios y servicios adecuados en las áreas médicas, educativas y de esparcimiento, así como en el contacto con el mundo exterior. Además, el suministro de servicios y de insumos para la higiene personal y el aseo, vestimenta adecuada al clima, agua, alimentos y otros, que no concierne únicamente a niñas y niños, sino también a sus madres.
- iii. También se establece que las mujeres madres tendrán el derecho de dedicar su tiempo a los cuidados de sus hijas e hijos; sin embargo, es importante que esto no se traduzca en una obligación y que no menoscabe el derecho de las mujeres al trabajo, la educación y el esparcimiento.
- iv. Con respecto a los registros personales y medidas de revisión, se resalta el respeto de niñas y niños y la prohibición de aplicar medidas de sanción y aislamiento en el caso de mujeres embarazadas, mujeres madres que viven con sus hijas e hijos en el centro y mujeres en periodo

<sup>25</sup> Véase, entre otros (mas no de manera exclusiva o limitativa): Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 1984; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2010; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belem Do Para”, 1994.

de lactancia. También se prohíbe el uso de medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, durante el parto o en el período inmediatamente posterior.

- v. Las Reglas son enfáticas en promover el contacto de las mujeres con su comunidad y familia —si así lo desean—, y en garantizar que se cumpla con el doble derecho de las mujeres: por un lado, a permanecer cerca de su capital social y de sus afectos y, por el otro, a ser alojadas en centros específicos para mujeres. Como se muestra en la segunda parte de este estudio, la escasez de centros exclusivos para mujeres en México y las carencias generalizadas de los centros mixtos y femeniles provoca que ambos de derechos se violen sistemáticamente.

En el ámbito de las sanciones, se establece que las medidas disciplinarias no comprenderán la prohibición del contacto de las mujeres con sus familiares, especialmente con niñas y niños. Con respecto a las visitas, las reglas 26 y 28 establecen en qué condiciones deberán llevarse a cabo las de niñas y niños, en aras de mantener el vínculo y no generar situaciones que afecten al bienestar de la niñez. Este punto es medular, ya que, como lo muestran testimonios de niñas y niños con madres y padres en prisión, la lejanía de los centros y los costos que implica ir de visita, además de las condiciones de los centros y las revisiones a niñas y niños por parte del personal de seguridad, son de las principales razones por las que se rompe el con-

tacto de las personas en prisión con sus hijas e hijos.<sup>26</sup>

- vi. Las Reglas se refieren a la separación de niñas y niños de sus madres en prisión. Al igual que en las recomendaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño,<sup>27</sup> no establecen una edad límite, sino que recomiendan el uso de una metodología de caso por caso. En México, sin embargo, al igual que en la mayoría de los países a nivel mundial, esto no se cumple; por el contrario, se establece el límite máximo de tres años para que niñas y niños puedan vivir en prisión con sus madres. En las reglas acerca de la separación de hijas e hijos de sus madres, se destaca, sobre todo, el bienestar de niñas y niños, lo cual es compatible con el principio del interés superior de la niñez. Sin embargo, se descuida el bienestar de la madre y los efectos psicológicos y emocionales que la separación puede tener para ella.
- vii. Finalmente, las Reglas promueven el uso de medidas alternativas al encar-

<sup>26</sup> Corina Giacomello, *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Church World Service, 2019. Recuperado de <https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>

<sup>27</sup> Manfred Nowak, *The United Nations Global Study on Children Deprived of their Liberty*, 2019. Recuperado de <https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8fo8562/page/18>

celamiento para las mujeres acusadas de delitos menores y no violentos y particularmente para las mujeres embarazadas o principales cuidadoras de niñas y niños pequeños.

Las Reglas constituyen una ruta de cómo organizar el sistema penitenciario de tal manera que, por un lado, se privilegie la no criminalización y no reclusión de mujeres, partiendo de cuatro premisas: *i*) que la mayoría de las mujeres en prisión no está acusada de conductas que representan un riesgo para la sociedad; *ii*) los efectos perniciosos de la prisión para las mujeres y su proceso de reinserción; *iii*) el historial de violencia de género y cómo esto se cruza con sus procesos de criminalización y *iv*) sus responsabilidades de cuidado de otras personas. Por otro lado, en el caso de las mujeres que se encuentran privadas de la libertad, las Reglas establecen el piso mínimo con el que deberían cumplir las condiciones de reclusión y los regímenes penitenciarios.

## 2. Estándares interamericanos sobre mujeres privadas de la libertad

A nivel interamericano, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordan de manera constante y sistemática la situación de las personas privadas de la libertad. Esto es comprensible, considerando la crisis penitenciaria en la que está sumergida la región y el aumento de la población de mujeres encarceladas.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> CIDH, *op. cit.*

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas contienen varias disposiciones sobre la maternidad en reclusión. Establecen el derecho de las mujeres y las niñas privadas de libertad a “una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva”. Exigen que las instituciones penitenciarias “cuenten con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto”.<sup>29</sup>

Establecen que el parto no se realice “dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello”. Si ello no fuere posible, el nacimiento no se registrará oficialmente como ocurrido “al interior de un lugar de privación de libertad”.<sup>30</sup>

Prevén que en los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas existan “instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz”.

En los casos que se “permita a las madres o padres privados de libertad” que conserven “a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad”, disponen que se tomen las “medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos,

<sup>29</sup> CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Washington: cidh, 2008, principio X. Recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>

<sup>30</sup> *Idem.*

pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez”.<sup>31</sup>

Una vez más, se alude al interés superior de la niñez en el momento de regular la actuación institucional que afecta a las y los niños. Este principio debe prevalecer sobre los derechos de los progenitores y sobre criterios que descansen en exigencias de seguridad.

Con respecto a la ya citada figura del Estado como garante, esta aparece en varias sentencias de la Corte y los siguientes párrafos, retomados del caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, explican su fundamento y alcance:

152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo

de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.<sup>32</sup>

La prisión es la institución total<sup>33</sup> por excelencia y la privación de la libertad constituye, en primer lugar, una decisión del Estado: es decir, este decide utilizar la privación de la libertad, y no otras medidas, como consecuencia jurídica de la presunta o comprobada comisión de una actividad catalogada como delito. Las personas privadas de la libertad sufren, como consecuencia del uso de dicha medida, la suspensión del derecho a la libertad personal y la afectación a otros derechos. Sin embargo, la suspensión o restricción de otros derechos, en palabras de la Corte, “no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad”.<sup>34</sup>

La opinión consultiva sobre enfoques diferenciados abarca directamente a “las mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, así como a cuidadoras principales, privadas de la libertad” y a “niños y

31 *Idem.*

32 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 6.

33 Erving Goffman, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2009.

34 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia...*, *op. cit.*, párr. 155.

niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales”.<sup>35</sup> Si bien el segundo punto es discutible, ya que niñas y niños no son jurídicamente personas privadas de la libertad, lo cierto es que son presos *de facto*, de acuerdo con la definición de privación de la libertad provista por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,<sup>36</sup> de la Organización de los Estados Americanos y a la luz de la evidencia empírica.

35 Corte IDH, Enfoques Diferenciados..., *op. cit.*, párr. 31.

36 La disposición general de los Principios indica textualmente que: “A los efectos del presente documento, se entiende por ‘privación de libertad’: Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o *bajo el control de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas” (cursivas añadidas) (CIDH, “Disposición general”, en Principios y Buenas Prácticas... *op. cit.*).

De manera sucinta, en la opinión consultiva la Corte se subraya la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer efectivos los derechos de las mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia o en caso de que sean cuidadoras principales de niñas y niños, entre las cuales se destacan: la priorización de medidas alternativas al encarcelamiento; la “prohibición de medidas disciplinarias de aislamiento o coerción física”; el acceso a alimentación, instalaciones y ropa adecuada; y la prevención, investigación y erradicación de la violencia obstétrica en el contexto carcelario.<sup>37</sup> La Corte enfatiza la importancia de garantizar que los vínculos de las mujeres o cuidadores principales privados de libertad con sus hijos e hijas que se encuentran extramuros se desarrollen en un ambiente adecuado. En este sentido, el tribunal es enfático en la importancia de: *a)* priorizar la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento; *b)* garantizar condiciones de reclusión dignas para las mujeres y las hijas e hijos que viven con ellas en prisión; y *c)* asegurar la preservación del contacto y las visitas con las hijas e hijos que viven afuera.

### 3. Derechos de las mujeres privadas de la libertad, sus hijas e hijos, en el marco jurídico mexicano

El ordenamiento jurídico mexicano contiene disposiciones aplicables a mujeres madres o embarazadas en prisión. No hace referencia a los derechos de los hombres padres privados de la libertad. Los contenidos más relevantes

37 Corte IDH, Enfoques diferenciados..., *op. cit.*, párr. 125.

se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CEPEUM) y en la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP). Las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) completan este panorama.

La CPEUM indica que: “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”. Asimismo, declara que: “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”.<sup>38</sup> Establece que “el hombre y la mujer son iguales ante la ley”. Reconoce el derecho de toda persona a “decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijas e hijos”.<sup>39</sup> En consecuencia, las mujeres que están privadas de la libertad tienen derecho a embarazarse y a estar en contacto cercano con sus hijas e hijos. Estos derechos, como se vio, forman parte del *corpus iuris* internacional en la materia.

Para el caso de las y los niños que nazcan durante el internamiento de la madre, es aplicable la disposición que dice que “toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento”.<sup>40</sup>

La LNEP se aprobó en 2016, a raíz de la reforma constitucional penal de 2008, particularmente de los artículos 18 y 21, y de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Con respecto a las mujeres privadas de la libertad, sus hijas e hijos, la ley contiene varias disposiciones. El artículo 10 establece los derechos de las mujeres privadas de la libertad en su maternidad, así como durante la lactancia, en específico a “conservar la guardia y custodia” de sus hijas e hijos y a que estos puedan vivir con sus madres en prisión hasta que cumplan los tres años de edad. Si la hija o hijo tuviera alguna discapacidad, la ley determina que se podrá solicitar a las autoridades penitenciarias “la ampliación del plazo de estancia al cuidado de su madre”.<sup>41</sup>

El mismo artículo 10 también establece que los centros de reinserción deben contar con las instalaciones adecuadas provistas de todos los artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene. Las mujeres deberán recibir en el ingreso “una valoración médica” y “un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas y específicas de atención de salud”, lo que incluye el derecho de las mujeres a solicitar que sean examinadas por personal médico femenino; dicha atención deberá darse en hospitales o lugares específicos establecidos en el centro penitenciario. También establece que los niños y niñas tienen derecho a la salud y al acceso a instalaciones para el tratamiento de enfermedades y a la rehabilitación de su salud, así como a los insumos y materiales necesarios para tener una vida digna, por ejemplo, pañales, biberones, cobijas, medicinas pediátricas, etcétera, incluyendo todos aquellos necesarios para niñas o niños con discapacidades. Como se muestra en la segunda parte de este texto, lo anterior no se cumple.

El artículo 36 se centra en mujeres privadas de la libertad con sus hijas e hijos y es

38 CPEUM, art. 1°.

39 CPEUM, art. 4°.

40 *Idem*.

41 Ley Nacional de Ejecución Penal, art. 10.

el más detallado en cuanto a su tratamiento, ya que busca abordar las complejidades de la maternidad dentro del sistema penitenciario y equilibrar los derechos y necesidades de las madres y sus hijas e hijos con las exigencias de seguridad y del sistema penitenciario. En el artículo en comento se enuncian disposiciones relativas al acceso a la salud y a la educación, así como a las condiciones de vida. Se indica que los centros “habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado de las niñas y niños, a fin de que las mujeres privadas de la libertad puedan participar en actividades de reinserción social apropiadas para las personas embarazadas, las madres lactantes y las que tienen hijas o hijos”. Asimismo, se determina el derecho de niñas y niños “que nacieron *durante el internamiento*” de “permanecer con su madre dentro del Centro Penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que la niña o el niño haya cumplido tres años de edad, garantizando en cada caso el interés superior de la niñez”.<sup>42</sup> De requerir la ampliación del plazo, la autorización será puesta a consideración del juzgado de ejecución.

La LNEP también establece prohibiciones en materia de traslados y sanciones disciplinarias cuando las mujeres están embarazadas o viven con sus hijas e hijos en el centro. Asimismo, el artículo 144 prevé la sustitución de la prisión por la detención domiciliaria en el caso de personas (no solamente mujeres) con hijas e hijos menores de 12 años de edad o que “tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos”; esto se aplica cuando “la persona privada de la libertad sea su cuida-

dora principal o única cuidadora”.<sup>43</sup> La discriminación en razón de edad deja desprotegidas a niñas y niños de entre 12 y 18 años, quienes son titulares de derecho en igualdad de condiciones que las niñas y los niños menores de 12 años de edad.

La ley presenta contradicciones internas graves: por ejemplo, con respecto a la ampliación del plazo para que un niño o niña con discapacidad pueda permanecer con su madre en prisión, el artículo 10 prevé que sea la autoridad penitenciaria quien resuelva favorablemente o en contra. En cambio, el artículo 36 dispone que esta competencia recaiga en el juez de ejecución. Asimismo, mientras que el artículo 10 garantiza para todas y todos los niños de hasta tres años de edad el derecho a permanecer con sus madres en prisión, el artículo 36 lo restringe a aquellos nacidos durante el internamiento, aspecto sin duda muy grave, ya que deja en posible situación de desprotección a las niñas y niños nacidos antes del internamiento.

El interés superior de la niñez es invocado repetidamente, pero, como se muestra en la siguiente sección, cuando se confronta la ley con las condiciones de detención, esto es puramente retórico. Lo mismo aplica para el respeto y ejercicio de los derechos de las mujeres.

La SCJN se ha pronunciado acerca de la salida de los hijos e hijas que viven con sus madres en el centro penitenciario. Si bien la ley actual establece una edad precisa hasta la que pueden estar las niñas y los niños conviviendo con sus madres en las prisiones, el máximo tribunal ha puesto el acento en el interés superior de la niñez como guía para llevar a cabo el proceso de separación.

<sup>42</sup> *Ibidem*, art. 36.

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 144.

En el caso de la separación de la hija y la madre que estaba en prisión, la SCJN ha sostenido que la salida de la niña del centro de reinserción social debería ser gradual y progresiva, “articulada con base en una evaluación de las necesidades de la menor, en virtud de lo que resulte más favorable para sus intereses”.<sup>44</sup> Recomienda que se brinde acompañamiento psicológico a la niña para minimizar la afectación que pudiera ocasionarle la separación de su madre y ordena a las autoridades que, atendiendo al interés superior de la niña, faciliten el contacto cercano, directo y frecuente entre ambas, en un espacio adecuado para la convivencia.<sup>45</sup>

En una resolución posterior, la SCJN estableció los “Lineamientos para garantizar el derecho de los menores a una relación maternal digna y adecuada en el contexto de reclusión”. En ellos señaló que las y los niños tienen derecho a disfrutar de su relación maternal a pesar de las dificultades y obstáculos que puedan obstaculizarla en el ámbito de las instituciones penitenciarias. Esas dificultades han de ser subsanadas “a través de medidas de protección reforzadas, encaminadas a garantizar que madre e hijo puedan sobre llevar una relación positiva, en condiciones dignas y adecuadas”.<sup>46</sup>

Para garantizar la convivencia apropiada, la Corte ordena a las instituciones peni-

tenciarias que alojen a madres privadas de su libertad que adopten las políticas necesarias para que: a) “los niños cuenten con los servicios suficientes de salud, alimentación, higiene, vestido, agua potable y esparcimiento”; b) se brinde a las reclusas “el máximo de posibilidades de dedicar tiempo a sus hijos”; c) “las mujeres cuenten con información adecuada acerca de sus responsabilidades maternas y el cuidado de sus hijos”; d) “todo el personal de la prisión cuente con capacitación en derechos humanos, incluyendo instrucción en perspectiva de género y derechos de la infancia”, y e) “las sanciones disciplinarias y demás medidas correctivas no comprendan, en ningún caso, la prohibición o limitación del contacto entre madre e hijo”.<sup>47</sup>

Es importante resaltar que la SCJN ha abordado el tema de las madres privadas de la libertad con hijas e hijos en reclusión desde la perspectiva de los derechos de la infancia y ha colocado el interés superior de la niñez como el eje rector a partir del cual se tomen decisiones y acciones para favorecer las relaciones materno infantiles.

### III. Mujeres privadas de la libertad en México

En esta sección se analizan datos cuantitativos sobre mujeres privadas de la libertad, con énfasis en tres aspectos: sus perfiles socioeconómicos, los delitos por los cuales se encuentran procesadas o sentenciadas y las condiciones de reclusión en las que viven ellas, sus hijas e hijos. El propósito es ofrecer una fotografía de quiénes son las mujeres en prisión en México desde una perspectiva

44 SCJN, Tesis aislada 2a. CXLI/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, enero de 2017, p. 792. Registro digital: 2013385.

45 *Idem.*

46 SCJN, Tesis 1a. CLXXXVIII/2017, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, diciembre de 2017, p. 425. Registro digital: 2015734.

47 *Idem.*

cuantitativa. Se basa en datos públicos, específicamente, en la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021 (ENPOL 2021)<sup>48</sup> y el Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023.<sup>49</sup> Ambas fuentes son del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, y se utilizan tanto los resultados generales como los tabulados. También se presenta información del *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*,<sup>50</sup> elaborado por el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, adscrito a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana del Gobierno Federal. Para este documento, se utilizan los datos de febrero de 2024.

### 1. Delitos atribuidos a las mujeres privadas de la libertad y perfiles socioeconómicos

En febrero de 2024 había 232 684 personas privadas de la libertad, de las cuales 13 252, es decir, 5.7 %, eran mujeres. De los 219 432 hombres privados de la libertad, 81 572, es decir, 37 %, estaban procesados, mientras que 6 272 mujeres, cantidad correspondiente a 47 % de las mujeres en prisión, se encontraban en espera de sentencia.<sup>51</sup>

Cabe señalar que, en el caso de las mujeres, la prisión preventiva se extiende por más tiempo que en el caso de los hombres: en 2022, 30 % de las mujeres y 26.6 % de los hombres privados de la libertad habían esperado 24 meses o más para recibir una sentencia.<sup>52</sup> Lo anterior sucede, pese a que el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales determina que la prisión preventiva:

[...] en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.<sup>53</sup>

Asimismo, 50 % de la población en espera de sentencia se encontraba recluida bajo la figura de prisión preventiva oficiosa, específicamente 49.9 % de los hombres y 53 % de las mujeres.

Los principales delitos por los cuales se encontraban procesadas y sentenciadas las mujeres internadas en centros estatales femeniles y mixtos en 2022 fueron robo simple, seguido de secuestro, homicidio y delitos relacionados con drogas (tanto del fuero común como federal). Con respecto a las mujeres privadas de la libertad en el centro federal femenino, los datos del Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales muestran que los principales delitos son, en orden descendiente, secuestro, delitos de delincuencia organizada, homicidio, delitos contra la salud

48 INEGI, *op. cit.*

49 INEGI, Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023. Presentación de resultados generales, México, INEGI, 2023. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef\\_2023\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf)

50 Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *op. cit.*

51 *Idem.*

52 INEGI, Censo Nacional..., *op. cit.*, p. 37.

53 Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 165.

**Tabla 1.** Porcentaje de prisión preventiva por tipo y por sexo

	Prisión preventiva justificada	Prisión preventiva oficiosa	Otro supuesto jurídico	No identificado
<b>Total</b>	23.8 %	50.2 %	11.4 %	14.6 %
<b>Hombres</b>	23.9 %	50.1 %	11.3 %	14.7 %
<b>Mujeres</b>	22.2 %	52.5 %	12.9 %	12.4 %

Fuente: elaboración propia a partir de INEGI, Censo Nacional..., *op. cit.*, p. 36.

del fuero federal y delitos en materia de armas, explosivos y otros materiales destructivos.<sup>54</sup>

El número de delitos por los cuales se aplicó la prisión preventiva oficiosa en el caso de las 3 311 mujeres sujetas a esta medida en 2022 son 4 346 en el fuero común y 731 en el fuero federal. Cabe aclarar que el número de personas contra el número de delitos no necesariamente coincide, en virtud de que puede existir una persona que haya cometido más de un delito. Las primeras causas en el fuero común son: robo simple, 1 004; secuestro extorsivo, 710, y homicidio, 663; lesiones, 147; extorsión o extorsión cometida por vía telefónica o cualquier otro medio electrónico o de comunicación, 108; secuestro y no identificado, 100.<sup>55</sup>

En el fuero federal son: delitos en materia de armas, explosivos y otros materiales destructivos-Portación ilícita de armas, 108; delitos en materia de armas, explosivos y otros materiales destructivo -Posesión ilícita de armas, cartuchos y cargadores, 94; no identificados, 94; delitos federales contra la salud relacionados con narcóticos-posesión de narcóticos, 81; delitos federales contra la salud relacionados con narcóticos-Suministro de narcóticos, 51; secuestro extorsivo, 59.

Si bien delitos como homicidio y secuestro también ocupan un lugar relevante en las causas de privación de la libertad de mujeres, llama la atención la preponderancia de los delitos de robo, incluso en los casos en los que aplica la prisión preventiva oficiosa. Esta figura —establecida en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— ha sido declarada contraria a varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso *García Rodríguez y Otros vs México*.<sup>56</sup>

A continuación, se presentan algunas características socioeconómicas de las mujeres en prisión (véase Tabla 2).

Con respecto a los rangos de edad, más de 70 % de las mujeres tiene entre 18 y 39 años de edad. En términos de nivel de estudios, tanto en el caso de las mujeres como en el de los hombres, prevalece el nivel de estudios básicos, específicamente, secundaria completa.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>55</sup> Estos datos son obtenidos de inegi, “Tabulados: Ejercicio de la función”, Censo Nacional del Sistema Penitenciario, *op. cit.* Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/cns-pef/2023/>

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso *García Rodríguez y Otro vs. México*. Sentencia de 25 de enero de 2023. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana, 2023. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_482\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_482_esp.pdf)

**Tabla 2.** Porcentaje de personas privadas de la libertad por último nivel de estudios, por sexo

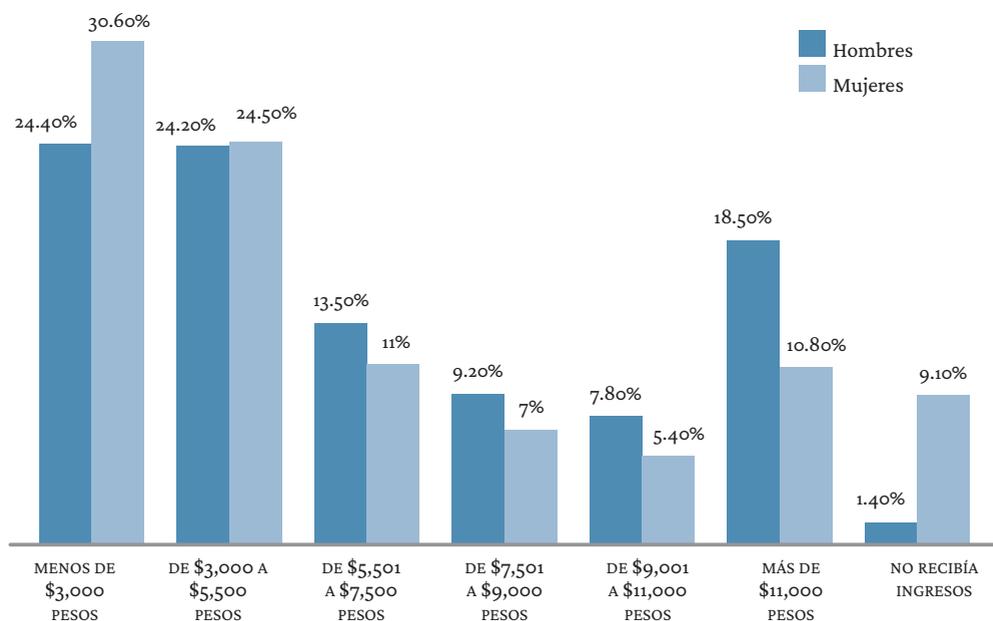
Escolaridad	Hombre	Mujer
<i>Ninguna</i>	4.4 %	4.3 %
<i>Prescolar o primaria</i>	29.5 %	24.1 %
<i>Secundaria</i>	41.5 %	41.9 %
<i>Preparatorio</i>	16.6 %	18.4 %
<i>Carrera técnica o comercial</i>	2.8 %	4 %
<i>Licenciatura</i>	4.7 %	7 %
<i>Maestría</i>	0.2 %	0.2 %
<i>Doctorado</i>	0.02 %	0.05 %

Fuente: elaboración propia a partir de INEGI, Censo Nacional..., *op. cit.*, p. 41.

Ahora bien, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021, las principales razones por las cuales las personas privadas de la libertad tuvieron que dejar de estudiar son “falta de recursos económicos” y “tener que empezar a trabajar”.

En relación con la situación laboral y económica, si bien 73 % de las mujeres señaló haber trabajado una semana antes de su detención, datos de la misma fuente muestran que estaban empleadas principalmente en la economía informal y que percibían ingresos bajos: 55 % de las mujeres contaba con ingresos de máximo \$5 000 pesos mexicanos el mes antes de la detención.

**Gráfica 1.** Porcentaje de población penitenciaria por sexo y nivel de ingresos recibidos el mes antes de su detención



Fuente: elaboración propia a partir de INEGI, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021, op. cit.*: Tabulados básicos. Antecedentes generales. 2.53 “Población privada de la libertad de 18 años y más por sexo, según ingresos recibidos el mes antes de su detención”.

Asimismo, las mujeres recibían menos ingresos y presentaban mayores privaciones económicas en el año anterior a su detención que los hombres en la misma situación.

Como lo muestra la Gráfica 2, también basada en datos de la ENPOL 2021, en la mayoría de los rubros, las mujeres sufrieron mayores situaciones de vulnerabilidad en la infancia que los hombres en prisión.

Los datos presentados ofrecen una fotografía de quiénes son las mujeres privadas

de la libertad. Nos indican que se priva de la libertad, sobre todo, a mujeres que provienen de contextos de situaciones de pobreza y niveles educativos básicos, que se emplean principalmente en la economía informal y que están a cargo de niñas y niños menores de edad.

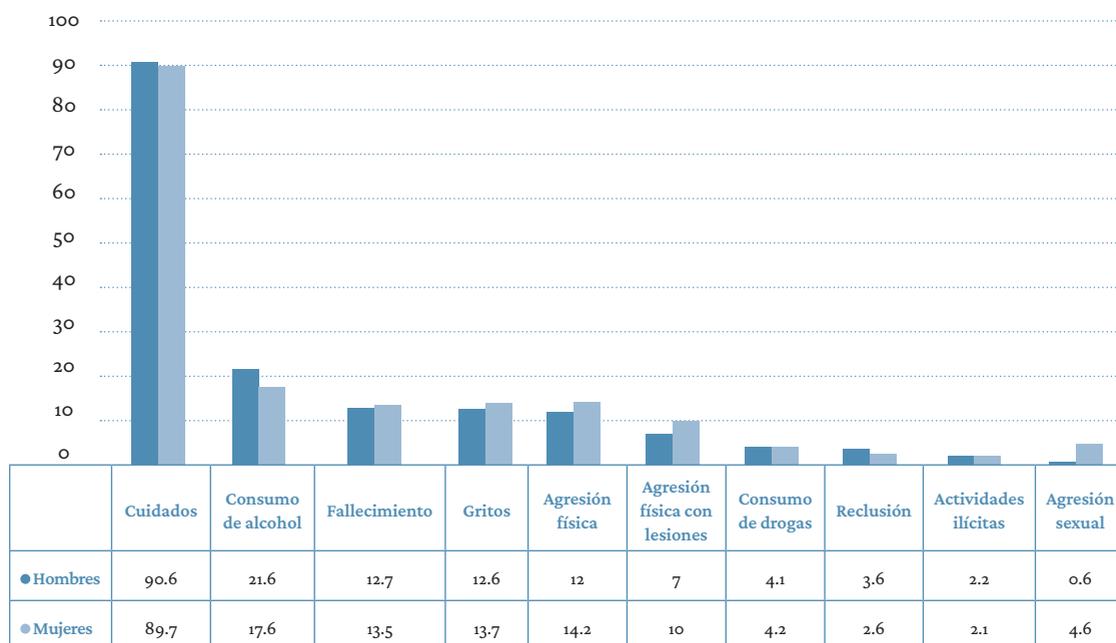
Ahora bien, en la siguiente sección, se muestra cuáles son las condiciones de vida de las mujeres en prisión, con base en las fuentes cuantitativas señaladas.

**Tabla 3.** Porcentaje de población privada de la libertad por sexo y situaciones de privación económica en su hogar el año previo a su detención actual

Tipo de privación	Ocurrió	
	Mujeres	Hombres
Tenían suficiente comida todos los días, para todos	88.1 %	90.5 %
Podían pagar las medicinas y atención médica que alguien de su hogar pudiera necesitar	79.8 %	81.5 %
Tenían dinero suficiente para comprar ropa y calzado	74.4 %	79.1 %
Tenían suficiente dinero para darle mantenimiento a su casa o pagar renta	69.4 %	74.1 %
Tenían que trabajar los siete días de la semana para cubrir sus necesidades	57 %	62.7 %
Tenían dinero suficiente para pagar las necesidades escolares o las de sus hijos(as)	63.8 %	56.9 %
Tenían dinero suficiente para divertirse (ir a bailar, de viaje, al cine, etc.)	49.2 %	55.6 %
Les alcanzaba para ahorrar	44.3 %	51.7 %
Tenían alguna deuda (con el banco, casas de préstamo, parientes, amigos o vecinos)	25.4 %	25.3 %

Fuente: elaboración propia a partir de INEGI, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021, op. cit.*: Tabulados básicos. Antecedentes generales. 2.49 “Población privada de la libertad de 18 años y más por sexo y situaciones de privación económica en su hogar el año anterior a su detención, según condición de ocurrencia de las mismas”.

**Gráfica 2.** Situaciones de vulnerabilidad vividas por las personas privadas de la libertad en su hogar antes de los 15 años, por sexo y porcentaje



Fuente: INEGI, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021, op. cit.*, p. 19.

## 2. Condiciones de vida en los centros de reinserción

El sistema penitenciario exagera las condiciones de vulnerabilidad de las mujeres privadas de la libertad en tres dimensiones: en primer lugar, inhabilita a las personas para la pertenencia y el desenvolvimiento en sociedad. La privación de la libertad, entendida como suspensión de la posibilidad de deambular fuera de los recintos penitenciarios por un tiempo indefinido (durante la prisión preventiva), determinado (por el tiempo de la sentencia) o a veces irre recuperable (en el caso de sentencias que duran décadas y concluyen con el fallecimiento de la persona o su liberación a una edad muy avanzada o en condiciones de salud precarias) es una pena aflictiva que inevitablemente reduce

el ejercicio de ciertos derechos y amputa la plena manifestación y desarrollo del yo. A la pena de privación de la libertad, cuyos fines están legalmente establecidos,<sup>57</sup> se suman castigos adicionales, que no son más que recurrentes, y sistémicas violaciones a los derechos humanos de las personas en prisión: falta de separación entre personas procesadas y sentenciadas, hacinamiento, falta de insumos básicos en cuanto a alimentación, agua, higiene, trabajo, educa-

<sup>57</sup> En México, se plantea la reinserción social y la reducción de la reincidencia.

ción y recreación, carencias graves en el ámbito de la salud, en el tratamiento de uso de drogas y en la infraestructura, etc. Asimismo, las condiciones de cogobierno y autogobierno que existen en algunos centros penitenciarios ponen en riesgo constante la vida de las personas en prisión, el personal adscrito a los centros y las personas visitantes.

En el caso de las mujeres, las omisiones y violaciones que caracterizan el sistema penitenciario mexicano se suman a la falta de espacios adecuados. Como se señaló en la introducción, la mayoría de las mujeres se encuentra alojada en centros mixtos, es decir, en pabellones, áreas, edificios o incluso “casitas” u otros espacios precarios ubicados en las cercanías de establecimientos habitados por hombres. En ocasiones, la disparidad numérica entre hombres y mujeres alojados en un mismo centro puede ser sorprendente: por ejemplo, en febrero de 2024, en el Centro de Reinserción Social de Ciudad del Carmen, había una población total de 257 personas, de las cuales siete eran mujeres. Como se adelanta en la introducción, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es enfática en señalar que el alojamiento de mujeres en centros femeniles no garantiza mejores condiciones de vida ni el acceso a bienes y servicios adecuados para ellas, sus hijas e hijos.

Asimismo, permanecen visiones estereotipadas sobre la maternidad que estigmatizan y denigran a las mujeres privadas de la libertad. El siguiente extracto es sólo un pequeño ejemplo de ello:

Se reproducen opiniones que van desde que las “mujeres PL (privadas de su libertad) no deberían tener hijos”, hasta el punto de llegar a cometer graves violaciones a los derechos humanos y en especial los reproductivos, como ocurre en los centros de Baja California, en donde se documentó que

prácticamente se les engaña diciéndoles que “no está permitido” embarazarse y a las que ingresan en estado de gravidez, se les obliga a cederlos a las instituciones en caso de que no sea encontrado un familiar apenas haya nacido el niño o niña.<sup>58</sup>

Datos publicados por el INEGI, en la ENPOL 2021, muestran a cuáles bienes y servicios tienen acceso las mujeres que viven con sus hijas e hijos y si tienen que pagar por ellos. La siguiente tabla muestra los porcentajes de mujeres que dijeron que tuvieron que pagar por suministros o servicios que, de acuerdo con el marco jurídico vigente, deberían ser proporcionados de manera gratuita por el sistema penitenciario y demás autoridades corresponsables.

**Tabla 4.** Porcentaje de mujeres que viven con sus hijas e hijos y que tienen que pagar por bienes y servicios para ellos.

Bien o servicio	Porcentaje
Medicamentos	71.3 %
Servicios médicos	61.0 %
Pañales	60.3 %
Artículos de higiene personal	51.4 %
Calzado	40.8 %
Ropa	39.4 %
Vacunas	18.4 %
Material educativo	9.2 %

<sup>58</sup> CNDH, *Informe diagnóstico sobre las condiciones...*, op. cit., p. 185.

Bien o servicio	Porcentaje
Guardería	6.6 %
Permisos para salir del centro	6.4 %
Atención psicológica	2.6 %
Baños exclusivos	2.5 %
Áreas exclusivas para dormir	1.3 %

Fuente: INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, *op. cit.*: Tabulados básicos. Centro penitenciario. “Población de mujeres privadas de la libertad de 18 años y más con hijos menores de doce años viviendo dentro del Centro Penitenciario que ha pagado por algún bien o servicio para sus hijos en los últimos doce meses, sin incluir alimentos, por bienes y servicios, julio 2020 a julio 2021”.

Como se muestra en la tabla, las mujeres tienen que pagar por derechos básicos, como los medicamentos y los servicios médicos. Asimismo, las niñas y los niños que viven en prisión con sus madres están sujetos a una condición de ser *presos de facto*, que los somete a las mismas condiciones de reclusión que su cuidadora.

Los siguientes extractos son una participación de Gaby en la que explica la vida en el interior de los penales:

Entonces, pues prácticamente yo tenía que trabajar doblemente para cubrir los gastos de alimentación, medicina, pañales y lo demás que se necesita para estar ahí adentro. También en los tiempos de fríos no hay acceso de muchas cobijas, hay un límite en la ropa, hay un límite en las cobijas, por ejemplo: en la ropa únicamente son cinco mudas de ropa, no podemos tener más ropa y no podemos tener más cobijas y no podemos tapar

las puertas y las ventanas en temporadas de frío. Fue un martirio también, porque hubo bastante frío en una temporada, entonces tampoco no nos permitían el acceso a ropa, no podíamos tener más ropa, más calzado, únicamente eran un par de sandalias, un par de zapatos y un par de tenis.

Y, por otra parte, también la limitación de la comida: no podíamos ingresar frutas para nuestros hijos porque son frutas que fermentan, porque los pueden hacer alcohol y, pues uno, bueno, yo como madre, jamás en mi cabeza pensaría en hacer algo ilícito adentro pues si yo lo que quiero es salir, lo que quiero es tener un buen comportamiento para que me puedan dar la libertad más pronta y para poder estar con mis hijos. Entonces, eso también fue uno de los sufrimientos terribles de que no hay acceso a la comida, de que todo tiene que ser limitado, todo tiene que ser por poquito, y las frutas eran prohibidas, no podíamos tener acceso a ello, para la alimentación de nuestros hijos.

Fueron tres años de martirio durante el tiempo que estuvo mi hijo conmigo y hasta cuando llegó una directora, esa directora fue muy amable porque ella es abogada y ella trató de ayudarme, de ver la manera en que mi hijo pudiera recibir una atención médica y de que pudiera estar en un lugar seguro y estable, y fue así como me enlazó con el DIF de la ciudad de Oaxaca y me fueron a ver. Entonces, ahí también ¡hubo una pelea interior!, en que yo ya estaba tan acostumbrada a mi hijo... que él dormía en mis brazos, como las camas son individuales y muy pequeñas, únicamente dormíamos estando abrazados, de otra manera, no podíamos acomodarnos.

Me acostumbré tanto a mi hijo, que cuando el DIF fue a verme para que mi hijo tuviera una oportunidad de ingresar allá y que ellos le dieran la alimentación, terapias, atención médica, y todo eso, para mí fue un

momento de desesperación, porque yo no sabía qué hacer, estaba tan acostumbrada a mi hijo y pensar en una forma egoísta de decir: bueno, yo quiero tener a mi hijo aquí porque yo quiero estar con él, quiero tenerlo, verlo diario, atenderlo, cambiarle la ropa, estarle dando su alimentación, pero también no tenía acceso a las terapias, él no tenía acceso a la medicina, entonces, dije: tomo la decisión, pues mi hijo no es el que está preso, soy yo la que está presa y darle una oportunidad a mi hijo, ¡me arranca el alma!, ¡me destroza totalmente por dentro!, porque estoy tan acostumbrada a él y tenía tanto miedo de que él se fuera porque él no habla, no come solo, no se sienta, todo el tiempo está acostadito, usa pañales, la comida se la tengo que dar en la boca, entonces fue un momento aterrador para mí, porque me preguntaba: ¿cómo saber realmente si mi hijo va a estar bien? ¿Qué tal si sufre maltrato? ¿Qué tal si pasa por esto?

Pero también hay otra parte en donde digo ¿qué tal si le dan atención?, ¿qué tal y si mejora? ¿qué tal si aquí pasamos más frío, sufrimos más?, y ¿qué tal si allá obtenga una mejor vida?

Entonces, dejé de pensar en mí y pensé en mi hijo, fue así como él salió y se fue al DIF.

Los datos cuantitativos y el testimonio de Gaby se refuerzan mutuamente y fundamentan los hallazgos de los estudios académicos y del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: pese al desarrollo de estándares internacionales e interamericanos y de la aprobación de la Ley Nacional de Ejecución Penal, una ley que representa un cambio de paradigma en México, las condiciones de vida de las mujeres en prisión son dramáticas: las carencias, las violaciones a derechos humanos, las violencias y las amenazas permean los centros de reinserción como ejes

estructurales. Esto no demerita el esfuerzo de personal directivo, técnico y de seguridad ni de autoridades convencidas y comprometidas. Sin embargo, las condiciones de desigualdad estructural de las que provienen las mujeres no encuentran respuesta en el sistema penitenciario, más bien, se refuerzan y propagan a sus hijas e hijos.

#### IV. Conclusiones y propuestas

Este documento ofrece un panorama normativo, cuantitativo y cualitativo de las problemáticas que enfrentan las mujeres privadas de la libertad, sus hijas e hijos. Su realización ha sido posible gracias al financiamiento del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías y a la participación en el proyecto de mujeres que estuvieron privadas de la libertad, lo cual ha enriquecido la comprensión del fenómeno.

A nivel internacional, se ha visibilizado la situación de las mujeres privadas de la libertad y se han generado estándares para favorecer la aplicación de alternativas al encarcelamiento, así como condiciones de detención que tomen en cuenta las mujeres, sus hijas e hijos.

En México, las normas vigentes reconocen y regulan los derechos de las mujeres privadas de la libertad y de sus hijas e hijos. Estipulan el derecho de las madres a tener a sus hijos con ellas y a las visitas frecuentes de los hijos que vivan fuera del centro de reclusión; sin embargo, su ejercicio está supeitado a las consideraciones de seguridad propias del sistema penitenciario.

Las mismas resoluciones de la SCJN que ponen el acento en el interés superior de la niñez remiten, en todos los casos, a las autoridades penitenciarias y al juez de Ejecución Penal para decidir acerca de los diferentes as-

pectos de la convivencia entre madres e hijos e hijas. Estas instancias no son las más adecuadas para velar por el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Finalmente, en México se sigue privando de la libertad a mujeres pobres, principales o únicas cuidadoras de niñas y niños y acusadas de delitos menores, no violentos, sobre todo, de robo simple. Es decir, el aparato punitivo del Estado se vuelca sobre mujeres que enfrentan condiciones de desigualdad y vulnerabilidad en razón de su género y, en lugar de atender y reparar dichas desigualdades, las agudiza. Asimismo, recrudece las situaciones de violencia de género que ha atravesado la vida de las mujeres desde la infancia. No solo los procesos de criminalización y las condiciones de detención violan los derechos de las mujeres, sino que abarcan el desarrollo de sus hijas e hijos. Al privilegiar la facultad de castigar, el Estado no respeta sus obligaciones con todas las infancias, incluyendo niñas y niños con madres en prisión.

Las condiciones materiales de reclusión siguen siendo indignas para las mujeres, sus hijas e hijos. Ellas y ellos sufren privaciones en el ámbito de la salud, la educación, la recreación e instalaciones dignas. En términos generales, es posible afirmar que las niñas y los niños que viven en prisión con sus madres son tratados como reclusos.

A partir de este supuesto, este texto y sus autoras hacen eco de las recomendaciones desarrolladas por las instancias internacionales y solicitadas por mujeres privadas de la libertad. Las siguientes propuestas se enmarcan en un paradigma que aboga por la reducción del encarcelamiento de mujeres y la destipificación de conductas como el robo simple y la posesión de sustancias psicoactivas, en aras de reducir el número de mujeres, niñas y niños en contacto con el sistema penal.

En primer lugar, debe eliminarse la figura de la prisión preventiva oficiosa en México, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por su uso claramente arbitrario y que afecta particularmente a las mujeres.

La aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento, en el caso de mujeres embarazadas y con hijas e hijos a cargo, en todas las fases judiciales y sin excepciones fundadas en los delitos, debería siempre representar la primera opción y ser argumentada en cumplimiento del interés superior de la niñez.

La tipificación y las sentencias por delitos de robo, particularmente robo simple, y el uso de la prisión en fase preventiva y de sanción deberían revisarse en aras de reducir la privación de la libertad de mujeres por estos delitos, particularmente mujeres pobres y con hijas e hijos a cargo.

Niñas y niños con madres y padres en prisión deben ser reconocidos y tratados como titulares de derecho por todas las instancias del sistema penal. En este sentido, debería plasmarse la obligatoriedad para las instancias de procuración e impartición de justicia de ponderar los efectos de una medida privativa de la libertad sobre niñas y niños de personas en conflicto con la ley penal. Asimismo, la ponderación, caso por caso, de la estancia de un niño o niña en prisión y su salida temporal o definitiva debe estar a cargo de jueces especializados en niñez y contar con la participación y asesoría de las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

Como lo muestran los datos y las fuentes empíricas, la brecha de implementación entre el marco legal y las condiciones de reclusión es abismal. Si bien debe privilegiarse la reducción de la población penitenciaria femenil y el uso de alternativas al encarcela-

miento, no debe omitirse a la par la creación de espacios para mujeres con hijas e hijos en los centros penitenciarios mixtos y para mujeres, que cuenten con instalaciones dignas, insumos gratuitos, atención pediátrica permanente y personal especializado para la educación y el cuidado de niñas y niños. Dichos espacios deben evitar o reducir al máximo el contacto de niñas y niños con el ambiente carcelario.

Finalmente, debe asegurarse la preservación del contacto de las mujeres en prisión con el mundo exterior con el uso de los medios tecnológicos disponibles y facilitando, incluso con apoyos económicos y las visitas.

## V. Referencias

- AZAOLA, Elena y José Cristina YACAMÁN, *Las mujeres olvidadas: un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República mexicana*, México, El Colegio de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1994.
- BUXTON, Julia, Mary CHINERY-HESSE, y Khalid TINASTI (eds.), *Drug Policies and Development, Conflict and Coexistence*, Ginebra, Geneva Graduate Institute, 2020.
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, Washington D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2023. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>
- CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Washington D.C, CIDH, 2008. Recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosspl.asp>
- CNDH: Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria*, México, CNDH, 2023. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP\\_2022.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP_2022.pdf)
- CNDH, *Informe diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad desde un enfoque interseccional*, México, CNDH, 2022. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe\\_Diagnostico\\_Mujeres\\_Privadas\\_Libertad.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe_Diagnostico_Mujeres_Privadas_Libertad.pdf)
- CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de diciembre de 2024).
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Rodríguez y Otro vs. México. Sentencia del 25 de enero de 2023. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana, 2023. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_482\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_482_esp.pdf)
- Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 9: Personas privadas de la libertad*, 2017. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34109-2017.pdf>
- Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, opinión consultiva OC-29/22, 30 de mayo de 2022. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_29\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf)
- FAIR Helen y Roy WALMSLEY, “World Female Imprisonment List (Fifth Edition)”, Reino Unido, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022. Recuperado de [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_imprisonment\\_list\\_5th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf)

- FAIR, Helen y Roy WALMSLEY, “World Prison Population List (Thirteenth Edition)”, Reino Unido, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, 2021, Recuperado de [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_13th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf)
- GELSTHORPE, Loraine, “Feminist Perspectives in Criminology: Early Feminist Perspectives”, en Sandra Walklate, Kate Fitz-Gibbon, Jude McCulloch y Jane Maree Maher (eds.), *The Emerald Handbook of Feminism. Criminology and Social Change*, Bingley, Inglaterra, Emerald Publishing, 2020, pp. 17-33.
- FUCHS, Marie-Christine y Leonel GONZÁLEZ POSTIGO (dirs.), *Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021.
- GIACOMELLO, Corina, *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Church World Service, 2019. Recuperado de <https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>
- GIACOMELLO, Corina, “The Gendered Impacts of Drug Policy on Women: Case Studies from Mexico”, en Julia Buxton, Mary Chinery-Hesse y Khalid Tinasti (eds.), *Drug Policies and Development, Conflict and Coexistence*, Ginebra, Geneva Graduate Institute, 2020, pp. 206-245.
- GIACOMELLO, Corina, Coletta YOUNGERS y Gaby, “Women’s Incarceration and the Impact of Drug Policies in Latin America and Mexico” [en prensa], s. f.
- GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 2ª. ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2009.
- HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída (coord.), *Resistencias penitenciarias. Investigaciones feministas en espacios de reclusión*, México, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Colectiva Editorial Hermanas en la Sombra, Libera, Juan Pablos Editor, 2017.
- INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta nacional de población privada de la libertad 2021. Principales resultados*, México, INEGI, 2021. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf)
- INEGI, Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2022. Presentación de resultados generales, México, INEGI, 2023. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef\\_2023\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf)
- Ley Nacional de Ejecución Penal, México, 16 de junio de 2016.
- NOWAK, Manfred, *The United Nations Global Study on Children Deprived of their Liberty*, 2019. Recuperado de <https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8fo8562/page/18>
- SAFRANOFF, Ana y Antonella TIRAVASSI, “Mujeres en contextos de encierro en América Latina. Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos”, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, Wilson Center Latin American Program, 2018. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.18235/0001113>
- Secretaría de Gobernación, *Diagnóstico nacional sobre tortura sexual cometida contra mujeres privadas de la libertad en México*, México, Secretaría de Gobernación, 2022.

- Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional. Febrero 2024*, México, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2024.
- SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>
- SCJN, “Reseña del amparo en revisión 644/2016”, en *Reseñas argumentativas*, México, SCJN, 2019. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias\\_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf)
- SCJN, “Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016”, *Reseñas argumentativas*, México, SCJN, 2018. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias\\_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf)
- SCJN, Tesis 1a. CLXXXVIII/2017, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, diciembre de 2017. Registro digital: 2015734.
- SCJN, Tesis aislada 2a. CXLI/2016, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, enero de 2017. Registro digital: 2013385.
- Universidad Autónoma de Chiapas, Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas [seminario], 22 de septiembre de 2023.
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Reglas de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no priva-*
- tivas de la libertad para las mujeres delinquentes y sus Comentarios*, Viena, UNODC, 2011. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)
- VIGNA, Ana, *Maternidad, cárceles y medidas alternativas a la privación de libertad*, Montevideo, Parlamento de Uruguay, Naciones Unidas Uruguay, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, 2022.
- WALKLATE, Sandra, Kate FITZ-GIBBON, Jude MCCULLOCH y Jane Maree MAHER (eds.), *The Emerald Handbook of Feminism, Criminology and Social Change*, Inglaterra, Emerald Publishing, 2020.
- YOUNGERS, Coletta, Teresa GARCÍA CASTRO y Maria (Kiki) MANZUR, *Women Behind Bars for Drug Offenses in Latin America: What the Numbers Make Clear*, Washington D.C., WOLA, 2020. Recuperado de <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Women-Behind-Bars-Report.pdf>





# La derogación tácita de los artículos 194 fracción III y 377 del Código Penal Federal

Dos casos de financiamiento criminal que  
dejaron de existir por una reforma posterior

*The Tacit Repeal of Articles 194, Section III,  
and 377 of the Federal Penal Code  
Two Cases of Criminal Financing that Ceased  
to Exist Due to a Subsequent Reform*

• **Pablo Hernández-Romo Valencia** •

Abogado litigante

• **Renata Lozano González Ferrer** •

Abogada litigante

La derogación tácita de los artículos 194 fracción III y 377 del Código Penal Federal  
Dos casos de financiamiento criminal que dejaron de existir por una reforma posterior

*La derogación tácita de los artículos 194 fracción III y 377 del Código Penal Federal  
Dos casos de financiamiento criminal que dejaron de existir por una reforma posterior*

- Pablo Hernández-Romo Valencia • Abogado litigante •
- Renata Lozano González Ferrer • Abogada litigante •

**Fecha de recepción**

01-08-2024

**Fecha de aceptación**

12-09-2024

**Resumen**

Con la creación de un nuevo tipo penal previsto en el artículo 139 Quáter del Código Penal Federal (CPF), que regula el financiamiento de ciertos delitos señalados de manera taxativa, aquellos que previamente tipificaban la misma conducta (específicamente los establecidos en los artículos 194, fracción III y 377 del CPF), se vieron derogados de manera tácita. Esto se debe a que se trata de tipos penales que norman lo mismo, por lo cual el principio *lex posterior derogat priori* ('la ley posterior deroga la anterior') es aplicable. A su vez, más tarde, se crearon dos tipos penales que controlan el financiamiento de determinados delitos, pero en sendas leyes especiales. Estos son vigentes, junto con el regulado en el artículo 139 Quáter del CPF.

**Palabras clave**

Financiamiento, derogación, principio de proporcionalidad, ley posterior que deroga la anterior, narcotráfico, robo de vehículos, terrorismo.

**Abstract**

With the creation of a new criminal offense, provided in Article 139 Quáter of the Federal Penal Code (CPF), which regulates the financing of certain crimes explicitly listed, those that previously regulated the same conduct (specifically those established in Articles 194, section III and 377 of the CPF) were tacitly repealed. This is because these are criminal offenses that regulate the same matter, thus the principle *lex posterior derogat priori* ('the later law repeals the previous one') is applicable. Subsequently, two new criminal offenses were created to control the financing of certain crimes, but within separate special laws. These are the current offenses, along with the one regulated in article 139 Quater of the CPF.

**Keywords**

Financing, repeal, principle of proportionality, subsequent law repeals the previous one, drug trafficking, vehicle theft, terrorism.

## Sumario

1. Introducción. / 2. Financiamiento al narcotráfico. / 3. Financiamiento de desmantelamiento de vehículos y otras conductas afines. / 3.1 Exposición de motivos de 19 de marzo de 1996. / 4. El Capítulo VI BIS del CPF: del financiamiento al terrorismo. / 4.1 Exposición de motivos de 6 de junio de 2013. / 5. Financiamiento en los delitos electorales. / 6. Financiamiento para los delitos cometidos en materia de hidrocarburos. / 7. Cuadro comparativo. / 8. Conclusiones. / 9. Bibliografía.

### 1. Introducción

El Código Penal Federal (CPF) ha sufrido múltiples reformas, entre las cuales hay una que llama la atención para efectos de esta investigación. En este trabajo, analizaremos los artículos que tipifican la conducta de financiamiento de diversas conductas delictivas. Demostraremos cómo es que el financiamiento al narcotráfico —artículo 194 fracción III del CPF—, así como al desmantelamiento de autopartes —artículo 377, penúltimo párrafo, del CPF— fueron delitos derogados de manera tácita por una reforma posterior.

Para poder entender lo que se explicará, solo se tienen que recordar ciertos principios generales del derecho. Es de sobra conocido que *lex posterior derogat priori*, ‘la ley posterior deroga la anterior’. Este principio se aplica al caso de estudio, puesto que la norma a la que nos referiremos fue hecha con posterioridad y comprende los únicos supuestos en los que se puede sancionar el financiamiento de cualquier conducta delictiva, según lo estipuló el poder legislativo.

Es muy importante mencionar, desde ahora, que no se trata de una ley general, ya que, si ese fuese el caso, bien se podría decir que *lex posterior generalis non derogat priori specialis* (‘una ley general posterior no deroga una

ley especial anterior’), sino que se trata de una ley especial que derogó otra ley especial.

Una vez dicho lo anterior, es necesario conocer las figuras delictivas ya mencionadas, para que se aprecie la afirmación expresada antes.

### 2. Financiamiento al narcotráfico

El artículo 194, fracción III, del CPF establece:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

III. Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo [...].<sup>1</sup>

1 Código Penal Federal, México, 14 de agosto de 1931 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2024).

El sujeto activo puede ser cualquier persona; la expresión *al que* no deja lugar a dudas. Por su lado, la conducta consiste en aportar. Por *aportar* se entiende *contribuir, añadir, dar*. Aquello que se debe aportar son *recursos económicos o de cualquier especie*. Por *recurso económico* se entiende *dinero*. El legislador, después de haber mencionado la frase previamente citada, recurrió a una cláusula abierta cuando eligió la expresión *o de cualquier especie*, dentro de la cual cabría también el dinero; pero, como ya fue mencionado expresamente, esta interpretación no tiene cabida. Entonces, engloba cualquier clase de recursos, esto es, cualquier clase de elementos disponibles para llevar a cabo una empresa.

Esta clase de conductas no es otra cosa sino un acto de auxilio o cooperación,<sup>2</sup> y quien las realice no puede ser más que un partícipe. Como se puede apreciar, en opinión de la doctrina, la tipificación de esta clase de “delitos” es innecesaria, toda vez que constituyen, por sí mismas, ya sea coautoría, ya sea participación.<sup>3</sup>

En el mismo tipo se lee *o colabore de cualquier manera al financiamiento*. El legislador utiliza otra cláusula abierta que es, a mi parecer, innecesaria, ya que la primera conducta

mencionada —*aportar recursos económicos*— constituye una forma de *financiar* la ejecución de alguno de los delitos que se tipifican en ese capítulo.<sup>4</sup>

Por *financiar*, se entiende aportar el dinero necesario para el funcionamiento de una acción.

Ahora bien, como se dijo previamente, al haberse hecho referencia a que los recursos no solo pueden ser económicos, sino de cualquier clase, se habla en el tipo no solo de financiamiento, sino también de *supervisión* o *fomento*. Se entiende por *supervisión* ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros; por *fomento*, protección.

Cualquiera de las dos conductas debe tener una finalidad consistente en *posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo*. Decimos que se trata de una finalidad, porque así se desprende de la preposición *para*. Entonces, no se exige que se posibilite la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el artículo, sino que basta la mera finalidad de realizar esto para que se consume el tipo. En pocas palabras, se está

2 Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López, *Derecho penal mexicano. Parte especial*, volumen II, México: Porrúa, 2000, p. 78. Para consultar una postura distinta, en la que se propone que estas conductas son casos de coautoría, véase Sergio García Ramírez, *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, 3ª ed., México: Trillas, 1980, pp. 58-59.

3 Mariano Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, tomo V, 3ª ed., México: Porrúa, 1985, p. 154.

4 De otra postura, que argumenta que se trata de dos conductas diversas, *vid.* Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López, *Derecho penal mexicano. Parte especial*, volumen II, México: Porrúa, 2000, p. 78; Efraín García Ramírez, *Drogas. Análisis jurídico del delito contra la salud*, 5ª ed., México: Sista, 1989, p. 403, para quien: “El colaborador de cualquier manera al financiamiento, tendría que ser alguna forma distinta a las apuntadas anteriormente, como el hecho de proporcionar los químicos para el procesamiento de la hoja de coca en cocaína; a los choferes o pilotos, para que tripularan los vehículos terrestres, aéreos o marítimos, etc”.

en presencia de la tipificación de un acto preparatorio de un delito contra la salud.

Para poder entender lo previamente dicho, es necesario saber que el capítulo al que se hace referencia en el tipo se denomina: *De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos*. Este se encuentra en el Título Séptimo del Libro Segundo del CPF que lleva por rubro *Delitos contra la Salud*.

Este delito se publicó el 10 de enero de 1994 en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), y entró en vigor el 1 de febrero del mismo año.<sup>5</sup> En este artículo, como se puede apreciar, se sanciona, en la parte que interesa para este estudio, a la persona que financie, de cualquier forma, la posibilidad de la ejecución de algunos de los delitos contra la salud; esto es, del narcotráfico.

La pena para quien realice esta conducta es de 10 a 25 años de prisión y de 100 hasta 500 días multa. A nuestro juicio, esto viola el principio de proporcionalidad, puesto que no es posible sancionar de la misma manera las conductas tipificadas en las fracciones I y II del artículo 194 del CPF, que las reguladas en la fracción III, que solamente constituyen un acto preparatorio.<sup>6</sup>

5 No obstante lo dicho *supra*, a partir de la reforma de 1974, una parte del tipo que ahora comentamos estaba tipificado en la fracción II del artículo 198 del CPF, en el que se sancionaba *la aportación de recursos económicos de otra especie para la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo I del Título Séptimo del Libro Segundo del CPF*.

6 En el desarrollo legislativo para la creación de esta fracción no se dijo nada de importancia para efectos de este trabajo.

### 3. Financiamiento del desmantelamiento de vehículos y otras conductas afines

El artículo 377 del CPF establece:

Se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:

- I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;
- II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;
- III. Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;
- IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y
- V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.

A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole, para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores, se le considerará copartícipe en los términos del artículo 13 de este Código.<sup>7</sup>

La parte del artículo que importa, para esta investigación, es la del penúltimo párrafo, en la que se regula la aportación de recursos económicos o de cualquier especie, para que se lleven a cabo las conductas descritas en sus fracciones; en pocas palabras, el financiamiento de estas.

7 Código Penal Federal, *op. cit.*, art. 377.

Como se puede apreciar, prácticamente es la misma conducta que la señalada en el artículo 194, esto es, la de financiamiento al narcotráfico; lo único que cambia es que en este tipo se lee “cualquier índole”, mientras que en el tipo anterior se lee: “cualquier especie”. Ahora bien, por *índole* se entiende ‘naturaleza’; por lo tanto, cualquiera de las dos formas abarca lo mismo.

En este tipo, al igual que el anterior, la aportación de cualquier clase de recursos debe tener una finalidad específica. En este caso, la ejecución de alguna de las conductas delictivas mencionadas en las cinco fracciones de este artículo. Entonces, se está sancionando la conducta de financiamiento al encubrimiento o receptación de autopartes.<sup>8</sup> De cualquier forma, lo que importa es que se castiga el financiamiento de este tipo de conductas delictivas.

La pena para quien realice esta conducta, de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 64 Bis del CPF, es de tres años, cinco meses, a once años, tres meses, de prisión y hasta setecientos cincuenta días de multa.

Si bien esta pena se podría considerar respetuosa del principio de proporcionalidad, pues no sanciona de la misma manera a quien lleva a cabo un acto preparatorio que a quien comete el delito fin, esta sigue sin ser, en nuestra opinión, adecuada. Esto se debe a que, como el tipo no exige que se ejecute aquella conducta delictiva para la cual se financió, no se puede hablar ni siquiera de un partícipe. No debemos olvidar que, para hablar de partícipe, y lógicamente sancionarlo

como tal, debe existir un autor, situación que no se cumple en este supuesto.

Este artículo se adicionó el día 13 de mayo de 1996, según su publicación en el *DOF* y entró en vigor al día siguiente.

### 3.1 Exposición de motivos de 19 de marzo de 1996

En la exposición de motivos de la Cámara de Senadores, se dijo respecto de este delito: “Al que apoye la realización de las actividades sancionadas por este artículo, será considerado como copartícipe del delito. Ello inhibirá el crecimiento de dichas organizaciones criminales”.

Además, dentro del dictamen que se llevó a cabo en la misma cámara el 22 de abril de 1996, en el punto 9 de la valoración de iniciativas (“Cambios en las descripciones típicas”), específicamente donde se exponen las “Modificaciones legales propuestas”, se dijo: “También se establece que será copartícipe el que financie este tipo de actividades”. Con ello, queda claro lo que se expresó antes respecto de la frase *aporte recursos económicos*, en el sentido de que no expresa otra cosa sino el financiamiento de esta clase de hechos delictivos.

## 4. El capítulo VI bis del CPF: Del financiamiento al Terrorismo

El día 14 de marzo del 2014, se publicó en el *DOF* que se adicionaba el Capítulo VI BIS, que se encontraría dentro del Título Primero, denominado *Delitos contra la seguridad de la Nación*, el cual se encuentra en el libro segundo del CPF y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

8 Marco Antonio Díaz de León, *Código penal federal con comentarios*, tomo II, 5ª ed., México: Porrúa, 2001, p. 1722.

El nuevo capítulo se nominó “Del Financiamiento al Terrorismo” y, en este, se encuentra el artículo 139 Quáter. Si bien, a primera vista, cualquiera que lea el nombre podría afirmar que lo que se sanciona no es otra cosa sino el financiamiento al terrorismo, la realidad es que esto no es correcto. Nos explicamos.

El artículo establece:

Se impondrá la misma pena señalada en el artículo 139 de este Código, sin perjuicio de las penas que corresponden por los demás delitos que resulten, al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes:

- I. Del Código Penal Federal, los siguientes:
  1. Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter;
  2. Sabotaje, previsto en el artículo 140;
  3. Terrorismo Internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter;
  4. Ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 167, fracción IX, y 170, párrafos primero, segundo y tercero, y
  5. Robo, previsto en el artículo 368 Quinquies.
- II. De la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan

producir Energía Nuclear, los previstos en los artículos 10 y 13.<sup>9</sup>

Como se puede apreciar en la lectura del artículo, se castigan dos conductas con dos finalidades distintas.

Una primera consistente en: “al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas”.

Una segunda se expresa como:

[...] al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes.

Como se puede apreciar, el denominador común en ambas conductas consiste en que la persona “por cualquier medio, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados” a determinadas finalidades.

Del mismo modo, ambas conductas pueden ser realizadas por cualquier persona, la expresión *al que* no deja lugar a dudas: se está en presencia de un tipo común.

La conducta que se explicará puede realizarse *por cualquier medio*. Como se puede

<sup>9</sup> Código Penal Federal, *op. cit.*, art. 139.

apreciar, fue innecesario que el legislador, además de esto, hiciera referencia a que esta se lleve a cabo *directa o indirectamente*. En efecto, la precisión no aporta absolutamente nada al tipo. Lo ideal sería eliminar la frase, para que sea más sencillo.

La conducta puede consistir en *aportar o recaudar*. Por *aportar* se entiende ‘contribuir, añadir, dar’. Por *recaudar* se entiende ‘recibir algo y encargarse de ello’. Lo que se aportará o recaudará debe ser *fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza*. Por *fondos económicos* se entiende ‘porción de dinero’. Por *recursos de cualquier naturaleza* se entiende ‘bienes de cualquier clase’. La expresión *recursos de cualquier naturaleza* comprende los fondos económicos; por lo tanto, podemos decir que la redacción no es la más feliz. Lo ideal, para efectos de que el tipo sea más sencillo, sería dejar únicamente la expresión *recursos de cualquier naturaleza*.

El tipo contiene un elemento subjetivo específico consistente en que cualquiera de las conductas debe realizarse *con conocimiento de que serán destinados*, esto es, que el sujeto activo tiene que saber que los recursos de cualquier naturaleza serán enviados para un determinado hecho. Esto indica que la conducta únicamente admite el dolo directo como elemento subjetivo del tipo.

La primera finalidad consiste en: *para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas*. La segunda finalidad consiste en: *para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes*.

En cuanto a la primera finalidad, por *financiar* se entiende ‘aportar el dinero necesario para el funcionamiento de una acción’; por *apoyar actividades*, ‘ayudar en el actuar’. Tanto en el caso de *financiamiento* como en

el de *apoyar actividades*, la acción debe ocurrir respecto de *individuos u organizaciones terroristas*, esto es, de una persona o grupos que practican actos de terrorismo. Respecto de la segunda finalidad, se busca que sean utilizados o pretendan ser utilizados para la comisión, en el país o en el extranjero, de cualquiera de los delitos tipificados en el CPF y la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan Producir Energía Nuclear. Es muy importante que se aprecie que el legislador hizo referencia a que el financiamiento de cualquier conducta delictiva puede vincularse con *cualquiera de los delitos tipificados en los ordenamientos legales siguientes*. Esto significa que el delito de financiamiento de “cualquier conducta delictiva”, únicamente puede realizarse respecto de los tipificados en ellos.

Ahora bien, respecto del CPF, el legislador señaló, de forma taxativa, cuáles son los únicos tipos que pueden relacionarse con la comisión del delito de financiamiento: terrorismo, sabotaje, terrorismo internacional, ataques a las vías de comunicación y robo.

Hemos de decir, respecto de todos los delitos previamente mencionados, que el legislador consignó los artículos en los que se encuentran tipificados; sin embargo, la realidad es que muchos de ellos no tipifican la conducta en sí, sino otras que tienen algo que ver con el delito nominado, pero que no son específicamente ese delito. Nos explicamos.

El primer delito que se menciona es el de *terrorismo*, y se dice que está “previsto” en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter. Nada más lejos de la realidad. En efecto, si bien es cierto que el delito de terrorismo sí está tipificado en el artículo 139 del CPF; en el artículo 139 Bis, solo está tipificada la conducta de quien encubra a un terrorista, algo totalmente dis-

tinto al delito como tal. De igual manera, en el artículo 139 Ter del CPF se tipifica la conducta de amenazar con cometer el delito de terrorismo, cosa que no es terrorismo.

El segundo delito que se menciona es el de *sabotaje*, y se dice, con razón, que está tipificado en el artículo 140 del CPF.

El tercer delito que se menciona es el de *terrorismo internacional*, y se dice que está “previsto” en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter, todos ellos del CPF; nada más alejado de la realidad, puesto que nuevamente, en el artículo 148 Bis, en su fracción I, se tipifica el delito; pero no en las fracciones II a IV. En el artículo 148 Ter, por su parte, se castiga el encubrimiento de quien realiza la conducta de terrorismo internacional y, en el artículo 148 Quáter del CPF, se castiga al que amenaza con cometer el delito de terrorismo a que se refieren las fracciones I a III.

El cuarto delito que se menciona es el de *ataques a las vías de comunicación*, previsto en los artículos 167, fracción IX y 170, párrafos primero, segundo y tercero. Sobre este no tenemos comentario alguno.

El quinto delito que se menciona es el de *robo*, previsto en el artículo 368 Quinquies, en el que se tipifica específicamente el robo de material radiactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo o fuente de radiación. No tenemos algún comentario sobre este artículo.

La pena para quien cometa este delito es de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa. Como se puede apreciar, es una pena mucho mayor que las señaladas en los artículos 194, fracción III y 377 del CPF, que tipifican la misma conducta.

Una vez conocido lo anterior, es necesario conocer qué se dijo en la exposición de motivos del artículo en comento.

#### 4.1 Exposición de motivos de 6 de junio de 2013

En la exposición de motivos de 6 de junio de 2013 en la cámara de diputados, se dijo:

Se propone como un delito autónomo la conducta de financiamiento al terrorismo, mediante la cual se pretende sancionar con prisión de quince a cuarenta años, al que por cualquier medio que fuere, ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, ya sea para financiar o apoyar individuos o agrupaciones terroristas, esto es, aquéllos cuyo propósito, individual o común, sea cometer actos terroristas, participen en la comisión de estos, se organicen o dirigen a otros para cometerlos, o bien, recursos que se han utilizados o se pretendan utilizar directa o indirectamente, total o parcialmente; para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos de terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter; así como los delitos de sabotaje, previsto en el artículo 140; terrorismo internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 167, fracción IX, y 170 párrafos primero y tercero, y robo, previsto en el artículo 368 Quinquies; delitos cometidos por la explotación en reservas mineras nacionales, yacimientos de uranio, torio y otras sustancias de las cuales puedan separarse, producirse u obtenerse isótopos hendibles o sustancias radioactivas que puedan producir energía nuclear, y por comerciar, poseer, extraer, refinar, comprar, enajenar, ministrar gratuitamente, transportar, y, en general, efectuar cualquier acto de adquisición, extracción, refinamiento, suministro o tráfico de uranio, torio, plutonio Pu-239 y demás sustancias de las cuales puedan

separarse, producirse u obtenerse isótopos hendibles o sustancias radioactivas que puedan producir energía nuclear.<sup>10</sup>

En el dictamen de la cámara de origen, de fecha 3 de diciembre de 2013, se dijo:

**Segundo.** Después de haber revisado, analizado e investigado los argumentos vertidos de la propuesta para la adición de un artículo 139 Quáter al Código Penal Federal, se coincide con el argumento del proponente respecto de considerar las conductas encaminadas al Financiamiento al Terrorismo, en virtud de que ello permitirá adecuar la legislación penal de nuestro país a los requerimientos internacionales establecidos en instrumentos jurídicos de los cuales el Estado mexicano forma parte, así como asumir los compromisos adquiridos en organismos internacionales y diversos instrumentos internacionales protocolos y convenciones, lo cual sin duda alguna, proyectará a nuestro país en el exterior, en una franca posición de coincidencia con los demás estados comprometidos con el combate al terrorismo y su financiamiento.

<sup>10</sup> Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recibida del Ejecutivo federal en la sesión de la Comisión Permanente del miércoles 5 de junio de 2013, *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3786-I, 6 de junio de 2013. Recuperado de <https://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/jun/20130606-I.html#I-niciativas>

Asimismo, se exalta el hecho de establecer como un tipo penal autónomo el Financiamiento al Terrorismo en el artículo 139 Quáter que se pretende adicionar al Código Penal Federal, en virtud de que ello permitiría fortalecer la punición de penas relacionadas con una conducta, constituyendo por sí solo un delito independiente y autónomo, es decir, no será necesario el concurso de normas para exigir la configuración del tipo penal en particular.

Con la finalidad de complementar el tipo penal propuesto sobre el financiamiento de actos terroristas, se propone a la par incluir dos fracciones que dispongan aquellos delitos que pueden estar vinculados y que se ven beneficiados con esta forma de subvencionar dichos actos ilegales. Entre estos delitos tenemos, los siguientes:

- I. Del Código Penal Federal:
  1. Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter;
  2. Sabotaje, previsto en el artículo 140;
  3. Terrorismo Internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter;
  4. Ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 167, fracción IX, y 170, párrafos primero, segundo y tercero, y
  5. Robo, previsto en el artículo 368 Quinquies.
- II. De la Ley que declara reservas minerales los yacimientos de uranio, torio y las demás substancias de las cuales se obtengan isótopos hendibles que puedan producir energía nuclear, los previstos en los artículos 10 y 13.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> De la Comisión de Justicia, con proyecto de

De la exposición de motivos, se desprende claramente que la intención fue crear un tipo que sancionara a quien financiara, por una parte, a agrupaciones terroristas y, por otra, a cualquiera de los delitos que se mencionan en las dos fracciones ahí dichas.

Al haberse creado un tipo que busca sancionar todas las conductas de financiamiento a delitos que menciona de forma taxativa, entonces lo lógico es pensar que, como es una norma posterior, los previamente tipificados en los que se sancionaba esa conducta, como el delito contra la salud —artículo 194, fracción III— y el de robo —artículo 377—, fueron derogados.

Es importante aclarar que este nuevo tipo penal es de carácter especial, dado que no regula el financiamiento de manera genérica, sino que prevé cuáles son los delitos en particular respecto de los cuales se podrá cometer dicha conducta.

No obstante lo anterior, en los años 2014 y 2016 se crearon sendas leyes especiales en las que se tipificó el financiamiento a un delito electoral y a quien cometa alguno de los delitos cometidos en materia de hidrocarburos.

---

decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Fiscal de la Federación; y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3919-III, 3 de diciembre de 2013, pp. 13-14. Recuperado de <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131203-III.pdf>

## 5. Financiamiento en los delitos electorales

El 23 de mayo del 2014 se publicó en el *DOF* que se creaba la Ley General en Materia de Delitos Electorales (LGMDE) y que entraba en vigor al día siguiente de su publicación.

En el artículo 7, fracción XVIII de la LGMDE se establece un tipo que sanciona el financiamiento para apoyar actos proselitistas en una campaña electoral:

Se impondrán de cincuenta a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien:

XVII. Por sí o por interpósita persona, proporcione fondos provenientes del extranjero a un partido político, coalición, agrupación política o candidato para apoyar actos proselitistas dentro de una campaña electoral.<sup>12</sup>

Como se puede apreciar, el sujeto activo puede ser cualquier persona. La conducta consiste en *proporcionar fondos*, esto es, poner a disposición de alguien un caudal o conjunto de bienes que posee una persona o una comunidad. Para efectos de este trabajo, se debe considerar que *proporcionar* es sinónimo de *aportar*. Ahora bien, dichos fondos deben provenir del extranjero, esto es, de un país que no sea México y debe estar dirigido a un partido político, coalición, agrupación política o candidato.

Se aprecia un elemento subjetivo específico consistente en que la conducta sea “para

---

<sup>12</sup> Ley General en Materia de Delitos Electorales, México, 23 de mayo de 2014 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de mayo de 2021).

apoyar actos proselitistas dentro de una campaña electoral”. Como se puede apreciar, no es necesario que se apoyen los actos proselitistas dentro de una campaña electoral; bastará la mera intención para que se consuma el injusto; el término *para* no deja lugar a dudas.

## 6. Financiamiento para los delitos cometidos en materia de hidrocarburos

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos (LFPSCMH) se publicó el 13 de enero de 2016 en el *DOF*. Su artículo 18 tipifica el financiamiento para que se cometa alguno de los delitos estipulados en dicha ley:

Se impondrá pena de 17 a 25 años de prisión y multa de 17 000 a 27 000 veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización vigente, a quien directa o indirectamente reciba, recaude o aporte fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, a sabiendas que serán utilizados para cometer alguna conducta tipificada en esta Ley.<sup>13</sup>

El sujeto activo puede ser cualquier persona; no se exige calidad especial alguna. La expresión *a quien directa o indirectamente* no aporta absolutamente nada al tipo; si se eliminase, sería lo mejor. La conducta consiste en recibir, recaudar o aportar “fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, a

sabiendas que serán utilizados para cometer alguna conducta tipificada” en la LFPSCMH. Por *recibir* se entiende ‘tomar lo que se da o envía’. Por *recaudar* se entiende ‘guardar’. Por *aportar* se entiende ‘contribuir, añadir, dar’.

Cualquiera de estas conductas debe ser respecto de *fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza*. Dichos términos ya fueron explicados cuando analizamos el Capítulo VI BIS del CPF; es válido lo dicho ahí.

El tipo exige un elemento subjetivo específico, en la frase *a sabiendas*, es decir, con conocimiento y deliberación; por ello, solo admite el dolo directo como forma comisiva.

El elemento subjetivo específico está dirigido a que el sujeto activo tiene que saber que cualesquiera de las acciones descritas *serán utilizadas para cometer alguna conducta tipificada en esta Ley*. Como se puede apreciar, no se exige que se cometa alguna de las conductas tipificadas en la LFPSCMH, basta la mera intención; la preposición *para* no deja lugar a dudas.

La pena para quien cometa esta conducta es de 17 a 25 años de prisión y de 17 000 a 27 000 veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización vigente (UMA).

## 7. Cuadro comparativo

Como se ha adelantado de cierta manera, consideramos que los delitos comentados en este trabajo regulan las mismas conductas. A efecto de ilustrarlo de manera clara, se presenta el siguiente cuadro comparativo:

Como se puede observar, todos los delitos en cuestión requieren que el sujeto activo *aporte*, esto es, que contribuya, añada o dé fondos económicos o recursos de cualquier especie o naturaleza. Si bien el financiamiento a los delitos electorales utiliza el verbo *proporcionar*, este es sinónimo de *aportar*.

<sup>13</sup> Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, 12 de enero de 2016 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre de 2021).

	Financiamiento al narcotráfico	Financiamiento al desmantelamiento de vehículos y otras conductas	Financiamiento al terrorismo	Financiamiento a los delitos electorales	Financiamiento a delitos en materia de hidrocarburos
<b>Sujeto activo</b>	<i>Cualquiera</i>				
<b>Conducta</b>	<i>Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento [...]</i>	<i>A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole [...]</i>	<i>Aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza [...]</i>	<i>Proporcione fondos provenientes del extranjero a un partido político, coalición, agrupación política o candidato [...]</i>	<i>Recaude o aporte fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza [...]</i>
<b>Elemento subjetivo específico</b>	<i>para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo [...]</i>	<i>para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores [...]</i>	<i>(i) con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, (ii) o para ser utilizados, que o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes [...]</i>	<i>para apoyar actos proselitistas dentro de una campaña electoral [...]</i>	<i>a sabiendas que serán utilizados para cometer alguna conducta tipificada en este Ley. [...]</i>
<b>Pena</b>	10 a 25 años de prisión. 100 a 500 días multa.	3 años 9 meses a 11 años 3 meses de prisión. Hasta 750 días multa.	15 a 40 años de prisión. 400 a 1 200 días multa.	6 meses a 3 años de prisión. 50 a 100 días multa.	17 a 25 años de prisión. 17 000 a 27 000 el valor de la UMA.

Ahora bien, dado que *fondos* son el caudal o conjunto de bienes que posee una persona o una comunidad, y *recursos* son bienes o medios de subsistencia, podemos afirmar que también se está ante términos equivalentes.

También se debe notar que todos estos delitos tienen un elemento subjetivo específico en común, consistente en que los recursos se aporten *para* cometer otro ilícito; esto es, no se exige que se cometa el delito al que se hace alusión, sino que únicamente se requiere la intención de que los recursos aportados sean utilizados para dicho propósito.

Si bien los delitos tipificados en el artículo 139 Quáter del CPF y la LFPSDCMH también hablan de que la conducta se realice “con conocimiento” o “a sabiendas”, estas expresiones son innecesarias, dado que el dolo directo se desprende de la finalidad de la conducta: que con los recursos se ejecute otro delito. Esto es, si se aportan fondos con cierta finalidad en mente, es claro que se tiene un dolo directo respecto de la acción.

En cuanto a las penas de estos delitos, a simple vista se puede advertir que existe una violación al principio de proporcionalidad. Por poner un ejemplo, se propone observar la diferencia abismal entre la pena establecida para el financiamiento al desmantelamiento de vehículos (artículo 377, penúltimo párrafo CPF) y la que se impone al financiamiento de conductas tipificadas en la LFPSDCMH. ¿Cómo es que una misma conducta puede ser considerada, en un caso, merecedora de una pena de prisión de solamente tres años y nueve meses y, en otros, mínimo 17 años de prisión?

Lo mismo sucede con la multa. En el primer caso los legisladores consideraron que la multa podría oscilar entre 1 y 750 días multa, mientras que, en el segundo, se consigna, como mínimo, 17 000 UMA. Tal parece que el legislador no está estableciendo sanciones proporcionales al delito ni al bien jurídico afectado.

Para poder hacer este tipo de afirmaciones no se debe obviar que las conductas aquí sancionadas son meros actos preparatorios; esto significa que, en el caso de los ejemplos expuestos, aun no se ha desmantelado vehículo alguno ni se ha realizado ningún otro delito regulado en la LFPSDCMH. Lo único que ha hecho el sujeto activo es aportar fondos con cierto propósito, no más. De ahí, entonces, que, si las conductas son las mismas, no nos explicamos las diferencias entre las penas.

## 8. Conclusiones

**Primera.** El delito tipificado en el artículo 139 Quáter del CPF derogó, de manera tácita, los delitos regulados en los artículos 194, fracción III y 377, penúltimo párrafo, de mismo instrumento legal. Esto se fundamenta en que, en este nuevo tipo penal, se tipificó la misma conducta, pero ahora señalando, de forma taxativa, aquellos delitos respecto de los cuales se podrá cometer esta conducta; de ahí que todos los demás artículos que tipificaban financiamientos a delitos dentro del CPF queden sin efectos.

**Segunda.** Los delitos de financiamiento tipificados en la LGMDE y la LFPSDCMH, a pesar de ser de creación posterior al artículo 139 Quáter del CPF, no derogan este por el principio de derecho *sed et posteriores leges ad priores pertinente, nisi contrarie sint* (“pero también las leyes posteriores se interpretan por las anteriores, excepto que fueran contrarias”). En este sentido, dado que las leyes especiales en comento no se encuentran en contradicción con el artículo 139 Quáter del CPF, se complementan y, con ello, se amplía el catálogo de delitos respecto de los cuales se puede cometer el de financiamiento.

**Tercera.** Todas las conductas tipificadas que se mencionan en este trabajo sancionan meros actos preparatorios o ejecutivos, con independencia de si el delito que se pretende financiar se cometa o no; se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad. De conformidad con esto, lo correcto sería que estas conductas se sancionen de manera proporcionada a lo que son; esto es, la pena tendría que ser incluso menor a la que se pueda imponer a la tentativa del delito que se pretende financiar. Lo que no puede suceder es que las penas sean iguales o incluso mayores a las de los delitos financiados.

**Cuarta.** Las penas establecidas para los distintos financiamientos violan el principio de proporcionalidad, pues son abismalmente distintas entre sí, a pesar de regular la misma conducta, además de que sancionan de manera igual o más grave el financiamiento que los delitos sufragados.

## 9. Bibliografía

Código Penal Federal, México, 14 de agosto de 1931 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2024).

De la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Fiscal de la Federación; y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, núm. 3919-III, 3 de diciembre de 2013, pp. 13-14. Recuperado de <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131203-III.pdf>

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, tomo II, 5ª ed., México: Porrúa, 2001.

GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, *Drogas. Análisis jurídico del delito contra la salud*, 5ª ed., México: Sista, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, 3ª ed., México: Trillas, 1980.

Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recibida del Ejecutivo federal en la sesión de la Comisión Permanente del miércoles 5 de junio de 2013, *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3786-I, 6 de junio de 2013. Recuperado de <https://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/jun/20130606-I.html#Iniciativas>

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo V, 3ª ed., México: Porrúa, 1985.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, 12 de enero de 2016 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre de 2021).

Ley General en Materia de Delitos Electorales, México, 23 de mayo de 2014 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de mayo de 2021).

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y Gilberto VARGAS LÓPEZ, *Derecho Penal Mexicano. Parte especial*, volumen II, México: Porrúa, 2000.



Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



# El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal

*The Normative Discussion on  
Punishment in the Criminal Justice*

• **Ilse Carolina Torres Ortega** •

Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante.  
Profesora-investigadora en el Departamento de Estudios  
Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico de Estudios  
Superiores de Occidente (ITESO) (Jalisco, México).  
Código ORCID: 0000-0002-5929-9137

Correo electrónico: [torresilsse@iteso.mx](mailto:torresilsse@iteso.mx)

## El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal

*The Normative Discussion on Punishment in the Criminal Justice*

• Ilse Carolina Torres Ortega • Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) •

### Fecha de recepción

15-08-2024

### Fecha de aceptación

21-09-2024

### Resumen

La discusión normativa sobre el castigo debe tener un lugar privilegiado dentro de la reflexión y el programa de la justicia penal. Sin embargo, ello exige dos cosas. Por un lado, tener presente el calado de los interrogantes implicados en la cuestión de la justificación de esta institución y de las prácticas que caen dentro de ella. Por otro lado, hay que reconocer que este recorrido de propuestas normativas no es un fin en sí mismo y no sucede en abstracto, desapegado de los contextos específicos y de las prácticas concretas de castigo.

El objeto de este texto consiste en reivindicar la teoría normativa sobre el castigo como un elemento fundamental para la comprensión y la transformación de los fenómenos sociales relacionados con la justicia penal; una comprensión que no puede ser fácticamente indiferente, pero tampoco normativamente ciega.

**Palabras clave:** Castigo, Justicia penal, Teoría normativa, rehabilitación, teorías éticas.

### Abstract

The normative discussion of punishment should have a privileged place in the thinking and agenda of Criminal Justice. However, this requires two things. On the one hand, it is necessary to be aware of the depth of the questions involved in the issue of the justification of this institution and of the practices that fall within it. On the other hand, it is also necessary to recognise that this series of normative proposals is not an end in itself and does not take place in the abstract, detached from the specific contexts and concrete practices of punishment. The purpose of this text is to claim that the normative theory of punishment should be considered a fundamental element in understanding and transforming of social phenomena related to criminal justice. An understanding, however, that is neither factually indifferent, nor normatively vacuous, being reduced to its facticity.

**Keywords:** Punishment, Criminal Justice, Normative Theory, rehabilitation, ethical theories.

## Sumario

1. Introducción. / 2. El problema del castigo jurídico. / 2.1. Un problema de filosofía política: ¿qué legitima al castigo como instrumento del poder? / 2.2. Un problema de filosofía moral: ¿qué justifica moralmente causar un mal? / 3. Propuestas justificatorias contemporáneas sobre el castigo. / 3.1. Principios del siglo XX: el reinado de la rehabilitación y la incapacitación. / 3.1.1. Incapacitación. / 3.1.2. Prevención o disuasión (especial, general, marginal y parcial) / 3.1.3. Rehabilitación. / 3.2. Mediados del siglo XX: las teorías mixtas y la contienda entre las explicaciones médicas y morales del fenómeno criminal. / 3.3. La década de 1970: el auge del retribucionismo y la descripción moral del delito. / 3.3.1. Teorías basadas en el merecimiento simple. / 3.3.2. Teorías recíprocas. / 3.3.3. Teorías comunicativas y expresiva. / 4. Desafíos específicos del contexto hispanoamericano. / 4.1. Injusticia y crítica social / 4.2. Encarcelamiento masivo / 4.3. El castigo en el mundo latino / 5. Reflexiones finales / 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

El debate sobre el castigo, hoy en día, parece inconmensurable. Cualquier persona que afirme la posibilidad de presentar una respuesta novedosa e inexplorada sobre el porqué castigamos, seguramente sería tildada, bien de presuntuosa, o bien de desinformada. La primera posibilidad —la actitud presuntuosa— tiene que ver con el hecho de que, aun ante el vertiginoso desarrollo de la literatura sobre el castigo, la discusión continúa orbitando en torno a ideas clásicas sobre el *retribucionismo*, el *prevencionismo* y la *rehabilitación*. Con algunas excepciones —como las perspectivas abolicionistas—, las distintas propuestas de justificación del castigo continúan siendo, en su generalidad, subclases de estos grandes marcos teóricos o una mixtura de sus elementos. La segunda posibilidad —la desinformación— pasaría por hacer caso omiso al enorme desarrollo de los estudios sobre el castigo, limitándose a dar cuenta del planteamiento tradicional retribucionismo *versus* prevencionismo, como si este no hubiera sido

problematizado con el pasar de los años, subestimando con ello la importancia que en la literatura (*ius*) filosófica ha tenido la cuestión del castigo.

En este texto se procura no incurrir en ninguna de estas actitudes, sea cayendo en la inmodestia de tener como objetivo la mera originalidad, o bien en la absoluta apatía respecto a la posibilidad de aportar elementos críticos a una discusión superada. Aquí, más bien, la persona lectora encontrará un recorrido normativo sobre el castigo con la finalidad de robustecer esta dimensión (la normativa) frente a enfoques que, bajo la apropiada denuncia de que la teoría suele estar demasiado alejada de nuestras prácticas concretas de castigo, renuncian a dicha dimensión por considerarla una manera más de encubrir —una ideología que enmascara— las injusticias del sistema de justicia penal.

El problema del castigo mantiene la misma vigencia de hace siglos, cuando los autores clásicos se preguntaban sobre

cómo conducirse frente a quienes incumplen las expectativas de conducta de una comunidad, pero las respuestas se han ido diversificando. En tanto que el castigo es una institución que opera en nuestras comunidades como una carga que se impone a una persona a manera de reacción ante una conducta que ha supuesto una vulneración a una tercera persona, la pregunta por su justificación no es otra cosa que el reconocimiento de que ese tipo de cargas no son aceptables si resultan solo de la arbitrariedad o de un contingente ejercicio del poder; o tienen un fundamento racional o se tratará de males que deberán ser expulsados de nuestros ordenamientos debido a su injusticia. Esto es, como apunta Vilajosana, *prima facie* el castigo consiste en un acto moralmente incorrecto, a menos que haya buenas razones satisfactorias para hacerlo.<sup>1</sup>

Una estrategia de transformación de la justicia penal no puede prescindir de la dimensión ideal del castigo, pues es en ella donde se lleva a cabo el cuestionamiento a la realización de sus fines y donde se lleva a cabo el juicio sobre su corrección o incorrección. Esta dimensión ideal corresponde, pues, a la teoría normativa sobre el castigo.<sup>2</sup> Así, la normatividad no

consiste en una actitud de culto al derecho y a las instituciones estatales; lejos de esto, combatir las injusticias exige procurar que una normatividad críticamente fundamentada se inserte en las prácticas reales, transformándolas a la luz de las propuestas realizadas por las teorías normativas que nos orientan sobre las condiciones de legitimidad de la práctica del castigo. En concordancia con la idea de Turner, la normatividad está en todas partes, y ello se evidencia en lo necesario y recurrente que hablamos de lo que es correcto e incorrecto, bueno y malo, racional y no racional, válido o inválido. Lo normativo es un ámbito especial de los hechos que valida, justifica, posibilita y regula el discurso normativo, así como las normas, los significados, lo simbólico y el razonamiento.<sup>3</sup> De lo que se trata es de que, aquella que se presenta como una teoría normativa guía o brújula de una *praxis* legítima, lo sea de forma fundamentada y consiga cumplir su función transformadora.

El objeto de este texto consiste en reivindicar la teoría normativa sobre el castigo como un elemento fundamental en la comprensión y transformación de los fenómenos sociales relacionados con la justicia penal; una comprensión que no puede ser fácticamente indiferente, pero tampoco normativamente ciega, redu-

1 Josep Vilajosana Rubio, *Las razones de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

2 De esta manera, al referirme a la “teoría normativa” o “debate normativo” hago referencia al sentido filosófico de normatividad que implica que alguna acción, actitud o estado mental de algún otro tipo está justificado, una acción que uno debería hacer o un estado en el que uno debería estar. El área filosófica que más se ocupa de la normatividad, casi

por definición, es la ética. Stephen Darwall, “Normativity”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2024, REP Online, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1>

3 Stephen Turner, *Explaining the normative*, Cambridge: Polity Press, 2010.

ciéndose a la mera facticidad. Para ello, lo que pretendo hacer a continuación es:

1. Ofrecer al lector un panorama sobre los principales debates que conforman el problema del castigo.
2. Presentar los desarrollos de algunas de las propuestas justificatorias que han tenido mayor relevancia en el siglo XX e inicios del XXI. Desde ahora quiero aclarar que estas aproximaciones no pretenden ser exhaustivas, en tanto que el castigo constituye un problema clásico en la historia del pensamiento filosófico,<sup>4</sup> por lo que sería imposible hacer una reconstrucción satisfactoria del mismo. Así, mi pretensión es que dicha sistematización simplifique el estudio y la difusión de conocimiento sobre este tema, es decir, una función pedagógica o heurística.
3. Se formularán algunos de los desafíos más apremiantes de las prácticas de castigo contemporáneas en el contexto hispanoamericano que han de ser incorporadas al recorrido normativo sobre el castigo.

4 El ejemplo más clásico del que tenemos constancia es el debate sobre Mitilene. Sobre dicho debate, véase Ulises Schmill O., “El debate sobre Mitilene: una interpretación”, España: *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, pp. 203-245, 1987.

## 2. El problema del castigo jurídico

La sola elección de la expresión *el problema* resulta ya problemática. El artículo *el* parece indicar que se trata del único o del más importante de los problemas en torno a una, ya de por sí, controvertida institución. Desde luego, no es posible dar cuenta del castigo de manera adecuada a través de un problema singular, por más relevante que sea. No obstante, la expresión me parece apropiada para identificar, en términos nítidos, dónde radica la principal controversia que hace del castigo un objeto de preocupación y de estudio particular. Sin pasar por alto las variadas discusiones que acompañan la determinación del concepto<sup>5</sup>, el castigo jurídico es una institución —un conjunto de ideas con unidad de sentido, representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de accio-

5 Tal y como he discutido en otros trabajos, establecer un concepto de castigo normalmente supone afrontar dos cuestiones. La primera, se refiere a la especificidad del concepto. La segunda supone intentar un concepto que evite pronunciarse sobre el problema de su justificación —esto es, no caer en el *definitional stop*, la reducción de lo normativo a lo definicional—, procurando ser lo más descriptivo posible, pero sin desconocer por completo su carácter normativo. Esto último, permitiría distinguir entre el castigo como pretensión de corrección y el castigo justificado en el que dicha pretensión está satisfecha. Véase Ilse Torres Ortega, “Concepto y concepciones del castigo”, España: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 41, pp. 155-180, 2019 y Torres Ilse Ortega, *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

nes y procesos—<sup>6</sup> que autoriza a ciertas personas a afectar intencionalmente bienes especialmente valiosos de otro, derivado de su transgresión a una expectativa de conducta. Para mayor precisión, entiendo por castigos aquellas sanciones negativas que:

- a. resultan de la acción u omisión de una persona que transgrede una norma jurídico-penal que protege atributos de las personas especialmente valiosos;
- b. son actos coercitivos administrados intencionalmente por una autoridad constituida por el sistema jurídico transgredido;
- c. involucran un mal sobre los atributos esenciales de la vida humana y social que, en lenguaje penal, podríamos identificar como bienes jurídicos *prima facie* inalienables; y
- d. poseen una pretensión de justificación.<sup>7</sup>

6 Jesús María Silva Sánchez, “Instituciones y Derecho”, Barcelona: *InDret Penal*, No. 4, 2014, pp. 1.

7 Ilse Torres, *Sobre la fundamentación...*, *op.cit.*, p. 330. Esta definición es una reelaboración de la propuesta de elucidación del sentido primario del concepto de castigo formulada por Hart, en Herbert HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008. Este concepto, siguiendo a Montero, corresponde a “un concepto mínimo de pena, para cuya construcción (mediante abstracción) se debe ser lo más neutral posible desde el punto de vista valorativo; un concepto ecuménico que solo representa un punto de partida para, luego, afrontar el debate sobre la justificación”. Federico Montero, “Concepto

Muchos autores no están de acuerdo en afirmar que el castigo implica un mal, una privación, un dolor o sufrimiento, señalando que es mejor hablar de una pérdida, y añaden que el castigo debería estar más orientado a sus objetivos ideales que a hacer que las personas sufran, además de que debería aspirar a que esta pérdida que envuelve sea indolora.<sup>8</sup> Otros optan por hablar de una carga en un sentido amplio, que incluye el dolor (los azotes), la privación (el encarcelamiento), la vergüenza (el cepo) y otros tratamientos punitivos; la idea es que ningún tipo de carga específica constituya una condición necesaria para que algo sea un castigo.<sup>9</sup> En cualquier caso, parece existir un consenso respecto a que una propiedad especial del castigo —es decir, no la única y, quizás, tampoco la más importante en ciertos contextos— es el hecho de que implica algún tipo de acto impositivo, una molestia, una aflicción, un daño, un sufrimiento, un mal o carga.

El enigma del castigo estriba, entonces, en por qué lo que en unos casos supone una regla categórica —la prohibición de dañar, en el sentido amplio antes señalado— en otros adquiere una dimensión relativa y llega a ser no solo algo tolerado, sino incluso moralmente demandado. De acuerdo con Boonin, el castigo implica tratar a quienes han infringido una norma de una forma que resultaría inadmisibles para quienes no lo han hecho. Y

y justificación en una teoría integral de la pena”, Santiago de Chile: *Poli. Crim.*, Vol. 17, No. 34, p. 827, 2022.

8 Thom Brooks, *Punishment. A Critical Introduction*, Nueva York: Routledge, 2021, p. 5.

9 Matthew Altman, *A Theory of Legal Punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of State*, Nueva York: Routledge, 2021, p. 16.

es que, incluso suponiendo que quienes han transgredido la ley son responsables de sus actos y que las normas que han sido transgredidas son justas y razonables, esta práctica plantea múltiples interrogantes: ¿cómo puede el hecho de que una persona infrinja una ley justa y razonable autorizar para que se le dé un trato que de otro modo sería inadmisibles?, ¿cómo puede ser moralmente relevante la línea divisoria entre los que infringen esas leyes y los que no? Este es el problema del castigo.<sup>10</sup>

Sin embargo, aun ante lo que supone el castigo, este no suele ser un tema popular, presente en las distintas agendas públicas. Nos hemos acostumbrado a aceptarlo como algo evidente, y a no preocuparse demasiado por las formas en que se ejecuta. A efectos de este apartado, me interesa indagar por qué esta aceptación acrítica de la práctica del castigo supone un obstáculo en sus posibilidades de transformación y el tipo de problemas que, a su vez, presupone.

### 2.1. Un problema de filosofía política: ¿qué legitima al castigo como instrumento del poder?

Cuando H. L. A. Hart cuestionó la concepción austriana del derecho como modelo de órdenes respaldadas por amenazas, planteó el ejemplo del asaltante de un banco para mostrar cómo la mera amenaza no lograba dar cuenta satisfactoriamente de la diferencia entre una regla primaria que demanda algo del ciudadano, y el asaltante que da la orden

al empleado de un banco para que le entregue el dinero disponible.<sup>11</sup> Esta cuestión ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, pues hace referencia a uno de sus fundamentos: la naturaleza del deber de obediencia a la autoridad. En el derecho penal, esta interrogante adquiere su dimensión más dramática, puesto que, como señala Muñóz, este es, seguramente, el más autoritario de todos los ámbitos del derecho e incluso de todos los sistemas formalizados del control social; además de ser un sistema represivo en el que la violencia goza de un papel destacado, tanto por los casos de los que se ocupa (homicidios, violaciones, desapariciones), como por la manera en la que se ocupa de ellos o pretende solucionarlos (castigos).<sup>12</sup> En definitiva, hablamos del problema de la legitimación, ¿por qué el poder público puede ordenarme hacer o no hacer algo, y obligarme, incluso con violencia, a cumplir?, ¿por qué el poder público puede ocasionarme un mal intencionalmente y que dicha acción sea considerada, incluso, correcta o justa?

Un buen tratamiento sobre el castigo no puede simplemente presuponerlo como una institución inherente a la vida social; este depende de otras ideas filosófico-políticas, en tanto que su existencia sucede dentro del fenómeno de organización del poder, típicamente del poder estatal, aunque no solo.<sup>13</sup> Tal

<sup>10</sup> David Boonin, *The Problem of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

<sup>11</sup> Herbert Hart, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

<sup>12</sup> Francisco Muñóz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, En Guillermo Portilla, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ediciones Akal, 2005, p 167.

<sup>13</sup> Autores como Pawlik han avanzado esta

y como señala Nava, “en la historia de la filosofía política diversos filósofos han buscado legitimar la pena estatal, en la misma medida en que también buscaron legitimar al poder estatal. El derecho penal forma parte de las funciones necesarias, pero controvertidas, del Estado”.<sup>14</sup> De ahí que la legitimidad del castigo sea una reflexión constante en la obra de muchos de los grandes filósofos políticos clásicos —como T. Hobbes, P. J. A. R. von Feuerbach, I. Kant, J. G. Fichte y G. W. F. Hegel, autores de los que se ocupa el propio Nava en su texto— y que sea en su obra donde se hayan gestado gran parte de las ideas clásicas sobre la pena.<sup>15</sup>

El castigo es, finalmente, un instrumento del poder político y, en tanto tal, aparece ligado al monopolio de la violencia legítima que se le atribuye. De acuerdo con Gómez, la cuestión sobre las ventajas y desventajas de la existencia del ámbito penal apela a la legitimidad como instrumento político del

Estado. Es en este nivel de reflexión que se modelan posturas que van desde el abolicionismo hasta el punitivismo. De esta manera, es solo cuando se ha afirmado la necesidad o conveniencia de la existencia del derecho, que se plantea la cuestión de cómo debe ser y qué características debe tener, así como qué papel va a desempeñar el castigo en las pretensiones estatales.<sup>16</sup>

Tal y como afirma Vidaurri, el Estado ha presentado una gran cantidad de formas constitutivas y la pena evoluciona a la par de esas concepciones, lo que implica que también una modificación en los conceptos y estructuras dogmáticas que fundamentan la sanción y la imputación.<sup>17</sup> Ahora bien, las respuestas que se han intentado sobre el derecho del Estado moderno a castigar suelen ir desde las ideas contractualistas clásicas que consideran al Estado como depositario de los intereses generales hasta respuestas contemporáneas que cuestionan que ese derecho pertenezca al Estado. En el primer caso, el monopolio de la violencia —la del castigo— se fundamenta en la idea de que, sin un poder común que obligue a todas las personas al respeto, los individuos se encuentran en guerra unos contra otros —en la disposición hacia ella—, sin otra seguridad que la de su propia fuerza e inventiva; hay miedo, peligro, y “para el hombre una vida solitaria, pobre,

---

discusión en el ámbito del derecho penal internacional, discutiendo desde allí la posibilidad de aplicación de una teoría de la pena retributiva. Véase Michael Pawlik, “Pena o combate de peligros. Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2011, pp. 1-43.

- 14 Alejandro Nava Tovar, *Filosofía política de la pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*, Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2023, p. 10.
- 15 Kant y Hegel son los autores más emblemáticos del retribucionismo clásico, mientras que Hobbes, Feuerbach y Fichte son también autores clásicos de las teorías prevencionistas y rehabilitadoras.

- 
- 16 Javier Gómez Lanz, “La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, 2018, pp. 4 y 5.
- 17 Manuel Vidaurri Arechiga, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, 1997, pp. 85.

desagradable, brutal y corta”.<sup>18</sup> En el segundo caso, por ejemplo, encontramos las posturas de la autodefensa social, las cuales defienden que castigar, en realidad, es un derecho de la víctima, y no del Estado: la víctima tiene derecho a dañar a su agresor para evitar futuras amenazas y, si no puede hacerlo, entonces el Estado puede ayudarle a defenderse. Este derecho deviene en el deber de castigar, un deber que compartimos entre nosotros de ayudar a las víctimas, castigando a los delincuentes por sus actos.<sup>19</sup>

Las distintas opciones de justificación del castigo y sus posibilidades de implementación en las instituciones y en la discusión pública no surgen de la mera entelequia, sino que a ellas subyacen debates fundamentales sobre las formas de organización social, las relaciones de poder entre los individuos y el rol del Estado. Esto implica que hay explicaciones sobre nuestras prácticas del castigo que solo pueden entenderse, cuestionarse y reconstruirse desde allí. Por ejemplo, Tsai señala que, como comunidad, nos preocupamos por el castigo, no solo porque disuade de cometer infracciones en el futuro o por tener un valor instrumental, sino también porque en general consideramos que es justo que quienes infringen las normas sufran las consecuencias. Queremos que reciban su merecido. Castigar a los infractores confirma la importancia del orden social y restaura la confianza de que la sociedad se rige por valores y normas fundamentales; restablece la

previsibilidad y tranquiliza a los que seguimos las normas de que no somos unos tontos.<sup>20</sup> Esto, desde luego, está vinculado con las reivindicaciones del retribucionismo. Sin embargo, nótese cómo el énfasis normativo no está en lo que la comunidad debería buscar a través del castigo; tampoco puramente con lo que *de hecho* se pretende con el castigo —una suerte de realismo político—, sino especialmente en lo que representa el castigo en la estructura social: la credibilidad del contrato social, la necesidad de que el poder público reprima a quien ha decidido no cumplir las prerrogativas de convivencia. Desde ahí, se deposita la confianza en el Estado para que determine y respalde la incorrección de las acciones de otros que nos han perjudicado.

Esta vinculación también se pone de manifiesto al momento de determinar la preferencia de unas y otras comunidades por una cierta teoría. En el ámbito iberoamericano el derecho penal tiene una base predominantemente liberal, en la que se privilegia la libertad negativa, el principio de no interferencia y el no perfeccionismo estatal, así como una división contundente entre lo público y lo privado. El derecho penal liberal se construye desde la asunción de un desbalance de poder entre el Estado y el ciudadano, en donde este último es el más débil. Como indica Ferrajoli, el ámbito penal es “el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte”.<sup>21</sup> El poder

<sup>18</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid: Editora nacional, 1979, p. 225.

<sup>19</sup> Victor Tadros, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 299.

<sup>20</sup> Lily L. Tsai, *When People Want Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 32.

punitivo se presenta, así, como forma de minimización de la violencia en la sociedad (la de los delitos, la de las reacciones informales a los delitos, y la de las propias penas) y como defensa del más débil (en el momento del delito se representa en la parte ofendida, en el proceso, en el imputado, y en la ejecución penal, en el condenado)<sup>22</sup>. Desde esta comprensión de los límites del Estado, su intervención se entiende autorizada solo ante el daño o el peligro inminente de los bienes jurídicos de los individuos —el principio de daño de Mill—,<sup>23</sup> centrándose en las acciones y no en la calidad del carácter de sus actores.

Sin embargo, hoy en día, encontramos otras aproximaciones al castigo que, precisamente, ponen de manifiesto las limitaciones del marco liberal y del modelo de democracia deliberativa; especialmente las que tienen que ver con la manera de afrontar las desigualdades sociales o la reconstrucción del tejido social. Como indica Cigüela, hoy en día hay un auge de los intentos de politizar la teoría de la pena, siendo posible distinguir entre tres grupos de teorías de la ciudadanía: las deliberativas, las republicanas y las liberales o de la ciudadanía como protección.<sup>24</sup> De entre estas, uno de los autores más influyentes en los últimos años ha sido Duff quien ha presentado una reflexión acerca del rol cívico de quienes han delinquido, de la legitimación de quienes responsabilizan y, en gene-

ral, de la necesidad de una comunidad política que responda de manera más apropiada al delito.<sup>25</sup> Estas teorías instan a revisar el peso de las desigualdades sociales y las dificultades que acarrearán en la posibilidad de algunos para cumplir la ley, pero no lo hacen agregando una nueva teoría del castigo. De hecho, las teorías comunicativas se corresponden al marco retributivo. Lo sugerente de estas teorías es que ellas ofrecen un argumento muy sólido para repensar el modelo de democracia republicana y la necesidad de tomarnos en serio ciertas cualidades de carácter de los individuos para construir una ciudadanía activa, comprometida con la salud política del Estado.<sup>26</sup>

Lo dicho hasta aquí puede ser tomado por una obviedad, pero no lo es cuando el debate sobre el castigo se convierte en una discusión completamente abstracta sobre el merecimiento moral o sobre las múltiples ventajas de la resocialización o de la rehabilitación. Las aspiraciones normativas (conformadoras o guías de la práctica social del castigo) de la discusión exigen tener presentes el entramado institucional, la realidad política y el manejo del poder que están envueltos en la decisión de castigar, así como en el qué y cómo castigar.

Nino mostraba la evidente y, a la vez, enigmática relación entre la organización del poder y el derecho penal: “es innegable que el Derecho penal de los Estados no democráticos como la Alemania nazi o el régimen alba-

22 *Ibidem*, p. 191.

23 John Stuart Mill, *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid: Ministerio del trabajo y seguridad social, 1991.

24 Javier Cigüela Sola, “Injusticia social y Derecho penal: Sobre la ilegitimidad política del castigo”, España: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42, 2019, pp. 389-411.

25 Antony Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

26 Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1999, pp. 173 y 174.

no, difiere de manera relevante de las reglas que regulan el castigo en Francia o Costa Rica”.<sup>27</sup> Durante la instauración del régimen democrático en Argentina, sigue Nino, fue necesario revisar y ajustar diversas disposiciones sustantivas y procesales del derecho penal, especialmente respecto al uso del castigo.<sup>28</sup> Si analizamos lo que actualmente sucede en contextos específicos, como el caso de El Salvador, es evidente que el castigo está jugando un papel central en un proyecto político más amplio y menos esclarecido que el que nos presentan las teorías de la pena.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Gedisa, 2008, p. 13.

<sup>28</sup> Por ejemplo, leyes que definían de manera vaga actos de subversión; la competencia de juzgados militares; la facilidad para llevar a cabo detenciones preventivas; la tipificación de delitos vinculados con la censura; la previsión de penas demasiado benignas para actos de tortura y otras demasiado severas para conductas inofensivas, etcétera. El problema del castigo no es solo cómo justificamos moralmente su imposición, sino qué uso hace de este el poder político. *Idem*.

<sup>29</sup> Durante el actual gobierno se ha sustituido sumariamente al fiscal general y a todos los magistrados de la Corte Suprema, además de menoscabar la independencia judicial. Las fuerzas de seguridad del país han cometido abusos extremos para la población, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, abuso sexual y desaparición forzada. Su política de seguridad ha implicado la declaración del estado de excepción, violando los derechos humanos y del debido proceso de las personas privadas de su libertad, al tiempo que se ha comprobado su complicidad con el crimen organizado. Recientemente han sido trasladados miles de internos a una cárcel de máxima se-

## 2.2. Un problema de filosofía moral: ¿qué justifica moralmente causar un mal?

Con lo anterior, no intento sugerir que haya una escisión entre las dimensiones política, jurídica y moral del castigo, sino lo contrario. En tanto que el asunto normativo, el razonamiento práctico exige la unidad de dichos saberes. Lo que pretendo señalar, entonces, es que bajo ningún enfoque resulta adecuado simplemente *naturalizar* la existencia del castigo, centrándose, como sucede en muchos debates académicos, en los momentos posteriores a dicha decisión. Muestra de ello Altman expone:

El castigo, al parecer, siempre ha estado con nosotros. Los dioses han impuesto su castigo divino a la humanidad y los padres han corregido a sus hijos desde que existen dioses y padres. El castigo jurídico existe en todo el mundo. Si una nación suprimiera por completo el castigo, pensaríamos que se trata, en el mejor de los casos, de un peligroso experimento social y, en el peor, de una involución hacia la anarquía... La historia, la literatura y el sentido común, por muy equivocado que esté a veces, parecen decirnos que el castigo es necesario si queremos tener tanto libertad individual como orden social.<sup>30</sup>

Debido a las controversias que le son intrínsecas, el castigo invariablemente debe estar bajo el mayor escrutinio. En todo mo-

guridad, con la amenaza de empeorar su situación vital si ello es necesario para reducir el crimen en el país. Véase: <https://www.hrw.org/americas/el-salvador>

<sup>30</sup> Matthew Altman, *A Theory of Legal...*, *op. cit.*, p. 1.

mento ha de ser una posibilidad el que se mantenga, se transforme o se elimine, si resulta que no hay manera de justificarlo, ni siquiera como un mal menor. En palabras de Tadros, el castigo es probablemente la cosa más horrible que los Estados democráticos modernos hacen sistemáticamente a sus propios ciudadanos. Si pensamos en la práctica del encarcelamiento —la medida de castigo más utilizada a nivel mundial— cada Estado democrático moderno encarcela a miles de personas cada año, privándoles de su libertad, causándoles un gran daño psicológico y físico, destruyendo sus relaciones, haciendo que pierdan sus puestos de trabajo, etcétera.<sup>31</sup>

En general, las respuestas más frecuentes que se han intentado a lo largo de la historia de las ideas son dos. La primera señala que el castigo da lugar a un estado de cosas que se considera bueno, por lo que es un medio necesario para la defensa estatal, la amenaza de castigo desincentiva la lesión de bienes jurídicos; la idea de prevención. La segunda, que el castigo es algo correcto en el sentido de que responde a una exigencia normativa, el haber provocado un mal conlleva la necesaria generación de otro mal; la idea de retribución.<sup>32</sup>

Ahora bien, estas grandes orientaciones se sustentan en ideas éticas acerca de lo que es bueno, correcto o justo. El castigo, tal como indicaba, implica tratar de manera distinta a las personas y con ello, en principio, entra en tensión con la exigencia ética de imparcialidad. De ahí que su fundamento haya de intentarse recurriendo a las teorías éticas que nos ofrecen el marco crítico para la justificación racional de nuestras acciones, o para la reflexión sobre cómo debemos ser los agentes para actuar de manera correcta. Así, por ejemplo, las teorías retribucionistas clásicas son cercanas a las teorías deontológicas; las prevenciónistas y de rehabilitación a las con-

---

justo, siendo esto suficiente para soportar la estructura penal (aunque de la amenaza e imposición de la pena no se obtengan otros fines adicionales)". Daniel Rodríguez Horcajo, "Pena (Teoría De La)", *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 16, 2019, p. 223, doi:10.20318/eunomia.2019.4701. Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena, por lo que "justifican la pena por su orientación hacia fines ajenos a ella y, especialmente, por su capacidad para prevenir delitos futuros. Esta es la manera de romper con la "alquimia moral" retributiva, ya que la consecución de fines positivos de mayor valor es lo que hace soportable la amenaza de un mal y su imposición a un sujeto concreto". Daniel Rodríguez Horcajo, "Pena ...", *op. cit.*, p. 225. Se suelen dividir en teorías de la prevención especial —negativa o positiva— (el fin de la pena es evitar que quien ya ha delinquido vuelva a hacerlo, a través de la corrección o intimidación, o asegurándolo o apartándolo, Von Liszt) y de la prevención general —negativa o positiva— (la pena como una coacción psicológica que se ejerce en los ciudadanos para que omitan cometer un delito (Feuerbach).

---

31 Victor Tadros, *The Ends of Harm...*, *op. cit.*, p. 1.

32 Como se sabe, en la dogmática penal se recoge este debate como "los fines de la pena", y hace referencia a las ideas básicas de estos marcos al hablar de las teorías absolutas y relativas. En palabras de Rodríguez Horcajo, "las teorías absolutas atienden al sentido de la pena, el cual consiste en la retribución; en esto se agota y termina la función de la pena. Para los autores que defienden esta postura, imponer un mal a quien ha realizado otro mal con anterioridad es algo

secuencialistas. Propuestas como las teorías comunicativas o las expresivas se muestran cercanas al contractualismo; mientras que algunas propuestas abolicionistas comparten ideas del marco de la ética de las virtudes y la ética del cuidado.

El repertorio de las teorías éticas en boga está repleto de matices, pero cualquier visión de la filosofía moral se vale de la gran división entre las éticas deontológicas y las éticas teleológicas para intentar dar cabida a la amplitud de aportaciones que han sucedido en la historia de la filosofía moral. Esta división, sin embargo, en muchas ocasiones resulta reduccionista, no solo porque pretende alinear toda consideración ética a alguna de ellas, sino también porque todas las consideraciones no éticas parecerían condenadas al mero egoísmo y al autointerés.<sup>33</sup> Como señala Williams, el deseo de reducir todas las consideraciones éticas a un único patrón sigue siendo tan fuerte como siempre, y di-

<sup>33</sup> No obstante, no hay que pasar por alto que el egoísmo y el autointerés también pueden plantearse en términos normativos. Así, el egoísmo ético “es la idea de que cada quien debe buscar exclusivamente su propio interés. Es diferente del egoísmo psicológico, que es la teoría de una naturaleza humana que se ocupa de cómo *de hecho* se comporta la gente. El egoísmo psicológico dice que la gente en realidad busca siempre su propio interés. En cambio, el egoísmo ético es una teoría normativa; es decir, una teoría de cómo *debemos* comportarnos. De cualquier modo que nos comportemos, el egoísmo ético dice que nuestro único deber es hacer aquello que es lo mejor para nosotros mismos”. James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 128 y 129.

versas teorías intentan demostrar que uno u otro tipo de consideración es básica, y que los demás tipos deben explicarse en función de ella. Las teorías deontológicas toman como noción básica la obligación o el deber; así, el hecho de que contemos como consideración ética, por ejemplo, que un determinado acto conducirá probablemente a las mejores consecuencias se explica en términos de que tenemos el deber, entre otros, de provocar las mejores consecuencias. Las teorías teleológicas, por otro lado, adoptan como idea primordial la de producir el mejor estado de cosas posible. Por ejemplo, el caso del utilitarismo, que identifica la bondad de los resultados en términos de la felicidad de las personas o de que obtengan lo que quieren o prefieren.<sup>34</sup>

Este reduccionismo ha sido ampliamente cuestionado por plantear la aparente necesidad de alinearse a uno u otro grupo de teorías, como si se tratara de una contienda deportiva o de doctrinas rivales.<sup>35</sup> Más allá de este enfrentamiento, necesitamos de unas y otras para abordar los interrogantes que hoy nos plantean problemas morales. Y esta necesidad no solo tiene que ver con la manera en la que estas teorías se complementan, sino con sus deficiencias.

Del recorrido anterior me interesa subrayar dos cuestiones a propósito de la justificación moral del castigo. La primera es que hay algunas correspondencias entre las

<sup>34</sup> Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Abingdon: Routledge, 2006, pp. 15 y 16.

<sup>35</sup> Victoria Camps, “Principios, consecuencias y virtudes”, *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, España: Universidad de Murcia, No. 27, 2002, pp. 64, <https://revistas.um.es/daimon/article/view/12201>

teorías del castigo y las teorías éticas. Sin embargo, no son completamente equiparables,<sup>36</sup> puesto que sus pretensiones y alcances son distintos; hay coincidencias evidentes entre la caracterización clásica del retribucionismo y del prevenciónismo con la del deontologismo y el consecuencialismo, así como en las objeciones que reciben unas y otras. Esta afirmación no es novedad alguna. Basta reparar en que autores como Kant y Bentham se consideran padres de unas y otras teorías. La segunda cuestión es que esto explicaría, al menos en parte, el hecho de que en la discusión sobre el castigo se haya acentuado la impresión de rivalidad, así como la tendencia a creer que necesariamente hay que posicionarse en uno u otro bando para responder a los interrogantes fundamentales sobre el castigo: ¿Qué es lo que hace que la fuerza aplicada a un individuo inocente

sea moralmente inaceptable y, en el caso de una persona que transgredió una norma, sea moralmente aceptable?, ¿por qué, en muchas ocasiones, si la persona que ha cometido un delito no sufre, entonces no se considera que haya sido castigada con éxito?, ¿por qué un Estado que no castiga a los ofensores, o que no lo hace con proporcionalidad al mal del delito que cometieron, no se estima lo suficientemente justo?

Las versiones más clásicas del retribucionismo toman como idea central que el mal ocasionado por el castigo está justificado si quien lo recibe es culpable de la acción que se reprocha. Una persona merece padecer el mal del castigo si ha dañado a otros, por lo que su sufrimiento se considera intrínsecamente bueno; hacer sufrir a esa persona para lograr algún fin social sería degradarla, tratándola como un mero medio para un fin.<sup>37</sup> Como es bien conocido, las teorías retribucionistas han sentado sus bases, centralmente, en los autores clásicos Kant y Hegel. El primero subrayó cómo la pena no puede servir como un mero medio para los propósitos de otros; de ahí que venga a representar la protección de la personalidad (dignidad) de quien comete un crimen.<sup>38</sup> La justicia exige tratar la ley penal como un imperativo categórico que ha de cumplirse para que las personas reciban lo que merecen por sus actos. Dicho merecimiento determina el tipo y el grado de castigo a aplicar, el cual no puede ser otro que la ley del talión.<sup>39</sup> El otro

<sup>36</sup> Esto tomando en cuenta la advertencia de autores como Tadros, quien indica que es erróneo asumir que existe una relación natural entre las dos justificaciones del castigo y las dos visiones integrales de la moralidad. A menudo se asume que quienes piensan que el castigo es intrínsecamente valioso —los que piensan que es bueno en sí mismo que los delincuentes sufran— serán no consecuencialistas. Los que piensan que el castigo es instrumentalmente valioso —aquellos que piensan que debe justificarse en virtud de sus efectos disuasorios— serán no consecuencialistas. Sin embargo, el debate sobre si el castigo es intrínsecamente valioso o si es instrumentalmente valioso no tiene casi nada que ver con el debate sobre si alguna versión del consecuencialismo o del no consecuencialismo es la mejor visión global para en filosofía moral. Victor Tadros, *The Ends of Harm...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>37</sup> Matthew Altman, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Suiza: Springer, 2023, p. 6.

<sup>38</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999.

<sup>39</sup> Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2016. Esto, desde luego,

gran retribucionista clásico, Hegel, con su teoría de la imputación ofreció las bases para

---

no está libre de disputas. Tal y como Nava presenta, siguiendo a Hernández, la recepción del pensamiento kantiano en el derecho penal ha incluido la comprensión de la teoría kantiana como teoría de la unificación, pero también como una teoría mixta. Alejandro Nava Tovar, *Filosofía política...*, op. cit., p. 72. Maximiliano Hernández Marcos, “La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico”, en Rafael Orden, Juan Manuel Navarro y Rovira, Rogelio (eds.), *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2016, pp. 253-270. Sobre esto último, indica también Nava, ha resultado decisivo el ensayo de Sharon Byrd, *Kant’s Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, en el cual presentó la teoría kantiana de la pena en el contexto de la integración de la pena con la sociedad civil: “Las consideraciones históricas tienden a mostrar que Kant no estaba discutiendo una, sino más bien dos facetas del castigo, cada una independiente pero, sin embargo, mutuamente restrictiva. El castigo como amenaza pretendía disuadir del delito. Era una herramienta en manos de la sociedad civil para contrarrestar los impulsos humanos a violar los derechos de los demás. Sin embargo, en su ejecución, el Estado se veía limitado en su reacción por una teoría retributiva de la justicia que exigía el respeto por el individuo como fin y no como medio para alcanzar algún objetivo social ulterior. Esta interpretación de la teoría del castigo de Kant mantiene la coherencia desde los primeros hasta los últimos de sus escritos sobre filosofía moral, jurídica y política”. Sharon Byron, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 2, 1989, p. 1.

cuestionar las teorías sobre la disuasión, la reforma o la intimidación por medio de la pena, las cuales ganaban terreno con el avance del contractualismo. Ante el deber de no defraudar las expectativas compartidas del sistema jurídico, el castigo, desde su concepción de la eticidad, permite el mantenimiento de estas expectativas, restableciendo la vigencia de la norma;<sup>40</sup> en definitiva, la reafirmación del derecho en tanto libertad jurídica social.<sup>41</sup>

---

40 La eliminación del delito es una retribución en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también tiene su negación en cuanto existencia. Esta identidad basada en el concepto no es empero una igualdad en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes en sí, es decir, según su valor. Friedrich Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, Madrid: Edhasa, 2005, p. 189.

41 Tal y como señala en su estudio Nava, la perspectiva hegeliana de la relación entre la sociedad y la pena ha ejercido una función destacada en el pensamiento penal de Jakobs. Alejandro Nava Tovar, *Filosofía...*, op. cit., p. 122. “El infractor de la norma no ejecuta el hecho porque sea una persona, sino porque ha permanecido subdesarrollado como persona, precisamente, se ha quedado en lo exclusivamente formal. Si su hecho se convirtiera en parte de la realidad social, quedaría eliminada también esa persona exclusivamente formal; pues no existe por fuerza propia, existe en la mayoría de los casos incluso en contra de la voluntad del individuo afectado, sino que existe sólo en virtud de la definición de la sociedad, mientras ésta siga siendo real. En esta medida, puede decirse que el infractor de la norma lesiona por igual a los demás y a sí mismo en cuanto persona; en la terminolo-

Las respuestas tradicionales del prevenciónismo, por otro lado, parten de la asunción de que el sufrimiento de quien ha delinquido es intrínsecamente malo; sin embargo, puede justificarse y ser instrumentalmente bueno si, en un balance, los beneficios que acarrea resultan mayores al mal infligido. El objetivo no es, entonces, hacer sufrir a quien ha obrado mal. Castigar a alguien sirve para un propósito considerado bueno; normalmente el de prevenir la comisión de delitos, en términos de la generalidad, o el de rehabilitar a quien ya ha delinquido para que no vuelva hacerlo y pueda ser una persona más apta para la vida en comunidad. El prevenciónismo clásico tiene entre sus representantes al utilitarista Bentham,<sup>42</sup> al reformista Beccaria<sup>43</sup> y al fundador de la teoría alemana moderna de derecho penal Feuerbach.<sup>44</sup> Este

marco justificatorio subraya la noción del castigo como un mal que es tolerado en tanto que tiene la finalidad de prevenir la comisión de delitos, hasta donde sea posible y valga la pena (lo más efectivo al menor costo posible). Así, la aplicación de un castigo solo puede justificarse por su necesidad para prevenir males más graves.

Estas respuestas genéricas esconden un sinfín de consideraciones y de insatisfacciones. La confrontación retribucionismo *versus* prevenciónismo ha sido el punto propulsor del debate sobre el castigo y, en gran medida, continúa siéndolo. Sin embargo, tal y como ocurre en la filosofía moral, esta confrontación no debería llevarnos a asumir que necesariamente debemos optar por una u otra opción; mucho menos a desconocer el universo de propuestas que pretenden ofrecernos otras consideraciones de justicia a propósito de esta institución. Pero, además, la brevísima caracterización antes anotada ha perpetuado ideas difíciles de encajar en nuestro escenario actual, puesto que las teorías éticas y del castigo tienen una orientación muy distinta a las que imperaban en el siglo XVIII, cuando ambos modelos se acentuaron. El ámbito penal y criminológico se ha desarrollado y se ha enriquecido a tal punto que resulta bastante trasnochado simplemente asumir que el castigo motiva el actuar de las personas —a la manera del condicionamiento operante— y que, si es así, entonces es válido y se justifica la práctica de su castigo.

---

gía de Hegel, esto se expresa en que ‘la lesión’ ha sido ‘sufrida... por la voluntad existente en sí’, y concretamente ‘tanto por esta voluntad de quien lesiona, como del lesionado y de todos’. Por consiguiente —se trata del plano de la persona—, la pena no se dirige ni en mayor ni en menor medida a él que a todos los demás. Después, puede que comprenda su personalidad, es decir, que se conciba a sí mismo como sujeto; en tal caso, comprenderá también la necesidad y el significado de la sanción”. Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 24.

42 Principalmente, Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Clarendon Press, 2000.

43 Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, Madrid: Trotta, 2011.

44 Anselm Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

### 3. Propuestas justificatorias contemporáneas sobre el castigo

La retribución y la prevención han sido, y siguen siendo, marcos de ideas apropiados —no por ello suficientes— para pensar en los problemas más acuciantes del castigo.

Aun cuando este tema ha estado presente en la historia de las ideas desde la antigüedad clásica, es en el siglo XVIII, a partir de los grandes pensadores antes mencionados que la discusión se rehabilita en un mundo post-iluminista. Las páginas anteriores dan cuenta de ideas y principios que hoy nos resultan irrenunciables. Como señala Rachels, el retribucionismo nos ha proporcionado principios de justicia fundamentales:

1. culpabilidad: solo la persona culpable puede ser castigada;
2. igualdad de trato: las personas que han cometido el mismo delito deben recibir el mismo castigo;
3. proporcionalidad: el castigo debe ser proporcional al mal del delito; los delitos graves merecen castigos más severos;
4. excusas: las personas que tienen buenas excusas no deben ser castigadas o no tan severamente.<sup>45</sup>

Por su parte, según lo indicado por Altman, también resulta decisivo que el castigo tenga una finalidad social; el Estado castiga a sus ciudadanos para hacer cumplir la ley —lo cual puede referirse a maximizar la felicidad, promover la justicia o proteger los derechos—, ya sea separando a quienes han delinquido de la población general (incapacitación), rehabilitándolos o privándolos de sus derechos para que sea menos probable que reincidan (prevención especial) o utilizando el castigo como amenaza para desincentivar

la actividad delictiva de otros (disuasión general).<sup>46</sup>

Con todo, estas teorías, si se asumen en aislado, dejan cabos sueltos significativos. Las teorías prevencionistas no ofrecen una respuesta satisfactoria sobre por qué dañar a una persona es algo correcto, ya que no se castiga porque la persona haya transgredido una obligación jurídica, sino porque así se conseguirán ciertos efectos positivos y deseables en el futuro. Las teorías retribucionistas no explican satisfactoriamente por qué el hecho de que la persona haya realizado anteriormente un mal autoriza, entonces, que esta pueda, e incluso, deba recibir un mal similar. Sucede, además, que estas dificultades se recrudecen cuando vinculamos la reflexión moral y política con la realidad de nuestras instituciones y nuestras actuales prácticas de castigo. Esto es, a la luz de nuestras prácticas contemporáneas, difícilmente afirmaríamos que el castigo previene crímenes con eficiencia —siguiendo la lógica del mal menor— o que las personas que reciben un castigo son merecedoras del mal que este entraña.

Aun cuando las ideas, marco de estas perspectivas son irrenunciables, la discusión contemporánea sobre el castigo excede por mucho los términos de esta dicotomía. A continuación, presentaré algunas de las propuestas justificatorias que muestran la riqueza y la complejidad de las teorías normativas que buscan ofrecer un marco crítico para pensar el castigo. Para llevar a cabo esta sistematización, voy a seguir las etapas marcadas por Wirts en su recorrido por las teorías del castigo del siglo XX e inicios del XXI,<sup>47</sup>

<sup>45</sup> James Rachels, "Punishment and Desert", En LaFollette, Hugh, *Ethics in Practice*, Oxford: Basil Blackwell, 1997, p. 75.

<sup>46</sup> Matthew Altman, *A Theory of ...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>47</sup> Amelia Wirts, "Is Crime Caused by Illness, Immorality, or Injustice? Theories of Puni-

debido a su claridad y, especialmente, porque las mismas están construida en atención a la evolución de nuestra concepción social del crimen (como resultado de enfermedad, como inmoralidad o como injusticia).<sup>48</sup>

### 3.1. Principios del siglo XX: el reinado de la rehabilitación y la incapacitación

Uno de los logros del movimiento reformista fue la expansión de las ideas consecuencialistas en los sistemas de justicia penal. El derecho penal moderno se inaugura con este movimiento que puso de manifiesto la incorrección y el abuso que suponían las prácticas de castigo excesivamente crueles y arbitrarias. Como indica Foucault, la protesta contra los suplicios fue una constante en la segunda mitad del siglo XVIII. Se encontraba entre los filósofos y los teóricos del derecho, entre juristas, curiales y parlamentarios, en los cuadernos de quejas y en los legisladores de las asambleas. La idea básica era la necesidad de castigar de otro modo: “deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el

condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo”.<sup>49</sup>

#### 3.1.1. Incapacitación

Aun si el movimiento reformista fue el principal responsable del giro hacia ideas cercanas a las éticas normativas teleológicas al poner el acento en la necesidad de las consideraciones consecuencialistas, desde luego las consideraciones de esta naturaleza no habían sido ajenas a nuestras prácticas de castigo a lo largo de las distintas épocas. Un propósito primario del castigo consiste en disminuir la capacidad física de un individuo para llevar a cabo la transgresión de normas; esto es, la incapacitación. Al incapacitar, lo que hacemos es eliminar las oportunidades de delinquir y de desviarse de la norma a través de restricciones físicas. A lo largo de la historia, y así lo subrayan Miethe y Lu, se han utilizado múltiples dispositivos, técnicas y estructuras como medios de incapacitación. Muestra de ello son las prácticas tribales primitivas de destierro, el sistema inglés de transporte de convictos a otras colonias en los siglos XVII y XVIII, el exilio de ciudadanos en la antigua sociedad griega y el exilio político en épocas más modernas.<sup>50</sup> Todos estos ejemplos consisten en formas de inhabilitación que restringen las posibilidades físicas de cometer

shment in the Twentieth and Early Twenty-First Century”, En Matthew Altman, *The Palgrave...*, *op. cit.*, pp. 75-97.

48 Esto quiere decir que dicha sistematización no es exhaustiva. Además, hay que considerar que la autora se refiere al ámbito anglosajón, con especial referencia a la realidad estadounidense. Como menciono arriba, me parece una sistematización apropiada a los efectos de mi exposición porque no se construye solo a partir de la historia de la discusión penal sobre el castigo, sino sobre el desarrollo social más amplio de la institución, lo cual permite su adaptación —y, desde luego, complementación— a distintos contextos.

49 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, Madrid: Editorial siglo XXI, 2022.

50 Terance Miethe, y Hong Lu, *Punishment. A Comparative Historical Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, p. 18.

delitos, pero que no necesariamente pretenden disuadir a las personas —en sus motivaciones— para cometer delitos.

En la época moderna, la forma de incapacitación predilecta ha sido el encarcelamiento y todo indica que esto no cambiará próximamente. De acuerdo con el último reporte del *World Prison Population List* hay una población carcelaria de 11 millones de personas en el mundo (de las cuales aproximadamente 3 millones están en prisión preventiva).<sup>51</sup>

Pese a dichas cifras, actualmente la incapacitación tiene —pretende ser— un matiz distinto del que tenía antes del reformismo. Luego de la revisión profunda del proyecto penal, la incapacitación adquiere una vocación disuasoria más amplia y no de mera inmovilización física del cuerpo. No obstante, la incapacitación sigue acentuando el control físico sobre el cuerpo, aunque las estructuras físicas para conseguirla tienen distintas funciones. Esto se refleja, incluso, en el lenguaje empleado —mazmorras, torres, casas de

trabajo, gulags, cárceles, campos de trabajo, centros de readaptación, centros correccionales, sanatorios, etcétera.<sup>52</sup> Hoy continúan proponiéndose nuevas formas de incapacitación como los programas de encarcelamiento de choque de corta duración, los programas de libertad condicional, el internamiento en centros de rehabilitación, el arraigo, entre otros. En el pasado, las formas de incapacitar subrayaban solo el control del cuerpo, minando la posibilidad física de una persona para cometer un delito; desde la reforma hasta nuestros días, ese control sigue siendo un recurso necesario, pero el énfasis se coloca en la posibilidad de cambiar la conducta de las personas frente al delito.

### 3.1.2. Prevención o disuasión (especial, general, marginal y parcial)

La incapacitación, entonces, va a nutrirse de otras consideraciones consecuencialistas con el fin de atribuir funciones específicas a la mera limitación de la oportunidad para delinquir. Es así como las sanciones incapacitantes sirvieron de marco inicial para establecer programas de disuasión y de rehabilitación más ambiciosos.

El prevencionismo afirma que el castigo supone siempre un mal, en tanto que se trata de algo desagradable, poco placentero, una limitación a los propios bienes y libertades. Por ello, el castigo tiene el potencial de moldear la conducta humana: puesto que lo habitual es evitar el propio mal, se le brindan al individuo razones suficientes para no delinquir. Subyace, por tanto, una concepción de la conducta en la que los individuos se consi-

<sup>51</sup> Hay más de 10,99 millones de personas reclusas en instituciones penitenciarias en todo el mundo (aunque es posible que supere los 11.5 millones). Los países con mayor tasa de población reclusa, es decir, el número de presos por cada 100.000 habitantes de población nacional, son: El Salvador (1,086 100,000), Cuba (794), Rwanda (637), Turkmenistan (576), Samoa estadounidense (538), Estados Unidos de América (531), Tonga (516), Panamá (499), Guam (475), Palau (428), Uruguay (424), Bahamas (409), Antigua y Barbuda (400), Tailandia (391) y Brasil (390). WORLD PRISON BRIEF, 2024. Disponible en: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_14th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf)

<sup>52</sup> Terance Miethe y Hong Lu, *op. cit.*

deran agentes morales, libres para elegir distintas formas de conducirse para maximizar ciertos bienes o minimizar sus males. De ahí que mientras más severas y desagradables sean las formas de castigo, su potencial disuasorio, se supone, aumentaría, puesto que cualquier individuo rechazaría algo que potencialmente le hará sufrir. Su finalidad, por tanto, es instrumental. En tanto que esta prevención se dirige a distintos segmentos de la población, se distingue entre:

- la prevención general, el efecto disuasorio se dirige a toda la población, quienes al comprobar el castigo a los ofensores, desearán no estar en su misma situación;
- la especial, el efecto disuasorio se orienta a la conducta futura particular de un individuo;
- la marginal, la eficacia relativa resulta de comparar distintos tipos de castigos como elementos de disuasión; por ejemplo, entre la pena de muerte y la cadena perpetua; y
- la parcial, la disuasión opera solo de manera parcial, en tanto que no lleva al cumplimiento de la ley, pero sí a una elección de mal menor; por ejemplo, si se va a cometer un robo, robar sin violencia.

Sin duda, evitar consecuencias que nos suponen males constituye una fuerte razón para adaptar nuestra conducta y preferencias hacia lo establecido por el derecho positivo, pero no siempre es un factor decisivo. De acuerdo con Golash, incluso cuando las personas pueden controlar su comportamiento y las consecuencias de la amenaza son importantes para ellas, pueden optar por cometer delitos para obtener un beneficio inmediato a pesar de esos riesgos, de la misma manera

que muchas personas optan por fumar, beber alcohol y renunciar a hacer ejercicio con conciencia de los posibles efectos perjudiciales.<sup>53</sup> Además, esta capacidad de calcular racionalmente los beneficios y los perjuicios parece cuestionable por motivos normativamente más relevantes. Hay personas con problemas cognitivos serios; individuos con dificultades emocionales que derivan en comportamientos explosivos y temerarios; o con vidas tan desafortunadas que termina por importarles muy poco el daño que causan, así como también el daño que reciben.

### 3.1.3. Rehabilitación

La toma de conciencia sobre los distintos factores que intervienen en el proceder de las personas tuvo como consecuencia que el fenómeno criminal se percibiera también como un problema social más complejo que se evidenciaba en las conductas delictivas. El

<sup>53</sup> Deirdre Golash, *The Case Against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, Nueva York: New York University Press, 2005, p. 24. Alemany ha puesto de manifiesto, a propósito de la discusión sobre el paternalismo justificado, que el desarrollo de la investigación en psicología del comportamiento y en neurociencia ha promovido importantes avances en cuanto a la comprensión de las limitaciones generales de la racionalidad humana. Por ejemplo, la teoría de los sesgos y de los heurísticos que ha comprobado la existencia de errores y limitaciones generales en los procesos de razonamiento humano, incluyendo la evaluación de riesgos. Macario Alemany García, “Paternalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid: Universidad Carlos III, No. 12, 2017, p. 206.

paradigma de la rehabilitación plantea que las personas delinquen no como resultado de una *elección racional*, sino por otro tipo de razones más estructurales e intrincadas como carencias económicas, entornos sociales inestables, problemas psicológicos, etcétera.

La mayoría de los sistemas jurídicos asumieron esta perspectiva, pues permitía hacer descansar la legitimidad del castigo en algo menos impreciso que un *beneficio general*, al tiempo que parecía implicar una humanización del castigo, presentándolo como una oportunidad de vida para quien ha delinquido. Tal como observa Rachels, evidencia de ello es que las prisiones, que en algún momento habían sido meros lugares de confinamiento, se convirtieron — aparentemente — en centros de rehabilitación con psicólogos, bibliotecas, programas educativos y capacitación vocacional. “El cambio en la manera de pensar ha sido tan grande que el término *prisión* ha caído en desuso; la nomenclatura preferida es *centro de readaptación social*, y la gente que trabaja ahí se llama *personal de readaptación*”,<sup>54</sup>

Esto favorece la instauración institucional de un discurso justificatorio según el cual, más que castigar, el sistema de justicia ha de orientarse a ofrecer un tratamiento para que la persona sane, tanto física y cognitivamente, como en cuanto a sus afectos, aptitudes y valores. El mito de que la cárcel rehabilita y posibilita la vuelta a la sociedad como un individuo apto para desenvolverse en ella está arraigado en nuestras comunidades, convirtiéndose, incluso, en un dogma que no admite prueba en contrario<sup>55</sup>

### 3.2. Medios del siglo XX: Las teorías mixtas y la contienda entre las explicaciones médicas y morales del fenómeno criminal

A mediados del s. XX, la preocupación por la injerencia de factores biológicos, cognitivos y sociales en nuestra capacidad de actuar se acentuó, lo que suscitó un movimiento formado por psiquiatras, criminólogos, sociólogos y otros científicos sociales que cuestionaba el esquema tradicional de responsabilidad. Este *rehabilitacionismo* clásico, según lo indicado por Pérez, se encontró fuertemente influido por el cientificismo de la época, lo cual se hace manifiesto en las continuas analogías entre pena y medicina, o entre administración de la pena y tratamiento médico; también en la exigencia de que el éxito de la terapia deba ser un dato verificado empíricamente.<sup>56</sup>

En principio, se trata de una visión del crimen que genera enorme simpatía, puesto que se muestra como una perspectiva no punitivista y comprensiva de las complejidades de las vidas humanas. Sin embargo, como han hecho notar autores como Ross, esta supuesta benignidad encierra cuestiones preocupantes.<sup>57</sup>

Con el auge de estos enfoques a mediados del s. XX, los estudiosos del castigo se cuestionaban las implicaciones del ideal de

<sup>54</sup> James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 212.

<sup>55</sup> Thomas Mathiensen, *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

<sup>56</sup> Juan Manuel Pérez Bermejo, “Las teorías del castigo rehabilitadoras: una reconsideración crítica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España: Universidad de Salamanca, No. 37, 2021, p. 287.

<sup>57</sup> Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Los Ángeles: University of California Press, 1975.

rehabilitación sobre la noción de agencia. Pero, no solo por eso. Sin un principio que vincule el castigo con la culpabilidad, entonces el proyecto de higiene social no tiene límites claros respecto a quién puede ser castigado. En el contexto de estas inquietudes surgen las teorías mixtas, cuya principal preocupación será la necesidad de incorporar adecuadamente consideraciones de prevención y de retribución en la justificación del castigo.

Los caminos para conseguir esa mixtura han sido distintos. Encontramos este intento desde la antigua idea platónica, luego popularizada por Séneca como: *Nemo Prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (ninguna persona razonable castiga, porque ha habido una mala acción, sino con el fin de que no haya más). A partir de dicha idea, autores como Ross<sup>58</sup> han señalado la necesidad de diferenciar entre las preposiciones *porque* y *con el fin*, siendo las consideraciones retribucionistas las que corresponden a la primera, y las preventivistas en la segunda. Otros, como Rawls,<sup>59</sup> han propuesto, más bien, distinguir entre el nivel de justificación de la práctica general y el de la justificación de

una acción particular que cae dentro de ella. Autores como Nino,<sup>60</sup> han propuesto partir de una base de prevención, que comprende el castigo como un mal —un mal menor—, buscando la mejor manera de evitar la instrumentalización y respetar la dignidad humana. En la dogmática penal, la mixtura se ha intentado, sobre todo, por medio de las teorías eclécticas, sosteniendo a la retribución como base, añadiendo el cumplimiento de los fines preventivos.<sup>61</sup>

58 *Idem.*

59 John Rawls, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Estados Unidos: Duke University Press, No. 64, 1955, pp. 3-32. Esta distinción es seguida por muchos autores tanto en la filosofía del derecho, como en la dogmática penal. En esta última, es significativa la teoría diferenciadora de Schmidhäuser, la cual propone separar la teoría de la pena en general, de los momentos que se viven en el desarrollo de la pena. Manuel Vidaurri Arechiga, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, 1997, pp. 79-125.

60 La teoría consensual de la pena de Nino se erige sobre los principios de segundo orden que dan lugar a la base normativa la base normativa de la adjudicación de responsabilidad penal: el principio de protección prudencial de la sociedad, el principio de asunción de la pena, el principio de intersubjetividad o anti-perfeccionista del derecho penal y el principio de antijuridicidad. Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Gedisa, 2008.

61 El abanico de teorías aquí es muy amplio. Destaca la teoría de la unión, la cual señala que la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en momentos distintos. Por ejemplo, en el instante de la amenaza penal es predominante la idea de prevención general negativa para disuadir a las personas de cometer un delito; si aun así se lleva a cometer el delito, entonces en la etapa de aplicación de la pena debe imperar la idea de retribución o de prevención general positiva; y durante la ejecución de la pena prevalece la idea de prevención especial, puesto que se procura la sociabilidad de quien ha delinquido, Claus Roxin, *La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal y El Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Más reciente, Pawlik ha desarrollado una propuesta de fundamentación que coloca en el centro el concepto del deber

Una de las teorías mixtas de mayor influencia es la de Hart,<sup>62</sup> por lo que voy a detenerme en ella. Hart defendió la necesidad de considerar diferentes principios para los diversos escenarios de la práctica del castigo, tomando como base la propuesta de distinción de Rawls. Así, el castigo jurídico es una institución compleja en la que se requiere diferenciar tres cuestiones:

1. la definición del castigo,
2. el fin general justificativo de la institución; y
3. la distribución del castigo que implica cuestiones de título y de cantidad.

Sin embargo, es necesario tener presente que la preocupación principal en la teoría mixta de Hart no es cómo incorporar consideraciones o restricciones deontológicas al

marco normativo consecuencialista, sino el desafío que en ese momento suponía el escepticismo penal de las propuestas abolicionistas terapéuticas (la disolución de la idea de agencia).

En lo que se refiere a la definición, Hart propuso un *caso central o estándar*<sup>63</sup> del castigo compuesto por las siguientes propiedades:

- a. debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras o desagradables;
- b. tiene que ser infligido con motivo de una transgresión (por lo menos de una supuesta transgresión) a reglas jurídicas;
- c. tiene que ser aplicado al infractor (o a quien se suponga infractor) por su transgresión;
- d. tiene que ser administrado intencionalmente por seres humanos distintos del delincuente; y
- e. debe ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por el sistema jurídico en contra del cual se cometió la transgresión.<sup>64</sup>

---

ciudadano de cooperación para el mantenimiento de un estado de libertades. El delito consiste en la infracción de ese deber de cooperación, mientras que la pena significa que quien ha delinquido queda sujeto a este deber, como una nueva obligación de tolerar la imposición de un mal por parte del Estado. Michael Pawlik, *El injusto del ciudadano*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023. Asimismo, en la dogmática penal el tema es también relevante para una cuestión práctica de mayor calado como lo es la determinación de la pena. Véase, Jesús María Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, Barcelona: *InDret Penal*, No. 2, 2007, pp. 1-15.

62 Herbert Hart, *Punishment...*, *op. cit.* Sobre esta teoría me he ocupado en profundidad en Ilse Torres Ortega, *Sobre la...*, *op. cit.*

---

63 Asimismo, este autor identificó *casos sub-estándar o secundarios* del concepto: (a) castigos por infracciones de reglas jurídicas impuestas o administradas por personas distintas de los funcionarios (sanciones descentralizadas); (b) castigos por infracciones a reglas u órdenes no jurídicas (castigos en una familia o en la escuela); (c) castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo social por sanciones determinadas por otros sin la previa autorización, estímulo, control o permiso; y (d) castigo de personas (distintas de las incluidas en (c) que no son ni de hecho ni supuestamente transgresores. *Ibidem*, p. 5.

64 *Ibidem*, pp. 4 y 5.

Ahora bien, en lo que concierne a su justificación, Hart separa, por una parte, el análisis sobre la institución en general y, por otra parte, la revisión de los principios que deben regir la distribución de castigos a personas concretas. La pregunta general sobre la práctica del castigo se refiere al fin general justificativo, el cual, para dicho autor solo podía ser de tipo prevencionista. Únicamente la prevención del daño a los miembros de la sociedad puede justificar el mantenimiento de una práctica como la del castigo, tomando como punto de partida que se trata siempre de un mal, un costo que puede tolerarse si el beneficio obtenido por imposición es considerablemente superior al mal que entraña — la idea del mal necesario. Incluso quien defiende valores distintos a la disuasión, como la satisfacción de una demanda popular, el garantizar el bien moral en la sociedad, o cualquier explicación que haga mención del castigo como algo que beneficia a la sociedad es, en realidad, un consecuencialista, pues centra la corrección de la práctica en un bien a ser asegurado: la protección de la sociedad respecto de ciertos daños.<sup>65</sup>

El retribucionismo —el *modelo retribucionista crudo*<sup>66</sup> que más tarde complemen-

tó<sup>67</sup> no ofrece razones aceptables en este nivel, pues considera que el merecimiento moral es suficientemente relevante como para convertir el mal del castigo en un bien. Sin embargo, las consideraciones retribucionistas resultan indispensables para justificar la aplicación de un castigo a un individuo concreto. En esta dimensión, una justificación consecuencialista resultaría insuficiente para llegar a la conclusión de que solamente puede castigarse a un individuo si este ha cometido voluntariamente una transgresión a las normas. Para ello es necesario introducir razones retribucionistas, lo cual habría que ser identificado como la *retribución en la distribución*, para diferenciarla de esta como fin general justificativo.

Dentro de este nivel encontramos las *cuestiones del título*, referidas a quién puede ser castigado, cuya respuesta sería que solo puede castigarse a aquel que es responsable de la transgresión de una norma, y lo referente a *la cantidad de castigo* que debe recibir dicho transgresor. La cuantía del castigo

*dem*, p. 231. Así, la teoría da una respuesta retributiva sobre el tipo de conducta que debe castigarse, su severidad y sobre su justificación.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>66</sup> El modelo simple o crudo de la teoría retributiva, según Hart, se compone de tres afirmaciones: (a) una persona puede ser castigada si y solo si ha hecho voluntariamente algo moralmente incorrecto; (b) ese castigo debe ser en alguna forma equivalente a la maldad de la ofensa; y (c) la justificación para el castigo de una persona bajo estas condiciones es la retribución del sufrimiento por el mal moral voluntariamente hecho, como algo que en sí mismo es justo o moralmente bueno. *Ibi-*

<sup>67</sup> En el *postscript* de *Punishment and Responsibility*, Hart reconoció que no había hecho justicia a la variedad y complejidad de la noción de retribución, puesto que hay distintas respuestas a la pregunta general y particular que pueden calificarse de retributivas, incluso si contienen elementos disuasorios o de reforma. Estas variantes preservan el principio de que el acto voluntario de llevar a cabo algo moralmente malo es determinante para el castigo, así como la idea de que la gravedad moral es una propiedad para fijar la severidad. *Ibidem*, p. 233.

va más allá de que un individuo haya transgredido una norma, ya que importan las circunstancias en las que el acto fue realizado y, sobre todo, las condiciones mentales del sujeto —análisis de excusas y causas de justificación. Una vez que se ha determinado que una persona es sancionable es necesario volver a atender al fin general justificativo, ya que el consecuencialismo fija límites a la cuantía del castigo; por ejemplo:

1. una pena no puede envolver más sufrimiento del que ha sido provocado por la infracción;
2. deben rechazarse aquellos castigos cuya severidad resulte inútil; y
3. debe ofrecerse al delincuente potencial el incentivo de que hay una menor penalidad por cometer un daño menor, para que esto pueda contribuir a que no realice el daño mayor.

La idea central consiste en que una justificación prevencionista del castigo es compatible con tener en cuenta principios retributivos en la distribución del castigo. Sin embargo, para muchos las propuestas mixtas son insatisfactorias porque siguen privilegiando una concepción específica. En este caso, estaríamos ante una postura que presenta la institución del castigo como justificada por razones de prevención, aun cuando se reconozca que las razones de retribución son necesarias en el momento de la distribución de castigos. Como señala Nayfeld, aunque a simple vista pueda parecer que una teoría de esta naturaleza plantea una vía intermedia entre el prevencionismo y el retribucionismo, en realidad, no implica ninguna concesión al retribucionismo, a menos que la noción de *retribución* se distorsione hasta

el punto de que carezca de sentido.<sup>68</sup> Aquello que distancia a unas y otras teorías permanece intacto.

### 3.3. La década de 1970: El auge del retribucionismo y la descripción moral del delito

La visión del fenómeno criminal como una enfermedad que exige rehabilitar a los ofensores planteó un enorme desafío para quienes vislumbraban las implicaciones de un esquema completamente paternalista sobre la autonomía de las personas.

Sin embargo, a este desafío se añadió otra importante inquietud. A partir de la segunda mitad del siglo XX, la decepción ante el modelo de prevención aumentaba. La idea de que el objetivo primordial de la política penal es esperar cambios en el carácter, las actitudes y el comportamiento de las personas condenadas, a fin de fortalecer la defensa social y contribuir al bienestar general<sup>69</sup> perdió fuerza ante la realidad social, llevando a los especialistas del castigo a un profundo escepticismo sobre la capacidad de las instituciones tradicionales para lograr un cambio en el comportamiento y los afectos de las personas.

Lejos de disminuir la incidencia delictiva, el crimen se recrudecía, la reincidencia no se controlaba y las víctimas ocupaban un pa-

<sup>68</sup> Nicolas Nayfeld, *Moral Pluralism and the Complexity of Punishment. The Penal Philosophy of H. L. A. Hart*, Nueva York: Routledge, 2023, p. 193.

<sup>69</sup> Francis Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Nueva York: Yale University Press, 1981.

pel marginal.<sup>70</sup> Como subrayan MacCormick y Garland, el modelo de bienestar penal —el modelo de rehabilitación— que había prevalecido en la postguerra era una forma de utilitarismo que subrayaba la necesidad de responder de manera no punitiva, sino correctiva hacia los delincuentes, favoreciendo que el foco de atención estuviera colocado solo en el ofensor y en sus posibilidades de reforma. Sin embargo, esta perspectiva, así como sus operadores, fallaron en sus pretensiones y brindaron las facilidades para el incremento masivo del delito, al tiempo que ignoraban el sentir de la ciudadanía y se mostraban incapaces de manejar los riesgos y el daño vinculado al crimen.<sup>71</sup> Este contexto facilitó el tránsito del modelo de rehabilitación hacia un modelo que le diera al castigo una función más significativa que reivindicara la noción de agencia y la inmoralidad intrínseca en el mal del delito.

La crisis de la rehabilitación sobrevino, centralmente, por la ineficacia de los programas de tratamiento penal. Al haber perdido

esta influencia, la pregunta de los especialistas en el fenómeno criminal y el castigo fue: ¿qué concepción de la pena hay que seguir entonces?<sup>72</sup> Es ahí donde el *retribucionismo* vuelve a mostrarse como un marco normativo atractivo y con potencial para cambiar nuestras prácticas de castigo.

El renacimiento del retribucionismo, sin embargo, va a implicar un distanciamiento importante con el modelo clásico. Especialmente, en la mayoría de sus versiones se va a reemplazar la idea *contraintuitiva* de que el mal se retribuye con otro mal, por una tesis de mayor calado moral: el sufrimiento cuando es merecido no es un mal. Hay muchas versiones del retribucionismo, pero aquí voy a centrarme en aquellas que Holmgren identifica con el retribucionismo duro o positivo —para diferenciarlo del retribucionismo débil de las propuestas mixtas—, cuyas distintas versiones coincidirían en la tesis de que la decisión de castigar debe sostenerse en el merecimiento personal, al igual que la cantidad de castigo a recibir.<sup>73</sup> Esto es, el merecimiento es una justificación positiva del castigo; es una razón necesaria y suficiente para justificar la institución y para imponer un castigo a una persona concreta. Dentro del retribucionismo duro o positivo, encontramos distintas versiones, entre las que se destacan las siguientes.

70 Esto ha dado lugar al robusto movimiento de los derechos de las víctimas. También en el área penal se han desarrollado propuestas como la de Hörle que pretenden involucrar a las víctimas en el juicio, como un mecanismo para identificar la relación entre la severidad del delito y la duración de la condena; es decir, los intereses y consideraciones de las víctimas para evaluar la gravedad del delito. Tatjana Hörle, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Santiago de Chile: Olejnik, 2023, p. 56.

71 Neil MacCormick, y David Garland, “Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish”, En Andrew Ashworth, *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 13.

72 Andrew Von Hirsch, “The ‘Desert’ Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives”, Estados Unidos: *Social Research*, Vol. 74, No. 2, 2007, p. 413.

73 Margaret Holmgren, *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Madrid: Avarigani, 2014.

### 3.3.1. Teorías basadas en el merecimiento simple

La versión más difundida de este retribucionismo duro es aquella que utiliza la noción de *merecimiento* como concepto moral fundamental. El objeto del castigo, aquello que lo justifica, consiste en dar a quien ha transgredido una ley lo que merece. El autor más representativo de esta teoría seguramente sea Moore, quien señaló que debemos castigar a los ofensores porque, y solo porque, merecen ser castigados; el castigo se justifica únicamente por el hecho de que quienes lo reciben lo merecen. Este castigo puede derivar en consecuencias positivas como la disuasión, la educación para la vida en sociedad o el reforzamiento de la cohesión social, pero dichas consecuencias no tienen nada que ver con aquello que constituye el genuino bien que se consigue por medio del castigo: el bien consiste en que alguien que merece un mal, lo reciba. El castigo del culpable es, por tanto, un bien intrínseco y no un bien instrumental.<sup>74</sup>

Esto implica, que sea necesario distanciarse de algunas ideas que han contribuido a la mala fama del retribucionismo. Por ejemplo, la creencia de que el castigo consiste en una medida específica —como la ley del talión (ojo por ojo)— o en un tipo de castigo específico —como la pena de muerte—; o de que este se impone para satisfacer el deseo de venganza de las víctimas o las preferencias de la ciudadanía en general. La tesis retribucionista exige ser cuestionada en estas anteriores formulaciones, pero no la tesis de

fondo que establece como idea de justicia el merecimiento moral.

### 3.3.2. Teorías recíprocas

Aun partiendo de la noción de merecimiento, algunos autores apelan a una intuición básica que compartimos los seres humanos sobre el desbalance que supone en la dinámica social la comisión de un crimen. Las teorías recíprocas exploran esta intuición, indicando que, al ser necesario mantener una distribución justa de cargas y beneficios entre los ciudadanos, es legítimo que el Estado asuma esta función y tome las medidas apropiadas para mantener ese equilibrio o para reestablecerlo cuando esté en riesgo. Así, la persona que comete un delito obtiene una ventaja a través de sus actos, la cual es injusta; por lo tanto, el castigo ha de imponerse para intentar quitar esa ventaja y restaurar un balance en la sociedad.

Morris afirma que el derecho penal nos otorga un beneficio que consiste en no sufrir ningún tipo de interferencia de su parte, siempre y cuando aceptemos la carga que supone cumplir con las normas de conducta y, con ello, tener que limitar ciertos deseos o preferencias que podemos tener.<sup>75</sup> Así, quien decide infringir la ley está gozando de un beneficio que no le corresponde, y esa ventaja que ha tomado para sí mismo debe ser eliminada a través del castigo. Para cumplir el objetivo de restaurar la igualdad entre la persona transgresora y el ciudadano que de-

<sup>74</sup> Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2010, pp. 87 y 88.

<sup>75</sup> Herbert Morris, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Los Ángeles: University of California Press, 1976.

cide cumplir la ley, es necesario sustraer de la primera aquello que indebidamente ha tomado;<sup>76</sup> esto justificaría hacer una excepción al principio que proscribe dañar a otros, autorizando el acto de castigar, como un acto de justicia en sí mismo.

### 3.3.3. Teorías comunicativas y expresivas

Un camino distinto es el que han emprendido otros autores al subrayar, más que una compensación o el merecimiento abstracto, el carácter intersubjetivo de la práctica de castigar. Las teorías comunicativas y expresivas han ganado mucho terreno en los últimos años, pues envuelven una reivindicación de las actitudes reactivas retributivas que nos llevan a ver en el otro un agente moral al que podemos reprochar y pedir que se comporte de una manera respetuosa con los demás. Ambos grupos de teorías se centran en aspectos expresivos y simbólicos del castigo, pero con énfasis distintos.

Las teorías comunicativas subrayan el intercambio bidireccional que supone hacerle saber al ofensor la desaprobación moral que la incorrección de su acto supone para la comunidad, para comprometerle en tanto agente moral.<sup>77</sup> Así, para los teóricos de las teorías comunicativas, la imposición de un castigo se justifica porque dicho acto comunica a quien ha delinquido un mensaje moral respecto a su conducta. Se le hace saber que

su actuar no es aprobado por la comunidad de la que forma parte, debido a que ha dañado a otros. Respetar a la persona que ha cometido un crimen, y tratarle como agente moral autónomo, implica no manipularle por medio de la disuasión, sino comunicarle racionalmente la trascendencia de su ofensa. Le forzamos a cumplir la obligación moral que tiene de meditar sobre el daño cometido y a arrepentirse.<sup>78</sup> De esta manera, el castigo también puede tener un beneficio intrínseco para quien ha delinquido. Esto da lugar a los modelos de educación moral como el de Hampton, quien señala que el castigo puede justificarse por los beneficios que supone para quien es castigado, quien es tratado como un agente moral capaz de revisar críticamente y corregir sus acciones. Desde el punto de vista de la educación moral, el castigo está justificado como una forma de prevenir las malas acciones, en la medida en que puede enseñar tanto a los infractores como al público en general, las razones morales para elegir no cometer un delito.<sup>79</sup>

Por otra parte, las teorías expresivas resaltan la expresión actitudes de resentimiento e indignación, así como la desaprobación de la conducta del ofensor que supone la imposición de un castigo.<sup>80</sup> De esta forma, sostienen también la importancia del castigo para comunicar al ofensor la incorrección

<sup>76</sup> John Finnis, “Retribution: Punishment’s Formative Aim”, *Journal Articles*, 44 Am J. Juris 91, 1999, pp. 91-103.

<sup>77</sup> Antony Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>78</sup> Antony Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2007.

<sup>79</sup> Jean Hampton, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, No. 13, 1984, p. 213.

<sup>80</sup> Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Nueva York: University Oxford, No. 49, 1965, pp. 397-423.

de sus acciones, pero colocan el énfasis en la censura o desaprobación que supone para este. La idea central es, en este caso, que es necesario tratar a quien ha delinquido como un delincuente: si queremos reconocer la gravedad del delito, no debemos tratar a los infractores en términos normales hasta que hayan tomado conciencia del mal que ocasionaron, así como medidas apropiadas para cumplir con sus obligaciones (reparación).<sup>81</sup> De esta manera, se trata con dignidad y respeto al ofensor, pero, además, la censura del castigo transmite a las víctimas y a las potenciales víctimas el mensaje de que el Estado no es indiferente hacia quien ha cometido un crimen y no es omiso ante el daño injustificado que con ello ha provocado.<sup>82</sup> Autores como Andrew von Hirsch también han destacado el potencial de esta perspectiva para dar cuenta de la idea de proporcionalidad: “cuando la severidad de los castigos se establece en función de la gravedad de los delitos, la desaprobación así transmitida reflejará el grado de reprochabilidad de la conducta”.<sup>83</sup>

Más recientemente, Robinson ha formulado la propuesta del merecimiento empírico, sosteniendo que la distribución de castigos ha de realizarse a partir de las valoraciones de justicia de la comunidad.<sup>84</sup>

#### 4. Desafíos específicos del contexto hispanoamericano

Aun cuando los interrogantes que nos plantea la institución del castigo y las prácticas que caen dentro de ella sean persistentes e inagotables, conforme nuestras sociedades se complejizan, se hace necesario añadir nuevas aristas al problema. El recorrido realizado hasta aquí da cuenta de la riqueza de un debate teórico, pero, sobre todo, del cambio socio-histórico del castigo y, con ello, de los puentes que existen entre la realidad de las prácticas y las ideas normativas sobre el castigo. Toda práctica de castigo deja traslucir ideas normativas; la cuestión es aprenderlas y someterlas a juicio crítico para, en su caso, modificarlas por otras mejor fundamentadas y revisar —y transformar—, a la luz de estas, nuestras prácticas. Esto es, el recorrido por la historia de teorías normativas, que de alguna forma refleja y alimenta también la forma institucional (la dimensión organizativa o dimensión autoritativa) de la justicia penal. De ahí que tenga sentido plantear que, hoy en día, este recorrido normativo debe recoger y sumar cuestiones particulares de nuestro contexto para poder tener potencial crítico y transformador de tales prácticas.

En esta última parte del texto presentaré de manera sintética una serie de desafíos que, dada su importancia, han de estar presentes en la dimensión ideal del castigo para que esta no termine funcionando meramente como un discurso que, lejos de cuestionar y denunciar las injusticias, legitime espuriamente las prácticas de la justicia penal. Me centraré en tres grandes desafíos.

El primero se refiere a una nueva etapa que puede añadirse en la historia sobre el castigo en la que parecería que más que discutir si el castigo responde a la enfermedad o a la inmoralidad como en épocas anterior-

81 Christopher Bennett, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, p. 103.

82 Joel Feinberg, *Doing and Deserving*, Londres: Princeton University Press, 1970.

83 Andrew Von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, No. 16, 1992, p. 70.

84 Paul Robinson, *Principios distributivos del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

res, habría que centrarse en las enormes desigualdades involucradas en los fenómenos sociales asociados al crimen.

El segundo se refiere a la que continúa siendo la mayor dificultad del tema del castigo; me refiero al encarcelamiento masivo, su uso político y la aparente predilección que tenemos por inhabilitar a las personas por medio de la prisión.

En tercer lugar, habríamos de abordar un reto que tiene que ver con una cuestión contextual que, en realidad, permea los anteriores desafíos.

Una cosa obvia en el recorrido que aquí he realizado es que la literatura que discute sobre el castigo y la historia de la que da cuenta pertenece, en su mayoría, al mundo anglosajón. Sin negar el carácter universal de los problemas últimos de fundamentación, sí es importante subrayar que el esclarecimiento de proyectos de organización social no puede ser, por razones obvias, ciego a las cuestiones fácticas que caracterizan cada contexto. Esta ceguera podría condenar al debate académico a la absoluta irrelevancia o, como se advertía, a ser fábrica de discursos ideológicos que simplemente enmascaran prácticas éticamente indecentes. El mundo hispanoamericano tiene, en ese nivel (la realidad sociopolítica, económica, cultural) una historia diferente que, sin embargo, no está siendo lo suficientemente revisada y cuestionada.

#### 4.1. Injusticia y crítica social

El resurgimiento del *retribucionismo* ha favorecido volver a colocar la atención en la noción de agencia y reivindicar el daño injustificado, el sentir de las víctimas y la necesidad de construir una ciudadanía junto con quienes han delinquido. Sin embargo, los

enfoques retribucionistas continúan siendo perspectivas que ponen el acento en la responsabilidad individual. Aun cuando dicha responsabilidad se ponga en diálogo con lo colectivo —por ejemplo, para aminorar el reproche que se dirige a una persona a quien su propia comunidad le ha fallado—, la atención sigue estando volcada en si el individuo merece o no un reproche que dé lugar al castigo. Dicho merecimiento podrá adquirir un tono edificante (articulado en primera persona puede llevar a la autorevisión y al crecimiento personal), pero persisten las dudas respecto a si dicho criterio, articulado desde las instituciones, es el más adecuado para la distribución de la justicia o, si acaso, no resulta revictimizador, en tanto que parece ignorar las condiciones objetivas de opresión. La pregunta por la medida en la que podemos afirmar que una persona merece un reproche por su acción, sigue sostenida en muchas incertidumbres respecto al peso de factores externos e internos en la conducta de las personas.

La libertad de acción, uno de los presupuestos de la responsabilidad penal, ha recibido numerosos embates por parte de los enfoques críticos. Presuponer que una persona, sin importar sus circunstancias, puede optar sin mayores dificultades por el rumbo de acción exigido por la norma puede llevar a desdibujar la influencia de las violencias estructurales que atraviesan nuestras comunidades jurídico-políticas. La crítica social del castigo, como indica Wirts, ha argumentado que el crimen tiene su origen en defectos morales de la propia sociedad y no en los defectos concretos del individuo —a quien, sin embargo, se le responsabiliza por entero—, como la aporofobia, el racismo, la pobreza y la exclusión en general.

La visibilización de la injusticia social ha llegado a animar las protestas públicas y el

discurso popular sobre la actuación policial y el encarcelamiento masivo, especialmente en las últimas décadas.<sup>85</sup> Los críticos sociales advierten que la práctica del castigo no puede abordar el problema de la criminalidad porque los castigos —y la justicia penal en general— continúan funcionando en una lógica individual, por lo que no pueden dar cuenta del entramado de condiciones y desigualdades de nuestras actuales comunidades.

En este sentido, el castigo tiene el enorme desafío de comprender mejor las disparidades que derivan de pertenecer a determinados colectivos históricamente afectados, y las consecuencias que esto tiene sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal y el fenómeno criminal. Para ello, según Lauritsen y Sampson, es necesario seguir investigando sobre los vínculos entre la delincuencia, la justicia penal y la situación de los grupos minoritarios, las diferencias que estos suponen en la victimización y la delincuencia, el papel que desempeñan las sanciones formales en la acumulación de desventajas a lo largo de la vida de las personas, así como la medida en que las guerras del crimen se libran de forma desproporcionada contra ciertos colectivos.<sup>86</sup> Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha incorporado al debate del castigo la perspectiva de grupos castigados como las personas afroamericanas, hispanos, mujeres o personas en condición de pobreza.<sup>87</sup> Las prácticas

de castigo actuales son selectivas y cumplen una función, principalmente, de inhabilitación. En el mundo de habla hispana hay ya numerosos trabajos que, desde el punto de vista sociológico y criminológico,<sup>88</sup> muestran la contextualización regional de las personas que delinquen y las dinámicas sociales dentro de las prisiones y en torno a ellas.<sup>89</sup>

Tomar conciencia y hacerse cargo de las injusticias de nuestras sociedades implica que el castigo también deba repensarse en lógica del tejido social. Al respecto, el paradigma del perdón ha ido avanzando como un marco normativo con enorme potencial para pensar en las implicaciones de los conflictos sociales que dan lugar al delito más allá de la imposición de la pena. Por ejemplo, repensando el papel de valores como la compasión en una concepción del castigo como el retribucionismo que insiste en que corresponde dar al delincuente lo que merece o la plausibilidad de transformar el sistema de justicia penal por un sistema basado en la restauración.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Amelia Wirts, “Is Crime Caused...”, *op. cit.*, p. 76.

<sup>86</sup> Janet Lauritsen y Robert J. Sampson, “Minorities, Crime, and Criminal Justice”, En Michael Torny, *The Handbook of Crime and Punishment*, Nueva York: Oxford University Press, 1998, pp. 78 y 79.

<sup>87</sup> Gertrude Ezorsky, *Philosophical Perspectives*

*on Punishment*, Nueva York: State University of New York, 2015.

<sup>88</sup> De los más representativos de las Criminologías del sur, por ejemplo, Máximo Sozzo, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*, Cham: Palgrave, 2022.

<sup>89</sup> Como muestra de los muchos trabajos que subrayan las particularidades de la realidad penitenciaria del mundo latinoamericano, Rocío Lorca, Diego Rochow y Violeta Purán, “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, España: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, No. 2, 2022, pp. 328-353.

<sup>90</sup> David Dolinko, “Some Naive Thoughts About Justice and Mercy”, Ohio: *Ohio State Journal of Criminal Law*, No. 4, 2007, pp. 349-360.

#### 4.2. Encarcelamiento masivo

La discusión sobre el castigo no debe confundirse con la discusión sobre la prisión. Sin embargo, aunque en ocasiones los teóricos del castigo insistan en mantener ambos temas separados, su relación es evidente. En gran medida, el tema del castigo sigue siendo objeto de preocupación debido a las injusticias que suceden dentro del encarcelamiento.

Si bien no es posible establecer una relación de causalidad entre las teorías del castigo y el uso de la pena de prisión, es innegable que la cárcel sigue siendo el escenario donde se ponen de manifiesto las ideas que los individuos poseen sobre la pena. En general, es en este nivel donde se evidencian las contradicciones de nuestras sociedades y la falta de herramientas teóricas que nos permitan sistematizar y afrontar el problema del castigo. Así, por ejemplo, todo Estado de derecho que utiliza prácticas de castigo inhabilitantes como la prisión pretende distanciarse de la idea de venganza. Sin embargo, con frecuencia nos encontramos con discursos que están en lo cierto en la evaluación de la situación sobre quién es el ofensor, el mal que ha ocasionado y lo mucho que merece un castigo, pero que, desde esa certeza, reducen la justicia a la satisfacción de ver que el delincuente sufre. Como indica Zaibert, no hay espacio en nuestro paisaje mental para lamentar el hecho de estar infligiendo sufrimiento por merecido que sea. Parecemos incapaces de captar la sutileza moral y de percibir la tragedia, o al menos los elementos trágicos de muchas situaciones.<sup>91</sup>

Probablemente esta situación tendría que ser el primer paso para avanzar en dirección a una reflexión más situada sobre el castigo. Aunque insistamos en utilizar palabras neutralizadoras e insistamos en que no tenemos prisiones, sino centros de readaptación social, que no tenemos castigos, sino sanciones penales que privan al individuo de un bien, es innegable que nuestras instituciones producen un dolor inmenso a quienes están allí alojados —a veces sin siquiera haber determinado su culpabilidad. Sea cual sea la teoría del castigo que nos resulte más justificada, ¿sabemos realmente cuánto dolor o sufrimiento estamos infligiendo en nombre del castigo? Autores como Christie insisten en la necesidad de hacer una genuina evaluación del volumen y de las condiciones de vida de las personas que están en prisión: “¿cuándo es suficiente? ¿Y cuándo se ha pasado el límite de lo suficiente? ¿Cuál es el límite de las sociedades modernas? ¿Cuándo la población carcelaria de un país ha alcanzado un nivel donde al menos nuestra intuición dice que esto está mal, completamente mal, que es inaceptable? ¿Y cuándo las condiciones de vida están por debajo de toda dignidad?”.<sup>92</sup>

Dentro de los distintos factores que influyen en las dinámicas humanas, parece difícil negar, por incómodo que resulte, que la humanidad encuentra un cierto placer en castigar. Sin embargo, este placer ha cambiado de carácter con el paso del tiempo. Aunque ha desaparecido el placer de la vista del público, esto no necesariamente debe interpretarse como una indicación de que el

91 Leo Zaibert, “Punishment, Revenge, and the Nature of Moral Philosophy”, En Paula Satne y Krisanna Scheiter, *Conflict and Resolution:*

*The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment*, Suiza: Springer, 2022, pp. 109 y 110.

92 Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 153.

placer como tal desapareció, sino más bien de que la experiencia del público cambió de carácter. De acuerdo con Hörnqvist, el dolor pareció desaparecer del castigo cuando la celda de la prisión sustituyó a la horca, y el dolor ya no era tangible ni fácilmente observable —no había miembros rotos, ni sangre, ni gritos audibles ni agonía visible.<sup>93</sup> No obstante, ese dolor persiste. Sabemos que está allí, pero lo disfrutamos en privado o simplemente lo ignoramos. Ese ápice de crueldad al que parecemos ser proclives no es una condena —es viable reencausar nuestras pasiones oscuras—, pero sí una advertencia para pensar los límites del dolor.

### 4.3. El castigo en el mundo latino

La sistematización de las propuestas justificatorias aquí anotadas responde a la discusión del mundo anglosajón. Con ello no pretendo decir que no hay teóricos del castigo preocupados por el tema del castigo en nuestro contexto, sino que, en su mayoría, lo que hacemos es mirar la escena anglosajona para intentar dar cuenta de nuestra realidad. No creo que sea posible afirmar una realidad común a los países del mundo latino, pero sí que se dan ciertas condiciones para construir algo parecido a lo que señala Atienza respecto a la posibilidad de construir una filosofía del derecho del mundo latino. Este proyecto, siguiendo con el autor, solo tiene sentido bajo ciertas condiciones: se requiere poder afirmar una cultura jurídica más o menos homogénea, con sistemas jurídicos y lenguas afines, y con una tradición de pensamiento

jurídico similar; es necesario mantener la vocación universal —no localista y cerrada; ha de existir una comunidad iusfilosófica con rasgos de identidad que toma conciencia de los problemas más apremiantes de esa comunidad.<sup>94</sup>

En este sentido, el debate *regional* sobre el castigo tendría que aceptar que, al menos en el discurso, no hemos avanzado mucho respecto del modelo de inhabilitación y de rehabilitación. No obstante, la violencia estructural que nos atraviesa recrudece el sentimiento de indignación y, con ello, a veces el ánimo de venganza, exigiendo mano dura por parte del Estado, lo cual se traduce en la demanda de castigos severos y en el aumento del sufrimiento penal.

Para dar muestra de ello, no hace falta más que echar un vistazo a los datos de cualquiera de nuestros países. Por ejemplo, en México, la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública<sup>95</sup> estimó 22.1 millones de víctimas de delitos mayores de 18 años en 2022 y una tasa de 28,701 delitos por cada 100,000 habitantes. Sin embargo, solo 10.9% de estos delitos fueron denunciados, y solo 69.3% de las denuncias derivaron en una investigación penal. De esta manera, hablamos de una tasa de impunidad —considerando delitos no denunciados, denuncias sin seguimiento e investigaciones infructuosas— de aproximadamente 92.4%. Al tiempo, la población penitenciaria es de más de 226,077 personas

<sup>93</sup> Magnus Hörnqvist, *The Pleasure of Punishment*, Nueva York: Routledge, 2021.

<sup>94</sup> Manuel Atienza Rodríguez, *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017, p. 87.

<sup>95</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, 2023. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2023/>

y solo 110, 954 personas cuentan con sentencia definitiva.<sup>96</sup>

Los datos anteriores corresponden, nuevamente, a la práctica del castigo de prisión, pero son una muestra de que los problemas del mundo latino no son exactamente los mismos de otros contextos en los que, por lo menos, existen instituciones con capacidades y fortalezas para tomarse en serio la impartición de castigos.<sup>97</sup> Nuestra agenda de problemas no puede ser la misma porque nuestra realidad es distinta. La anomia social, la incapacidad del sistema de justicia, los costos de la impunidad, el avance del populismo punitivo y, en general, la falta de oportunidades son factores acentuados en el contexto latino que deben ser incorporados a la reflexión normativa sobre el castigo para cuestionar un modelo imperante que insiste en que la prisión es una práctica concreta de castigo que se aplica a quienes lo merecen, en el ánimo de ofrecerles oportunidades de rehabilitación y reinserción.

En el mundo latino sigue siendo muy necesario revisar críticamente el paradigma de la prevención y pensar en alternativas, quizás ante el temor que supone reconocer que nuestras pretensiones preventivistas y de rehabilitación son demasiado endeblés<sup>98</sup>. En

este sentido, hay muchos autores del mundo latino, por ejemplo, Nino,<sup>99</sup> Malamud Gotti,<sup>100</sup> Gargarella,<sup>101</sup> Silva Sánchez,<sup>102</sup> Beade,<sup>103</sup> Ferrante,<sup>104</sup> Cigüela,<sup>105</sup> Ortiz de Urbina,<sup>106</sup> Vi-

---

“¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, En Raúl Carnavall, (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 419-444.

**99** Cfr. Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea, 1980.

**100** Cfr. Jaime Malamud, *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

**101** Cfr. Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

**102** Cfr. Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001.

**103** Cfr. Gustavo Beade, *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2017.

**104** Cfr. Marcelo Ferrante, *Filosofía y Derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2013.

**105** Cfr. Javier Cigüela Sola, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

**106** Cfr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo: la presunta superación del positivismo y el formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Madrid: Editorial Civitas, 2007.

---

**96** *Idem.*

**97** Aunado a los períodos de inestabilidad política severos en los que el derecho penal ha sido captado por el poder político y en los que, posteriormente, ha jugado un papel central en los procesos de justicia transicional. Sobre esto último, en el caso chileno, recientemente Juan Pablo Mañalich Raffo, *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Roneo, 2023.

**98** Al respecto, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno,

lajosana,<sup>107</sup> Lorca,<sup>108</sup> Zysman,<sup>109</sup> Rodríguez Horcajo,<sup>110</sup> Mañalich,<sup>111</sup> Pérez Barberá,<sup>112</sup> entre muchos otros —que están colmando esa laguna, construyendo una aproximación a los fundamentos del castigo desde un lugar distinto y con ánimos de renovación y mejora de nuestras prácticas.

## 5. Reflexiones finales

A lo largo de estas páginas he ofrecido a la persona lectora un recorrido sistemático por las principales ideas normativas que conforman la reflexión sobre el castigo y las prácticas que lo materializan. En este recorrido también he hecho explícita su incompletitud, y la importancia de que la reflexión normativa camine de manera paralela a la realidad social de la justicia penal.

En las ciencias sociales y las humanidades es frecuente la denuncia de la enorme

brecha existente entre la realidad y la idealidad. También es habitual el cuestionamiento de que el deber ser no logra seguir el ritmo de las dinámicas sociales, encubriendo las estructuras de opresión que hay en nuestras comunidades. Sin embargo, la dimensión normativa es necesaria para la denuncia de la injusticia y para fundamentar las transformaciones que van sucediendo en las instituciones. De ahí que uno de los primeros pasos sea tener muy presente porque se trata de una cuestión de ética práctica que no puede aceptarse de manera acrítica y de una institución que sucede en un contexto del ejercicio del poder específico. Asimismo, tener presente las distintas concepciones del castigo que han intentado responder a estos desafíos justificatorios es indispensable para comprender por qué unos determinados modelos se han instalado en las realidades penales de nuestras comunidades por un período de tiempo, de manera más o menos acentuada en algunos territorios.

En definitiva, en estas páginas he intentado aportar al diálogo sobre el castigo algunas ideas que han acompañado su proceso de adaptación en nuestras comunidades contemporáneas. El castigo es una de las prácticas más controversiales y difícilmente compatibles con el marco de derechos y principios sobre los que se han construido las actuales democracias. Entender cómo ha sucedido este proceso y los intentos de su fundamentación resulta fundamental para cuestionar su corrección y para exigir la transformación de nuestras prácticas penales.

<sup>107</sup> Cfr. Josep Vilajosana Rubio, *Las razones...*, op. cit.

<sup>108</sup> Rocío Lorca Ferreccio, “Extrema pobreza y poder penal”, En *Derecho y pobreza*, Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 221-243.

<sup>109</sup> Cfr. Diego Zysman, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>110</sup> Cfr. Daniel Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

<sup>111</sup> Cfr. Juan Pablo Mañalich Raffo, op. cit.

<sup>112</sup> Cfr. Gabriel Pérez Barberá, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación Deontológica de la pena como institución”, Barcelona: *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2014, pp. 1-44.

## 6. Bibliografía

- ALEMANY GARCÍA, Macario, “Paternalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid: Universidad Carlos III, No. 12, pp. 199-209, 2017. [HTTPS://E-REVISTAS.UC3M.ES/INDEX.PHP/EUNOM/ARTICLE/VIEW/3652/2236](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/ARTICLE/VIEW/3652/2236)
- ALLEN, Francis, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Nueva York: Yale University Press, 1981.
- ALTMAN, Matthew, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Suiza: Springer, Suiza, 2023.
- ALTMAN, Matthew, *A Theory of Legal Punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of State*, Nueva York: Routledge, 2021.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017.
- BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2017.
- BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y las Penas*, Madrid: Trotta, 2011.
- BENNETT, Christopher, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Clarendon Press, 2000.
- BOONIN, David, *The Problem of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- BRINK, David O., “Consequentialism, the Separateness of Persons, and Aggregation”, En Portmore, Douglas, *The Oxford Handbook of Consequentialism*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 291-314, 2020.
- BROOKS, Thom, *Punishment. A Critical Introduction*, Nueva York: Routledge, 2021.
- BYRD, Sharon, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 2, pp. 151-200, 1989, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/kants-theory-punishment-deterrence-its-threat-retribution-its>
- Camps, Victoria, “Principios, consecuencias y virtudes”, *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, España: Universidad de Murcia, No. 27, 2002, pp. 63-72, <https://revistas.um.es/daimon/article/view/12201>
- CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- CIGÜELA, SOLA, JAVIER, “Injusticia social y Derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo”, España: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, pp. 389-411, 2019.
- CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- DARWALL, Stephen, “Normativity”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2024, REP Online, [HTTPS://WWW.REP.ROUTLEDGE.COM/ARTICLES/THEMATIC/NORMATIVITY/V-1](https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1)
- DOLINKO, David, “Some Naive Thoughts About Justice and Mercy”, Ohio: *Ohio State Journal of Criminal Law*, No. 4, pp. 349-360, 2007.
- DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- DUFF, Antony, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2007.
- DUFF, Antony, *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- EZORSKY, Gertrude, *Philosophical Perspectives on Punishment*, Nueva York: State University of New York, 2015.

- FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving*, Londres: Princeton University Press, 1970.
- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Nueva York: University Oxford, No. 49, pp. 397–423, 1965.
- FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Madrid: Trotta, 2018.
- FERRANTE, Marcelo, *Filosofía y Derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2013.
- FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FINNIS, John, “Retribution: Punishment’s Formative Aim”, *Journal Articles*, 44 Am J. Juris 91, pp. 91–103, 1999.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Madrid: Siglo XXI, 2022.
- GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1999.
- GOLASH, Deirdre, *The Case Against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, Nueva York: New York University Press, 2005.
- GÓMEZ LANZ, Javier, “La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, pp. 1–32, 2018.
- HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- HART, Herbert, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HAMPTON, Jean, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, No. 13, pp. 208–238, 1984.
- HEGEL, Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, Madrid: Edhasa, 2005.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, “La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico”, en Orden, Rafael Navarro, Juan Manuel y Rovira, Rogelio (eds.), *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2016, pp. 253–270, 2016.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid: Editora nacional, 1979.
- HOLMGREN, Margaret, *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Madrid: Avarigani, 2014.
- HÖRLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Santiago de Chile: Olejnik, 2023.
- HÖRNQVIST, Magnus, *The Pleasure of Punishment*, Nueva York: Routledge, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, México, 2023. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2023/> y <https://www.inegi.org.mx/programas/cns-pef/2023/>
- JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2016.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999.
- LAURITSEN, Janet y SAMPSON, Robert J., “Minorities, Crime, and Criminal Justice”, En Michael Torny, *The Handbook of Crime and Punishment*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 58–84, 1998.
- LORCA FERRECCIO, Rocío, DIEGO ROCHOW Y VIOLETA PURÁN, “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, España: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, No. 2, pp. 328–353, 2022.

- LORCA FERRECCIO, Rocío, “Extrema pobreza y poder penal”, En *Derecho y pobreza*, Madrid: Marcial Pons, pp. 221-243, 2021.
- MACCORMICK, Neil y GARLAND, David, “Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish”, En Andrew Ashworth, *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Oxford University Press, pp. 11-29, 1998.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Roneo, 2023.
- MATHIENSEN, Thomas, *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- MIETHE, Terance D. y LU, Hong, *Punishment. A Comparative Historical Perspective*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid: Ministerio del trabajo y seguridad social, 1991.
- MONTERO, Federico, “Concepto y justificación en una teoría integral de la pena”, Santiago de Chile: *Poli. Crim.*, Vol. 17, No. 34, pp. 819-855, 2022.
- MOORE, Michael S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2010.
- MORRIS, Herbert, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Los Ángeles: University of California Press, 1976.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, En Guillermo Portilla, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ediciones Akal, pp. 167-185, 2005.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *Filosofía política de la pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*, Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2023.
- NAYFELD, Nicolas, *Moral Pluralism and the Complexity of Punishment. The Penal Philosophy of H. L. A. Hart*, Nueva York: Routledge, 2023.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Editorial Gedisa, 2008.
- NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea, 1980.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, En Raúl Carnevall, (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 419-444.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo: la presunta superación del positivismo y el formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Madrid: Editorial Civitas, 2007.
- PAWLIK, Michael, “Pena o combate de peligros. Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, pp. 1-43, 2011.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2014, pp. 1-44.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, “Las teorías del castigo rehabilitadoras: una reconside-

- ración crítica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España: Universidad de Salamanca, No. 37, pp. 281-306, 2021.
- PORTMORE, Douglas, *The Oxford Handbook of Consequentialism*, Nueva York: Oxford University Press, 2020.
- SCHMILL O., Ulises, “El debate sobre Mitilene: una interpretación”, *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, pp. 203-245, 1987.
- RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- RACHELS, James, “Punishment and Desert”, En LAFOLLETTE, Hugh, *Ethics in Practice*, Oxford: Basil Blackwell, pp. 470-479, 1997.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Nueva York: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Estados Unidos: Duke University Press, No. 64, pp. 3-32, 1955.
- ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, “Pena (Teoría De La)”, *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 16, pp. 219-232, 2019. Doi:10.20318/eunomia.2019.4701
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- ROSS, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Los Ángeles: University of California Press, 1975.
- ROXIN, Claus, *La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal y El Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Instituciones y Derecho”, *InDret Penal*, No. 4, pp. 1-3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret Penal*, No. 2, pp. 1-15, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001.
- SOZZO, Máximo, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*, Cham: Palgrave, 2022.
- TADROS, Victor, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- TORRES ORTEGA, Ilse, “Concepto y concepciones del castigo”, España: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 41, pp. 155-180, 2019.
- TORRES ORTEGA, Ilse, *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- TSAI, Lily L., *When People Want Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- TURNER, Stephen, *Explaining the normative*, Cambridge: Polity Press, 2010.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Abingdon: Routledge, 2006.
- WIRTS, Amelia, “Is Crime Caused by Illness, Immorality, or Injustice? Theories of Punishment in the Twentieth and Early Twenty-First Century”, En ALTMAN, Matthew, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg: Central Washington University, 2023, pp. 75-97.
- WORLD PRISON BRIEF, 2024. Disponible en: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_14th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf)

- VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, pp. 79-125, 1997.
- VILAJOSANA RUBIO, Josep, *Las razones de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- VON HIRSCH, Andrew, “The ‘Desert’ Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives”, *Estados Unidos: Social Research*, Vol. 74, No. 2, pp. 413-434, 2007.
- VON HIRSCH, Andrew, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, No. 16, pp. 55-199, 298.
- ZAIBERT, Leo, “Punishment, Revenge, and the Nature of Moral Philosophy”, En SATNE, Paula y SCHEITER, Krisanna, *Conflict and Resolution: The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment*, Suiza: Springer, pp. 101- 117, 2022.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

6

**Retos de la política criminal  
y el derecho penal frente a  
la trata de personas:**

hacia la erradicación de una cultura de  
mercantilización del ser humano en México

*Challenges of Criminal Policy and Criminal Law Regarding  
Human Trafficking: Towards the Eradication of a Culture  
of Commercialization of Human Beings in Mexico*

• **Juan Carlos Velázquez Elizarrarás** •

Investigador posdoctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de carrera de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y del posgrado de Derecho en esa misma institución. ORCID: <https://orcid.org/000-002-8658-5884>, [karlovel@prodigy.net.mx](mailto:karlovel@prodigy.net.mx).

Retos de la política criminal y el derecho penal frente a la trata de personas:  
hacia la erradicación de una cultura de  
mercantilización del ser humano en México

*Challenges of Criminal Policy and Criminal Law Regarding Human Trafficking:  
Towards the Eradication of a Culture of  
Commercialization of Human Beings in Mexico*

• Juan Carlos Velázquez Elizarrarás •  
Universidad Nacional Autónoma de México •

**Fecha de recepción**  
15-08-2024

**Fecha de aceptación**  
18-10-2024

### **Resumen**

La trata de personas es un problema grave a nivel mundial que afecta a millones de personas, principalmente, mujeres y niños, quienes son víctimas de diversas formas de explotación, como la sexual y laboral. México es uno de los países más afectados por este fenómeno, ya que desempeña un papel clave en el tráfico de personas a nivel mundial. En este artículo se analiza el fenómeno de la trata de personas, y se resalta la urgencia de un enfoque integral y multidisciplinario para combatirla y erradicarla.

### **Palabras clave**

Política criminal, derecho penal, trata de personas, mercantilización, erradicación.

### **Abstract**

Human trafficking is a serious global issue that affects millions of people, primarily women and children, who are victims of various forms of exploitation, such as sexual and labor exploitation. Mexico is one of the countries most affected by this phenomenon, playing a key role in human trafficking worldwide. This article analyzes the phenomenon of human trafficking, highlighting the urgency of a comprehensive and multidisciplinary approach to combat and eradicate it.

### **Keywords**

Criminal policy, criminal law, human trafficking, commodification, eradication.

## Sumario

1. Marco introductorio. / 2. Criterios de aproximación a la problemática real del crimen de trata de personas en el territorio nacional. / 2.1. Un problema grave más allá de precisiones conceptuales, recuentos y estadísticas. / 2.2. Caravanas migrantes y niñez migrante no acompañada, retos inmediatos para el Estado mexicano, su legislación y políticas públicas. / 3. Tratamiento criminológico del crimen de personas en el Estado mexicano. / 3.1. Modus operandi del crimen de trata de personas. / 3.2. Vinculación del crimen de trata de personas con la delincuencia cibernética: una nueva modalidad delictiva. / 4. Marco regulatorio internacional y nacional del crimen de trata de personas. / 4.1. Régimen jurídico del crimen de trata de personas en México conforme a la Convención de Palermo y sus protocolos. / 4.2. La tipificación penal del crimen de trata de personas en México. / 5. Mercantilización del ser humano y explotación sexual comercial en México: una referencia de caso. / 6. Reflexiones finales. / 7. Referencias.

### 1. Marco introductorio

La trata de personas, como situación compleja, multicausal y multifactorial, ha sido objeto de estudios políticos, económicos, sociales y, principalmente, desarrollos jurídicos y legislativos en los últimos lustros en México, América Latina y el resto del mundo actual. La explotación sexual, laboral, así como el tráfico y la trata de personas son actividades que han sido una constante a lo largo de la historia humana y, de hecho, había economías nacionales que sustentaban gran parte de sus riquezas en la compra, venta y renta de esclavos (la esclavitud ha sido una pieza clave para la instauración y consolidación del sistema capitalista). La lucha contra la esclavitud comenzó hace al menos un siglo, mucho antes de que naciera el sistema de derechos humanos moderno, lo que produjo un retraso en el conocimiento del delito de la trata, que no fue motivo de preocupa-

ción social y jurídica sino hasta principios del presente siglo.<sup>1</sup> Actualmente el flagelo

1 Las facilidades para el movimiento de personas, tras la modernización de las comunicaciones y el transporte, el incremento en las expectativas de bienestar y de los índices de la pobreza, la falta de un marco jurídico adecuado y su escasa observancia, las redes de corrupción, la obstrucción de justicia aunado al poco conocimiento del *modus operandi* de los procesos del crimen de trata de personas por parte de la delincuencia organizada transnacional (DOT), constituyen algunos de los factores que han potencializado su permanencia e incremento exponencial en todo el mundo. Por ello, se ha convertido en la segunda actividad ilícita más lucrativa, después del narcotráfico, superando al pro-

no hace distinción de peculiaridades políticas, económicas, sociales y culturales, por lo que de facto, en todas las regiones del orbe, cada país constituye, en mayor o en menor medida, un espacio crítico de origen, tránsito y destino de víctimas. Estimaciones de las propias Naciones Unidas indican que más de 2 millones de personas devienen en víctimas cada año, advirtiendo que, debido a su naturaleza clandestina, no es posible cuantificar con exactitud su verdadera dimensión, por lo que se está ante un crimen que no conocemos en su totalidad. Sin embargo, representa una amenaza real, grave y expansiva frente a la cual ninguna sociedad es inmune.<sup>2</sup>

En la actualidad alrededor de 15 millones de personas alrededor del mundo, dentro y fuera de las fronteras de sus países de

origen, son víctimas de alguna de las tantas modalidades de este crimen, particularmente mujeres (U.S. Department of State, 2010). De ahí que resulta prioritario aplicar las medidas y operar las acciones que lleven a minimizar y erradicar las prácticas de trata que alcanzan cifras perturbadoras, más aún: se calcula que los niños víctimas alcanzan el número de un millón cada año en el mundo, y según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cerca de 2.4 millones de personas son obligadas a realizar trabajos forzados.<sup>3</sup> La Unión Europea señala que 500 mil mujeres son víctimas de trata cada año (Redacción el territorio, 2005).

En general, otros datos advierten que 43 % de las víctimas de trata son mercantilizadas y explotadas sexualmente, 32 % son objeto de explotación involucrada con el trabajo en fábricas, servidumbre, agricultura, etc. (Casillas R, 2009). Del total de víctimas, 44 % son hombres y niños y 56 % de mujeres y niñas; y en el caso de la explotación sexual el 98 % corresponde a mujeres y niñas (CNDH, s.f.). Cabe subrayar que las cifras anteriores han sido publicadas por organismos internacionales, lo que les da cierto grado de confiabilidad, empero considerando que, como antes se dijo, la trata es en general clandestina, el número de víctimas reales podría diferir y ser mayor, como ocurre regularmente en México y en el resto de los Estados latinoamericanos y del Caribe (en África el problema es aún más grave).<sup>4</sup>

---

pio tráfico de armas. La ONU evalúa que sus ganancias anuales ascienden a 32 mil millones de dólares, cifra que muestra su principal sustento y constata que sus lucrativos ingresos la hacen un negocio de alta rentabilidad y gran atractivo para los criminales, según lo estimado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUCDD).

- 2 Hoy en día el crimen de trata es uno de los negocios más redituables en todo el mundo, después del tráfico de sustancias ilegales y armas. De esta manera, la trata de personas vinculada con fines de explotación sexual, laboral y para la extracción de órganos, principalmente, es la tercera actividad lucrativa ilícita con más ganancias a nivel mundial. Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU). “[...] México ocupa el sitio número 28 del mundo y es quinto lugar en América Latina como país en la trata de personas, según estima la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)”. (Exigen a PGR informe sobre la trata de personas, 2010).

---

3 Expertos de la OIT resaltaron aspectos críticos de la trata de personas en un foro realizado en Viena, el 11 de febrero, 2008 (OIT, 2008).

4 De acuerdo con los informes bianuales presentados por la ONUCCD, hubo un incremento regional en el porcentaje de víctimas de

Desde la perspectiva del derecho internacional penal y las relaciones internacionales, este delito debe entenderse desde un enfoque integral y multidisciplinar para comprender su verdadera naturaleza y con ello diseñar mecanismos certeros que permitan prevenirlo y combatirlo desde diferentes ámbitos, puesto que, lejos de aminorar, se halla en constante incremento y diversificación.<sup>5</sup> Además, junto con sus diversas proble-

---

trata con fines de explotación sexual detectadas en América del Norte (Estados Unidos de América, México y Canadá), ya que en su Informe 2016 reporta que el 55% de las víctimas de trata de personas detectadas fueron objeto de trata con fines de explotación sexual, mientras que en el Informe de 2018 el porcentaje aumentó a 70%. Respecto a otras formas de explotación, señaló que en dicha región las víctimas de trata son sometidas a formas mixtas de explotación (sexual y trabajo forzado) y que son obligadas a realizar actividades criminales. Por igual, la organización reportó que aproximadamente, una cuarta parte de las víctimas detectadas en esta zona del continente fueron utilizadas para trabajos forzados, de las cuales más de la mitad de las víctimas fueron hombres (56%) mientras que las mujeres representaron el 18%, los niños el 14% y las niñas el 12% (CNDH, 2020).

5 La corporación sin fines de lucro *The A21 Campaign*, destaca que la trata de personas genera un promedio de 150 mil millones de dólares al año a nivel global. Por su parte, el Reporte Global sobre Trata de Personas en su edición 2020 señala que en los últimos 15 años ha aumentado el número de víctimas, y su perfil ha cambiado, la proporción de mujeres adultas se redujo de más del 70% a menos del 50% en 2018, mientras que la proporción de niños ha aumentado, de alrededor del 10%

máticas entrelazadas y derivadas, representan uno de los negocios más lucrativos para la delincuencia organizada transnacional (DOT), como se demostró en la Convención de las Naciones Unidas de 2000 en Palermo, cuando se le ubicó como un rubro delictual apremiante dentro de la agenda internacional y local de todos los Estados sin excepción, destacando, empero, que su tratamiento jurídico desde un enfoque penal en los planos nacional e internacional, aún sigue presentando inconvenientes y hasta contradicciones en las legislaciones punitivas internas.

Los crímenes transfronterizos como lo es el crimen de trata y sus múltiples derivados, involucran la colusión de todo un entramado de actores que se mezclan y confunden entre sí, a decir, delincuencia organizada, miembros policiales, efectivos del ejército, funcionarios aduanales y otros miembros de personal de control fronterizo; además de la demostrada participación de funcionarios del más alto nivel político, empresarios, magnates, grandes inversionistas y personajes de la farándula, y otras “celebridades”. Y en este punto, destaca México como uno de los países con más trata de personas en el mundo, por su posición geográfica y geopolítica privilegiada, con amplias fronteras con Estados Unidos y Canadá al norte y con Centro y Sudamérica al sur, además de más de 11 mil kilómetros de litorales colindantes con los océanos Pacífico y Atlántico, el Golfo de México y el mar Caribe, amén de más de un

---

a más del 30%; y en el mismo período, la proporción de hombres adultos casi se ha duplicado, de alrededor del 10% al 20% (*The A21 Campaign*, 2022).

millar de islas de todas características y proporciones.<sup>6</sup>

Por ello, para el abordaje del crimen de trata por parte de la academia y la sociedad civil en general, y las autoridades gubernamentales mexicanas (ejecutivas, legislativas y judiciales), se toman en cuenta los criterios prevalecientes a nivel internacional al momento de cubrir el fenómeno, en el sentido de que este flagelo:

- a. es el traslado de seres humanos de un lugar a otro dentro de las fronteras de un mismo país o hacia el exterior con fines de explotación en su mayoría explotación sexual, laboral, extracción de órganos o mendicidad funcional;
- b. supone que el consentimiento de la víctima es irrelevante para que la acción se caracterice como el tráfico, en virtud de que, generalmente, aquel se obtiene a través del engaño, la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción como el rapto, el fraude, el abuso de poder o una situación de vulnerabilidad;

- c. de acuerdo con las Naciones Unidas, la mitad de las víctimas de este crimen son menores de 18 años;
- d. se estima en casi 3 millones el número de personas víctimas de la trata, empero, se calcula que por cada víctima identificada existen 20 más sin identificar;
- e. según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD),<sup>7</sup> dos terceras partes de las víctimas detectadas por las autoridades son mujeres, el 79% de ellas sometidas a explotación sexual seguido por un 18% de casos con fines de explotación laboral, trabajos o servicios forzados; y,

<sup>6</sup> El problema en México ha sido denunciado por un gran número de periodistas reconocidos a nivel nacional e internacional. Entre ellos, destacan los casos investigados y denunciados por la periodista y activista Lydia Cacho, quien demostró la existencia de una red de trata de niños, niñas y adolescentes para fines de explotación sexual comercial, donde participaban de forma directa e indirecta el exgobernador de Puebla, Mario Marín, del empresario Kamel Nacif Borge y otras autoridades gubernamentales importantes en el país, algunos de los cuales ya fueron procesados y sentenciados.

<sup>7</sup> La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), fue establecida en el año de 1997 y está conformada por más de 500 funcionarios en todo el mundo. Su sede central está en Viena, Austria, y cuenta con 21 oficinas de campo en diversos países. Cuenta además con dos oficinas de enlace en Nueva York y Bruselas. El marco mundial para la acción de la ONUDD y la cooperación internacional es la Agenda 2030 y sus objetivos principales. Su trabajo es guiado por una amplia gama de instrumentos internacionales legales y un conjunto de reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal (que son fuentes del derecho internacional penal vigente). Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que entró en vigor en diciembre de 2005, y la Convención de las Naciones Unidas contra la DOT, Palermo, 2000, uno de cuyos tres protocolos principales es precisamente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Naciones Unidas, 2000).

- f. el 63% de los 155 países y territorios que han ratificado el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata de Personas, han aprobado leyes internas que sancionan este delito, entre ellos, el Estado mexicano, aunque de manera insuficiente y con retraso respecto del crecimiento exponencial del fenómeno.

Al tenor de estos datos que reflejan la situación presente en el contexto internacional, en México se puede observar el comportamiento del crimen de trata con base a algunos indicadores, entre los que destacan *grossomodo*, los siguientes:

- i. de acuerdo con A21, una organización internacional encargada de combatir la trata, en el año 2021 México ocupa el tercer lugar a nivel mundial en este delito;
- ii. se calcula que en nuestro país el ilícito afecta directamente en aproximadamente un 84 % a mujeres, niñas y niños;
- iii. retomando un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), entre 2015 y 2018 se presentaron cada año, en promedio, 500 denuncias por trata, y solo en 15 hubo sentencia; es decir, nos encontramos ante un ambiente delincencial en el que existe impunidad en 99 %;
- iv. siguiendo la línea de la Fiscalía General de la República (FGR), como ya se dijo, la trata constituye uno de los delitos más lucrativos del mundo y en México, es el segundo, solo por debajo del narcotráfico;
- v. por su parte, la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia

contra las Mujeres (CONAVIM), subrayó que solo en el 1% de los casos relativos al crimen *in comento* obtiene una sentencia condenatoria;

- vi. por una serie de factores geopolíticos y estratégicos antes destacados, México es un escenario poco común para el desarrollo de una intensa dinámica migratoria, con un amplio “territorio puente” o de tránsito de gran atractivo, principalmente de sur a norte, tanto de origen como de destino, con una fuerte presencia de niñas, niños y mujeres; y,
- vii. en un informe convalidado realizado en 2021 por A21, se indicó que en nuestro país alrededor de 300 mil niñas, niños y adolescentes son víctimas de trabajos forzosos o pornografía infantil, de los cuales, 80 mil se ubican solo en la Ciudad de México.

## 2. Criterios de aproximación a la problemática real del crimen de trata de personas en el territorio nacional

El comercio de seres humanos, la desaparición forzada, el secuestro, la esclavitud, la prostitución forzada y otras actividades degradantes que atentan directamente contra los derechos humanos y la dignidad de las personas son prácticas que se han llevado a cabo desde tiempos inmemoriales en todo el mundo. Cada una de estas prácticas tiene sus especificidades y distintos fines, y es en este sentido que el crimen de trata se caracteriza porque es integral y generalmente reúne, con matices particulares, todas estas actividades ilícitas, dando por resultado que en el proceso existe el secuestro, la privación de la liber-

tad, la esclavitud y se lucra, de distinto modo, con el cuerpo de las víctimas. Existen numerosas definiciones al respecto, unas más generales o específicas que otras, amén que las legislaciones internas de cada Estado suelen considerar diversos factores al momento de catalogar un crimen determinado. Ello, sin pasar por alto que los procesos de recepción de las convenciones de derecho internacional penal no son iguales y que las propias definiciones que estipulan los sistemas punitivos nacionales o territoriales como el mexicano tienden a cambiar constantemente y modificar la manera en que disponen los factores reales y los fines de cada tipo penal como en el caso que nos ocupa.

### **2.1. Un problema grave más allá de precisiones conceptuales, recuentos y estadísticas**

El concepto *trata de personas* tiene sus orígenes históricos en los términos *tráfico de esclavos* y *trata de blancas*, y se le ha definido por las Naciones Unidas y en la literatura nacional como *esclavitud moderna* o simplemente *nueva esclavitud*, que en esencia consiste en disponer de una persona (niña, niño, mujer u hombre) y tratarla como una cosa o mercancía, es decir, que históricamente la trata ha estado relacionada con la esclavitud, considerando “la definición de persona esclavizada como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (OIM, 2010).

Retomando la normativa internacional, en México la trata, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que se enfrentan los

derechos penales en la actualidad, que tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por “la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar” (Naciones Unidas, 2004).

En la academia y en el medio de los especialistas en esta materia es claro que en la actual sociedad global el crimen de trata está creciendo exponencialmente y que se está modificando tanto la demanda del tipo de personas requerido como el *modus operandi* de la DOT, destacando que el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación y su vinculación con las redes socio-digitales, ha permitido que los delincuentes tengan mayor alcance y acceso a personas mediante el uso de plataformas diversas y sofisticadas como Instagram, Facebook o TikTok.

En añadidura, el problema afecta prácticamente a todos los países, ya sean considerados como puntos de origen, tránsito o destino, de tal suerte que en 137 Estados se ha explotado a víctimas de por lo menos 127 países, es decir, que se enfrenta un delito expansivo de carácter tanto interno como regional, puesto que las víctimas son objeto de trata dentro de su propio territorio, o hacia entidades vecinas e incluso de un continente a otro. Por ejemplo, en más de 20 países de todo el mundo, entre ellos países de Europa, América (México, Perú y Colombia), el Oriente Medio, el Asia central y África, se han encontrado víctimas provenientes del Asia oriental, Medio Oriente y del Cáucaso. Ello demuestra con claridad que los delincuentes o tratantes han tejido una complicada red internacional de trata que les permite con facilidad trasladar en la ilegalidad a cientos y miles de vícti-

mas de una región a otra, incluso de un continente a otro.

Por nuestra parte, México se enfrenta a grandes retos y desafíos en materia de derechos humanos, migraciones, desplazamiento interno, narcotráfico, corrupción, impunidad, connivencia de autoridades, retraso e inobservancia de la ley penal, opacidad del sistema de justicia y del estado de derecho y, de manera preocupante, infiltración de la delincuencia en las estructuras gubernamentales, que están interconectados de varias maneras y generando un caldo de cultivo ideal para que el crimen de trata evolucione y se diversifique, en términos territoriales, sociales, culturales y de subtipos penales. El territorio nacional en su amplia acepción es un espacio de alto tránsito para los miles de personas migrantes provenientes de América Latina, del Caribe y de África, y a su vez, de retorno para los migrantes rechazados en Estados Unidos, que en años recientes ha adoptado prácticas hegemónicas impuestas de “tercer país seguro”, que en términos de la ideología supremacista del conservadurismo estadounidense, le asigna a México un papel de país aliado lleno de complejas dinámicas que se mezclan entre la legalidad y la ilegalidad, las cuales se extienden y se entrelazan más allá de sus fronteras con graves consecuencias para su política exterior.

Constituimos un Estado multicultural y complejo, donde reina la desigualdad en todos los sentidos; un verdadero campo de batalla donde el acceso a la justicia y la exigencia del respeto a los derechos humanos puede resultar mortal. Durante el último bienio, dominado por la pandemia del Covid-19, nos hemos convertido en uno de los países más peligrosos para ejercer periodismo de investigación en el mundo, sumando a esto que las cifras de feminicidios oscilan entre 10 y 20 mujeres asesinadas cada día, y que

las ciudades más peligrosas para las mujeres también son los lugares con más personas víctimas de trata para fines de explotación sexual comercial, en especial mujeres, niñas, niños y adolescentes.<sup>8</sup> Un factor adicional es que constituimos uno de los destinos más preferidos por los turistas a nivel internacional, según lo confirman los datos provenientes del barómetro de la Organización Mundial de Turismo (OMT) e información de distintas dependencias gubernamentales de turismo en todo el orbe, precisando que México se posicionó, durante el año 2021, en el segundo lugar con 31.9 millones de turistas internacionales, solo por detrás de Francia con 54 millones. Estos números tienen mucho que decir en torno a la cantidad de personas y capitales que fluyen en el país, así como en cuanto a la industria turística como generadora de grandes beneficios a la economía y a las infraestructuras en todos los niveles. Sin embargo, es una realidad que en muchas ciudades costeras como Cancún, Playa del Carmen, Mazatlán, Puerto Vallarta, Los Cabos, Veracruz, Acapulco, entre otras más, la demanda de drogas y de personas dedicadas, por elección o no, a la prostitución sexual comercial es abundante, junto con el turismo sexual infantil.

En estos momentos, a raíz de la pandemia mundial que aún no concluye, se observa que el tráfico de mujeres niñas y niños para fines de explotación sexual comercial

8 En México, se considera niño a todo ser humano de cero a doce años y de trece a diecisiete se le considera adolescente. Por lo anterior, se utilizará “niñas, niños y adolescentes” para identificar a las personas entre la edad de cero a diecisiete años, ya que a partir de los 18 se les considera adultos.

se convirtió en el segundo negocio con más ganancias, justo después de la compraventa de drogas de distinto tipo. De acuerdo con la investigación presentada por María Fernanda Cortés y Nicole Gallego, la situación actual demuestra la existencia de un corredor de mujeres desaparecidas en Tecámac, Coacalco, Tultitlán, Tulpetlac, Cuautitlán y Ecatepec, que son grandes municipios del Estado de México, junto con otro conocido como *ciudad padrote* que abarca los estados de Tlaxcala y Puebla, así como de ciertas ciudades turísticas de gran explotación sexual, entre ellas Tijuana, Cancún y Acapulco. La situación es también preocupante en los estados de Veracruz (parte centro y norte), Tamaulipas, Zacatecas, Guanajuato, Jalisco, Chihuahua y Coahuila. Por si fuera poco, en la misma Ciudad de México se localiza uno de los prostíbulos más grandes de América Latina: el barrio de la Merced, donde muchas víctimas son indígenas y llegan siendo menores de edad, lo que las limita a hablar con otras personas, pedir ayuda y denunciar (Boletines UAM, 2021).

De acuerdo con el informe de *Hispanics in Philanthropy* (HIP), México pasó de 415 víctimas de trata en 2015 a 550 en 2020, siendo esta la cifra más alta en la historia reciente del país. De 2016 a 2018, los promedios eran de poco más de 300 casos; el aumento comenzó a verse a partir de 2019 con un total de 544. El informe también destaca que del año 2015 al primer cuatrimestre del 2021 se registraron un total de 2,802 víctimas de trata. Resalta también que el número de Estados con presencia de este crimen pasó de 18 en 2017 a 25 en 2021 (Hispanics in Philanthropy, 2021). Pero estas cifras quedan muy cortas respecto de las cantidades reales que han alcanzado rangos verdaderamente alarmantes. En efecto, por un lado, el informe HIP fue elaborado a partir de información presentada por más de

90 organizaciones civiles con cifras del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP), donde se advierte que hay una cifra desconocida y presumiblemente cuantiosa de casos no registrados; y por el otro, cabe resaltar que al verse involucradas redes delictuosas donde se mezcla la impunidad, la corrupción, la delincuencia organizada, el gobierno en todos los niveles (federal, estatal y municipal) y las empresas privadas, las estadísticas reales son muy difíciles de cuantificar.

Lo cierto es que las estadísticas plausibles demuestran que la trata en México es un problema tan grave como el narcotráfico y la inseguridad, prácticas crecientes y expansivas que no han sido combatidas con leyes eficaces, autoridades limpias y competentes, ni mecanismos certeros que garanticen su disminución y erradicación. A su vez, se tiene enfrente un problema prevaleciente en países como México y el resto de América Latina, que es el alto índice de pobreza que llega a afectar a más del 60 % de sus poblaciones, lo cual explica, en parte, la razón de que el fenómeno de la trata afecte mayormente a personas en situación de vulnerabilidad como a la comunidad migrante, a las mujeres, niñas y niños, a las personas marginadas y en situación de indefensión diversa, especialmente a los miembros de las comunidades indígenas, que llegan a constituir más de la mitad de las sociedades (por ejemplo: Guatemala, Bolivia, Haití).

Por otro lado, es de advertir que las fronteras sur y norte de México se encuentran constantemente militarizadas por miembros del Ejército, la Secretaría de Marina y la Guardia Nacional, destacando que ya se han hecho varias acusaciones al personal de estos elementos de seguridad nacional, por estar directamente involucrados en crímenes de trata de personas, en distintas modalidades, y como uno de muchos ejemplos verificables,

está el testimonio anónimo de una mujer que acusa a militares de explotación sexual y de estar relacionados con las redes de trata, y cuya historia fue corroborada y publicada por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) en el año 2018. De igual manera, Nuria López Torres en su nota publicada por *El País*, señala que algunos militares han entrado a formar parte de la red de secuestros y explotación sexual, así como los narcotraficantes, que ven en este rentable negocio una forma de diversificar sus ingresos. Al sur del país, en el estado de Oaxaca, la persona que controla el negocio de la trata y la explotación sexual es un “militar de alta graduación”, asegura Elvira Madrid, presidenta de la Brigada Callejera de Apoyo a la Mujer Elisa Martínez, A.C, una ONG que trabaja en favor de los derechos de las prostitutas y en contra del tráfico de mujeres (López Torres, 2015).

Pese a la gravedad de esta situación, los delitos en materia de trata continúan siendo invisibilizados para el gran número de personas y autoridades. No obstante, que somos un país donde este delito se convierte en un negocio cada vez más rentable y donde las autoridades se encuentran coludidas en el origen, tránsito y destino de las víctimas conduce a que México se observe en la forma en que se indica en el Mapa No. 1 (Anexo), es decir, prácticamente todo el territorio nacional conforma este entramado. Por ello, es urgente para una comprensión integral de esta problemática, crear mecanismos jurídicos eficaces y elementos eficientes que realmente la enfrenten, junto con la aplicación de herramientas que faciliten una mejor comunicación y cooperación entre las autoridades, sin pasar nunca por alto las complejas dinámicas de la DOT y su connivencia con los gobiernos locales de los Estados, pues son estas alianzas las que coadyuvan a la impunidad, la corrupción y la ampliación del crimen

de trata y sus variaciones. El periodismo de investigación, que ha costado la vida a muchos de sus exponentes, ha demostrado fehacientemente los vínculos entre las mafias y los cárteles más peligrosos del mundo con las autoridades del más alto nivel político de los Estados involucrados, particularmente en delitos graves contra los derechos humanos y la dignidad de las personas.<sup>9</sup>

## **2.2. Caravanas migrantes y niñez migrante no acompañada, retos inmediatos para el Estado mexicano, su legislación y políticas públicas**

Dentro del territorio mexicano, se agrega a la problemática descrita, las complejas dinámicas que giran en torno a las caravanas de migrantes provenientes de América Latina y Centroamérica, en su mayoría emigrantes de los países del llamado Triángulo Norte. Son grupos de desplazados conformados por

<sup>9</sup> Una de estas valientes periodistas —porque en México hay que ser realmente valiente para escribir y denunciar sobre estos temas—, es Lydia Cacho, quien a través de su investigación intitulada *Los Demonios del Edén* evidenció la existencia de una red internacional, dentro de México, de trata de infantes para fines de explotación sexual comercial. Aquí también demostró las complejas dinámicas en torno a la trata, señalando la colaboración de empresas públicas y privadas, el impacto del turismo sexual con menores de edad, el comercio sexual con hombres de poder, la protección tanto policíaca como política de los pederastas involucrados en México, la venta de material pornográfico y su vinculación con el lavado de dinero y el tráfico de influencias.

personas en condiciones sumamente vulnerables, que intentan escapar de un entorno violento y de crisis económica,<sup>10</sup> que las obliga a emigrar de sus lugares de origen en busca de mejores condiciones de vida. Estas personas se reúnen y forman grupos para que les sea más fácil y seguro el transcurso hacia Estados Unidos a través del territorio mexicano. Sin embargo, a pesar de que las personas se articulan en caravanas migrantes, sus miembros se exponen a peligros derivados de las dinámicas de la DOT y de la militarización de las fronteras por parte de los Estados. Son ya numerosos los reportes que demuestran las dinámicas delictivas que se tejen en torno a las rutas por las que pasan tales caravanas. Este tipo concreto de migración irregular ha reconfigurado y puesto en foco rojo las nuevas estrategias de la delincuencia organizada y los crímenes relacionados con la trata, trayendo consigo la transformación de los modos de migración irregular y con ello el *modus operandi* de las redes de tráfico ilícito de personas en las rutas de tránsito y fronteras de todo el Continente Americano, desde la Patagonia hasta Vancouver.

Otra especificidad de esta *caravanización* de las migraciones es que ha permitido la disminución de la presencia de los traficantes de personas, es decir, los denominados polleros o coyotes han perdido relevancia en este negocio de cruce ilegal de fronteras, esto al ser

solicitados cada vez con menor frecuencia. Paralelamente, se ha dado el nuevo fenómeno de la niñez migrante no acompañada, es decir, niñas, niños y adolescentes que viajan solos, sin la compañía de algún familiar directo o indirecto, hacia la frontera sur de México y a través del territorio mexicano con dirección fija a Estados Unidos. Esta situación ha puesto en alerta a las autoridades nacionales e internacionales porque muchos de estos infantes son víctimas de trata, bajo un *modus* por el que los tratantes los envían solos para no levantar sospechas y una vez que ingresan al territorio los raptan y continúan las otras fases para llegar a la explotación, en sus diferentes modalidades, entre las que más destaca la sexual para fines comerciales. Se refiere a la trata de niñas, niños y adolescentes que no tienen el respaldo familiar, son expulsados de sus hogares o forzados a trabajar en la clandestinidad. En adolescentes es muy frecuente que sus familiares los lancen de su casa por pertenecer a la comunidad LGBTQ+ y tomen la decisión de abandonar su lugar de origen. En ambos casos, se hace alusión a comunidades sumamente vulnerables, tanto a ser víctimas directas de la delincuencia organizada como a trabajar para esta misma.

Sobre el particular, Jean Gough, directora regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, luego de hacer una visita oficial a México, destacó que:

[...] desde el inicio de 2021, el número de niños, niñas y adolescentes migrantes reportados en México ha aumentado considerablemente, pasando de 380 a casi 3500. Actualmente, un promedio de 275 niños y niñas migrantes adicionales se encuentran en nuestro país diariamente, luego de ser detectados por las autoridades mexicanas, esperando para cruzar a Estados Unidos o tras ser retornados. (UNICEF, 2021)

10 Originadas por un mal manejo de los recursos económicos públicos por parte del Estado y por la creciente violencia causada por los cárteles criminales como los Mara Salvatrucha, Latin Kings, las FARC y los Trinitarios, que tienen sobrada capacidad de articulación con todos los continentes para traficar estupefacientes y personas.

El trayecto desde Centroamérica hacia Estados Unidos a través de México dura varios meses, durante los cuales la comunidad migrante se enfrenta a condiciones adversas. Los crudos testimonios de familias migrantes recogidos por los equipos de UNICEF en Ciudad Juárez, Tijuana y Mexicali indican graves violaciones de los derechos humanos, como extorsión, abusos sexuales, secuestro, violación, encierros y tráfico de personas. A partir del año 2020 con la expansión de la pandemia del Covid-19, el incremento de migrantes adultos, de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados se disparó drásticamente, trayendo consigo grandes retos al Estado mexicano en materia legislativa y en políticas públicas diseñadas para aminorar, combatir y salvaguardar de manera eficaz y expedita los derechos humanos de las personas migrantes dentro del territorio nacional.<sup>11</sup>

Vale advertir que un obstáculo importante que impide la colaboración de la comunidad migrante con las autoridades gubernamentales radica en la complicidad entre las autoridades del más alto nivel público y del

sector privado, lo cual se traduce en limitaciones concretas para investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de la ejecución de la trata de personas en sus distintas modalidades. En este contexto, la implementación de estrategias como el establecimiento de una red de albergues para menores migrantes y repatriados no acompañados pierden eficacia por la desconfianza institucional que genera el propio gobierno y la connivencia de los particulares nacionales.<sup>12</sup>

### 3. Tratamiento criminológico del crimen de trata de personas en el Estado mexicano

El tratamiento meramente criminológico de la trata de personas ha ido avanzando lento, pero a un ritmo contante. A partir de la promulgación del Protocolo contra la trata de personas en 2003 se han tenido avances considerables para el tratamiento penal de este tipo de actividades, ya que este instrumento de relevancia y alcance internacional representa una especie de guía y apoyo para establecer cooperación en el combate a la DOT y con ello a la trata de personas. Gracias a estos esfuerzos internacionales, actualmente más de 130 Estados han tipificado a la trata como un delito de alto impacto en sus códigos penales locales, a la par que diversos estudios

<sup>11</sup> Esto originó que cientos de personas ya no asistieran a solicitar ayuda a los albergues gubernamentales, volviéndose con ello aún más vulnerables a las actividades de la delincuencia organizada. Tómese en cuenta que la trata de niños, niñas y adolescentes representa un problema que aqueja a todas las naciones en la actualidad, y que, de acuerdo con estimaciones recientes, el número de niños, niñas y adolescentes asciende a más de 2 millones alrededor del mundo, siendo requeridos para realizar trabajos en calidad forzada, para prostitución sexual comercial o para extraerles los órganos y venderlos en el mercado negro.

<sup>12</sup> Además, la pandemia forzó el cierre, total o parcial, de distintas instituciones encargadas de gestionar las denuncias de trata o de abuso a los derechos humanos, sin pasar por alto que el cierre de escuelas en muchas partes de México también derivó en el incremento del riesgo, por parte de la niñez, de ser víctimas de tratantes, pedófilos y pederastas.

criminológicos señalan que existe un gran sesgo de datos derivado de su complejidad. El reto adicional es que de la criminalidad generalmente solo puede observarse una parte de las complejas dinámicas que conlleva, por lo que debe ser estudiada desde el enfoque multidisciplinario y no exclusivamente desde las ciencias jurídicas y penales, sino considerando realidades sociológicas, culturales y políticas como las numerosas especificidades de las víctimas, las perspectivas de género que giran en torno a estas y sobre todo las problemáticas que se presentan sobre los jóvenes y la niñez migrante. A su vez, es de advertir la existencia de una amplia variedad de crímenes que se relacionan directa e indirectamente con la trata, por su carácter multicausal y multifactorial que le imprime diferentes fines, roles y modalidades, en un contexto de capitalismo salvaje donde la deshumanización y la esclavitud moderna son constantes socioglobales.

### 3.1. *Modus operandi del crimen de trata de personas*

El *modus operandi* de los agentes que se dedican al negocio de la trata es particularmente variado en México y se lleva a cabo a través de diversos medios y canales. Además, al tratarse de redes delincuenciales que se extienden prácticamente por todo el territorio nacional y el resto de los países del mundo, se presentan distintas fases y etapas concretas que llegan a ser comunes en el proceso de su ejecución. Así, la Fiscalía General de la República (FGR) destaca tres fases que siguen los delincuentes para atrapar a sus víctimas:

1. La *captación* o *enganche*, refiere al reclutamiento de la víctima, donde los sujetos reclutadores pueden

trabajar en redes o a manera individual, actuando casi siempre por la fuerza (secuestro, detención, rapto, amenaza), el engaño o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de las personas.

2. El *traslado*, inicia cuando la víctima es forzada o accede a trasladarse con el tratante desde su lugar de origen, a través de cualquier medio de transporte disponible y en condiciones generalmente deplorables.
3. La *explotación*, es la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de esclavitud, servidumbre, prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, explotación laboral, mendicidad forzada, utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, adopción ilegal de persona menor de edad, matrimonio forzoso, tráfico de órganos o experimentación biomédica (Fiscalía General de la República, 2018).

Aun cuando el modo de operación consta de estas tres fases, los medios para llevarlas a cabo son sumamente diversos, es decir, al captar a las víctimas, los delincuentes han diversificado sus estrategias haciéndolas más efectivas y por lo habitual menos visibles ante las autoridades responsables de su regulación, resultando ahora más sencillo contactar a las futuras víctimas a través de redes socio-digitales. Empero, las formas tradicionales siguen siendo las más usuales por efectivas, y consisten en el contacto directo de persona a persona en lugares públicos como parques, avenidas, escuelas y transporte colectivo; de tal suerte que una vez contactada la víctima, los delincuentes proceden, ya sea a persuadirla o incluso a secuestrarla direc-

tamente, utilizando un proceso que trae consigo todo un tratamiento psicológico donde las víctimas generalmente no son capaces de romper con el ciclo de violencia, lo cual hace que sea casi imposible escapar o revelarse en contra de los tratantes.

No obstante, en el caso de las víctimas que son niños, niñas y adolescentes, también se registran situaciones donde los padres, tutores o algún familiar cercano los comercia, los regala o simplemente los permuta por cualquier otro bien, producto o recurso material.

Huelga señalar que en México estas prácticas son muy comunes y arraigadas en comunidades rurales de los estados de Chiapas, Guerrero, Michoacán, Morelos, Puebla y Oaxaca, donde los infantes y adolescentes, mayoritariamente las niñas, son vendidas, intercambiadas por ganado o forzadas a casarse; sin embargo, aun conociendo exactamente sobre estos hechos, las autoridades locales e incluso las federales, son omisas o cuando actúan lo hacen con tibieza argumentando que se enfrentan a prácticas enmarcadas en los usos y costumbres de poblaciones clasificadas como originarias.

En esta lógica, se requiere de la comprensión holística e integral del problema para crear leyes más eficientes y disponer de autoridades más capacitadas para combatir estas variedades de trata, bajo una estricta perspectiva de género. Y no hay otra manera de resolverlo porque existe una tríada indisoluble que hace posible la trata como explotación sexual comercial, esto es:

- 1er. lugar, el hecho de que la mayoría de las víctimas sean mujeres, niñas y niños, responde directamente a una lógica de poder patriarcal ejercida por los tratantes;

- 2º. lugar, el cuerpo de las mujeres se convierte en objeto de explotación y dominación por los mercaderes; y,
- 3er. lugar, la gran mayoría de los consumidores (demanda) en México son hombres hetero normados.

### ***3.2. Vinculación del crimen de trata de personas con la delincuencia cibernética: una nueva modalidad delictiva***

Desde inicios del presente siglo la DOT se ha caracterizado por su elevado nivel de aprovechamiento de las ventajas de la era de la globalización para expandirse, diversificarse e infiltrarse en las esferas políticas del más alto nivel, lo que ha derivado en que devenga cada vez más poderosa y por ende más difícil de combatir. De ahí que su conocimiento a fondo y combate se haya convertido en uno de los grandes retos para la comunidad internacional y particularmente para la mexicana.

Según estudios realizados por instancias especializadas en materia criminal de las Naciones Unidas, los negocios en que la DOT está involucrada representan cantidades que superan por mucho a los presupuestos de varios Estados en vías de desarrollo, y comprenden múltiples actividades como el tráfico ilícito de drogas y otros estupefacientes; el blanqueo de capitales; el comercio de armas pesadas y ligeras; el tráfico de animales en peligro de extinción; el tráfico ilegal de vehículos por las fronteras; la circulación de órganos o tejidos de estos, entre muchas más, y con ello, y casi siempre por las mismas rutas, crece de forma exponencial el tráfico de migrantes y la trata de personas, para distintos fines. Por esta razón, las autoridades internacionales del más alto nivel, como las Naciones Unidas y la Interpol, así como las locales han unido esfuerzos con los Estados para es-

tablecer mecanismos de monitoreo, combate y control de la DOT.

Todos los instrumentos y mecanismos creados hasta el momento, incluyendo importantes convenciones, tratados y organizaciones internacionales, varias de ellas con rangos importantes de supranacionalidad (Unión Europea), apuntan al establecimiento de formas más precisas de cooperación internacional para materializar con éxito y resultados tangibles esta lucha que, sin embargo, amenaza con prolongarse y rebasar los límites tolerables del mantenimiento de la paz y seguridad en las relaciones internacionales. Y el combate parece extenderse más allá de lo prudente porque ha surgido el llamado ciberespacio, un ámbito novedoso sobre el que aún no se tiene el control, el monitoreo ni los medios necesarios para regularlo eficazmente, y que es producto del dinamismo de la globalización y de la democratización de los medios tecnológicos que cambió drásticamente las interacciones sociales en todos los órdenes.

En este contexto, se reconfiguró la DOT, y se llegó a constituir la delincuencia cibernética transnacional (DCT), la cual ha diseñado y reconfigurado nuevos mecanismos para llevar a cabo sus acciones criminales con mayor facilidad, rapidez y alcance. Al complejizarse, ha posibilitado la formación técnica especializada de operadores cibernéticos llamados hackers,<sup>13</sup> quienes aprovechan vulneraciones en los códigos informáticos y también obtienen ventajas de las deficiencias legislativas

nacionales e internacionales respecto a una determinada conducta criminal.

En el complejo mundo del ciberespacio existen distintos sitios o lugares donde los usuarios pueden navegar libremente, como los portales de las redes *sociodigitales*, los sitios de entretenimiento como YouTube, Instagram o Netflix, y otros más; pero también hay sitios ocultos a la vista de los usuarios comunes, que se hallan dentro de la *Dark Web* o internet oscura y son espacios virtuales donde se puede encontrar a la venta o a la renta cualquier cosa ilegal como armas, drogas, identificaciones y dinero falso; inclusive se pueden rentar mercenarios o realizar compra-venta de personas víctimas de secuestro y del crimen de trata, para fines de prostitución sexual comercial, la venta de sus órganos o la comercialización de pornografía infantil.

Cabe advertir que en este contexto las llamadas criptomonedas como el *bitcoin*, han hecho más difícil de rastrear los pagos de este tipo de productos y servicios ilegales comercializados a través del ciberespacio. De manera muy marcada y especial, la descentralización con la que operan estos nuevos activos y su constante popularización en todo el orbe, ha facilitado el flujo de capitales destinado al comercio de personas para fines de trata, en sus distintas y crecientes modalidades (Forbes México, 2021).

#### **4. Marco regulatorio internacional y nacional del crimen de trata de personas**

El crimen de trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, constituye una de las violaciones más graves a los derechos humanos en los últimos tiempos. Un fenómeno muy difundido y complejo que se agrava in-

<sup>13</sup> Su capacidad de adaptación ha sido tal que los hackers tienen un mercado de cientos de miles de millones de dólares, donde prácticamente todos los usuarios de alrededor del mundo son vulnerables.

cesantemente y que, si bien tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas, lo cierto es que se ve exacerbado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la marcada indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. Empero, a pesar de la gravedad del problema que ya estaba presente en la realidad de las naciones desde antes del colapso de la bipolaridad en los años ochenta, la comunidad internacional no le prestó la atención requerida ni se preocupó por su evolución y consecuencias, y menos aún se ocupó de su incremento, sino a principios del presente siglo.

En México, la situación y las respuestas de las autoridades y de la propia sociedad fueron prácticamente las mismas que en otras realidades, a pesar de que constituimos un país de larga tradición migratoria y de origen, tránsito y destino de la trata de personas desde la época de los años setenta. Por ello, es importante apreciar objetivamente el nivel de cooperación compromiso del Estado mexicano, y de la comunidad de Estados, a través de la celebración, adopción, ratificación y recepción en el orden jurídico interno, de tratados y convenciones internacionales dirigidos al combate de este crimen, la esclavitud y sus prácticas análogas, los trabajos forzosos, así como con la promoción y defensa a los derechos de la infancia y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

#### ***4.1. Régimen jurídico del crimen de trata de personas en México conforme a la Convención de Palermo y sus protocolos***

La primera definición consensuada de la trata de personas se incorporó en el año 2000 en

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 (CNUDOT), adoptada el 15 de noviembre de 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/RES/55/25, con el objeto de generar una estrategia mundial para prevenir y combatir ciertos delitos que comenten los grupos de delincuencia organizada de manera transnacional y, de esta manera, contar con herramientas jurídicas que permitieran una adecuada cooperación internacional entre los países firmantes.<sup>14</sup> En específico, el Protocolo sobre la Trata (mejor conocido como el Protocolo de Palermo) que fue aprobado el 15 de noviembre de 2000 y abierto para firmas en diciembre del mismo año 2000, es un instrumento jurídico considerado un verdadero parte aguas para la justicia internacional y que marcó un punto de quiebre en la lucha contra la trata de personas porque asignó un término para diferentes formas de explotación (Dunne, 2016).

<sup>14</sup> En el marco de esta Convención la ONU, junto con el apoyo de diversos grupos de académicos y de organizaciones civiles, se aborda por primera vez la definición y combate al crimen organizado. Entró en vigor a partir del 29 de septiembre del 2003 y fue complementada por tres protocolos más, a saber: Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones.

De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo de Palermo, su finalidad se basa en tres ejes rectores:

- a. Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;
- b. Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c. Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

A partir de estos propósitos, se esperaba que los Estados pudieran contemplar acciones y mecanismos integrales para erradicar los delitos en materia de trata. Por su parte, el artículo 3 del protocolo, es donde se encuentra la definición aceptada internacionalmente de la trata de personas, la cual, a la letra dice:

- 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.
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del

presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”. (Naciones Unidas, 2000)

El protocolo destacó no solo por visibilizar uno de los delitos más graves que atentan con los derechos humanos en sus diversas modalidades (explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; trabajos o servicios forzados; esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud; servidumbre, y extracción de órganos), sino que además de ello, dejó claro los medios por los que se puede desarrollar la práctica de trata (amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o abuso 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), en la que, la víctima que se dice “estar por su voluntad”, en realidad se encuentra viciada en su consentimiento, ya que precisamente uno de los *modus operandi* de este delito, es que el tratante obtenga dicho consentimiento haciendo creer a la víctima que las acciones que realiza son basadas en sus decisiones, cuando se encuentra engañada. Por su alta relevancia, se exigió a los Estados que firmaran y ratificaran el Protocolo, con el compromiso de proceder a su implementación y recepción en sus derechos internos por los medios más adecuados a su alcance, como la promulgación de leyes especiales y aplicación de mecanismos jurídico-institu-

cionales para combatir y eliminar el crimen de trata en todas sus derivaciones.

En tal virtud, el 13 de diciembre de 2000 México firmó la CNUDOT y dos años más tarde, tras ser analizada, fue aprobada por el Senado de la República el 22 de octubre de 2002, y posteriormente publicada en el *DOF* el 11 de abril de 2003, entrando finalmente en vigor el 29 de septiembre de ese mismo año. En parte, este proceso se conoce en nuestro país como recepción y armonización a la normativa interna y conlleva tiempo porque exige un arduo análisis del estatus jurídico actual y el impacto y modificación de la normativa recién firmada.

La finalidad última de la recepción de la Convención contra la DOT y sus Protocolos respectivos fue lograr que estos instrumentos fundamentales del derecho internacional penal se integraran plena y formalmente en el sistema jurídico interno mexicano, haciéndolos de aplicabilidad y obligatoriedad para su debido cumplimiento. Y por lo que concierne a los tres Protocolos complementarios, estos siguieron el mismo proceso para poder ser aplicados en México, especialmente el Protocolo de Palermo se encuentra suscrito y ratificado por el país desde el año 2003.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> El contenido de estos protocolos se integró al orden jurídico interno del país, logrando con ello visibilizar la existencia de este fenómeno delictivo transnacional, generando obligaciones para prevenir, perseguir y sancionar a los delincuentes, así como para proteger y asistir a las víctimas, prestando especial atención a mujeres y la niñez, así como a sectores específicos, como las personas en situación de migración y vulnerabilidad (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2022).

#### 4.2. La tipificación penal del crimen de trata de personas en México

Como resultado del proceso de recepción de la CNUDOT y sus protocolos, básicamente el de Palermo, se dio una respuesta directa a la coordinación de esfuerzos en el marco del derecho internacional penal en la que se pretendía eliminar las diferencias entre los sistemas de legislación nacional, a partir de la definición uniforme del delito de trata y el común acuerdo internacional por crear normativas estándares para las legislaciones domésticas a fin de combatir efectivamente al crimen organizado.

En específico, con la inclusión de la definición de la trata estipulada en el Protocolo de Palermo, se desprende de forma precisa que, para la configuración de este tipo penal, se requiere de una conducta de acción de parte de los activos o activo de la conducta, a través de: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas.

Es decir, para la acreditación del tipo penal, tiene que darse a través de medios muy específicos, siendo estos: el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o 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 (Rangel Romero, 2020); por consiguiente, los medios con los cuales se realiza la acción de este tipo penal son necesarios para configurarlo, y así se puede entender que este se materializa en tres etapas definidas como: el enganche, el traslado y la explotación.

A partir de la configuración del crimen de trata, el primer instrumento que se instaura a partir del compromiso internacional de México dimanado de la ratificación de la Convención y protocolo de Palermo fue la Ley

Para Prevenir y Sancionar la Trata de personas, del 27 de noviembre de 2007. La creación de este dispositivo legal permitió en un primer momento la determinación del tipo penal de la trata de personas, siendo en concreto su artículo 5 el encargado de definirlo. Del mismo modo, se efectuaron algunas modificaciones al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 194 fracción XVI, incluyendo a la trata como delito grave, e incorporándola a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como forma definida de delincuencia.

Sin embargo, pese a la importancia que significó esta ley en nuestro sistema jurídico y a los esfuerzos del gobierno federal por realizar las adiciones y reformas requeridas para su armonización con el derecho internacional en la materia, uno de los primeros obstáculos de esta normativa fue que su aplicación se limitaba al fuero federal cuando, como es bien sabido, México constituye una República representativa, democrática y federal, unida en una federación establecida según los principios en el artículo 40 de la Constitución pero dividida en 32 estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior (fuero común).

De esta manera, aunque a nivel federal se habían establecido las modificaciones necesarias, continuaba quedando en el ámbito de los Congresos locales el poder de legislar, definir y sancionar directamente sobre este tópico, conformándose un panorama poco uniforme, donde las entidades federativas mantenían una pluralidad de criterios de punibilidad establecidos por sus códigos penales, siendo común encontrar, por ejemplo, que algunas entidades sancionaban el delito con penas de 6 a 12 años de prisión, otras de 4 a 8 años de prisión y otras más donde inclusive no se encontraba tipificada esta conducta.

Esta ausencia de homologación del tipo penal que nos ocupa, junto con el panorama

social que enfrentaba el país durante los años de 2008 a 2011, condujo a la creación de un nuevo instrumento jurídico, 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, publicada en el *DOF* el 14 de junio de 2012, la cual en conjunto con lo preceptuado en otros instrumentos jurídicos como el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal, la Constitución Política, la Ley Federal del Trabajo, la Ley de Migración, la Ley Federal contra la DO (delincuencia organizada), y demás tratados de los que México sea parte, son los marcos legales establecidos y aplicables para determinar el tipo penal de la trata de personas en México.

#### 4.2.1. Regulación constitucional del crimen de trata de personas en México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema de la nación, la cual además de regular el sistema constitucional, define y delimita la estructura social, económica, jurídica y política del país. Este es el instrumento jurídico más importante porque establece todos los derechos que gozan las personas que se encuentren en el territorio nacional. En este sentido, diversos preceptos constitucionales se relacionan con la trata de personas, esto es, la Ley fundamental se vincula con el delito de trata de personas desde que establece la prohibición de la esclavitud en su artículo 1º, el cual a letra dice:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no po-

drá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

[...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], 1917)

Por lo tanto, en México se reconoce que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y en derechos, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, esa libertad, que tiene diversas formas de manifestarse, es a su vez protegida a través de diversas disposiciones constitucionales. Su relevancia implica que todas las personas gocen de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones establecidas. En este precepto constitucional se puede observar el principio *pro persona* o *pro homine*, según el cual se busca aplicar la ley suprema o los tratados internacionales según se pueda obtener mayor beneficio para la persona.

Por su parte, el artículo 5 se refiere a la libertad profesional de cada persona siempre y cuando no implique el trabajo forzoso, ser privado de la libertad, sin retribución, o sin pleno consentimiento, y a la letra dice:

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

[...] Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], 1917).

Por lo que confiere el artículo 14 constitucional, es claro al sostener que nadie podrá ser privado de su libertad o sus propiedades, posesiones o derechos. La única excepción que establece es la privación de estos derechos mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en las que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Por otro lado, la Constitución también se encuentra vinculada a la trata de personas, a partir de la reforma publicada en el *DOF* con fecha de 14 de julio de 2011, por la que se adiciona el tipo penal de trata de personas a los artículos 19, 20 y 73. En específico, la reforma consistió en las siguientes adecuaciones de estos numerales:

#### **Artículo 19.**

[...] El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para

garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, *trata de personas*, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Const.], 1917)

**Artículo 20- Inciso C. Fracción V:**

C.- De los derechos de la víctima o del ofendido: [...] Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, *trata de personas*, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa [...]. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], 1917)

**Artículo 73. Fracción XXI, Inciso A:**

Para expedir: Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, *trata de personas*,<sup>16</sup> tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradan-

tes, así como electoral. Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios. [...]. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], 1917)

Todas estas reformas constitucionales buscaron, principalmente, compaginar nuestra normativa con el derecho internacional, así como crear las bases para definir el tipo penal de la trata de personas en México y dar fundamento a diferentes disposiciones jurídicas aplicables al rubro, como 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.

**4.2.2. Avances de la regulación penal sobre el crimen de Trata en México. Retos de la Ley General de 2012**

Tras firmar y ratificar la Convención y Protocolo de Palermo, el Estado mexicano comprendió la necesidad de sentar los fundamentos para crear la política criminal en torno al combate a la trata de personas, llevar a cabo medidas para la prevención de este delito y, especialmente, brindar atención a las víctimas. Este nuevo enfoque produjo que los legisladores federales propusieran una normativa que, además de sancionar pudiera establecer las medidas que las autoridades federales tendrían que tomar en cuenta para abordar esta conducta criminal desde una perspectiva integral.

De esta postura, deriva que el 9 de diciembre de 2004 los legisladores presentarían una iniciativa para expedir la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, así

<sup>16</sup> Las cursivas son del autor.

como, una serie de reformas constitucionales, al Código Penal Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales y a otros instrumentos jurídicos que se relacionaran directa e indirectamente con este delito. Aunque los primeros esfuerzos en este sentido se vieron reflejados tres años después, el 13 de abril de 2007, cuando se publicó en el *DOF* una reforma al Código Penal Federal que contenía el primer tipo penal sobre trata de personas en México. Lo cierto es que el punto de inflexión fue el 27 de noviembre de 2007, día en el que fue publicada en el *DOF* la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, donde se incluyó a la trata en los supuestos del artículo 20 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; y se incorporó como delito grave y en el catálogo de delitos respecto de los que no se concedía la libertad preparatoria.

Fue este el primer intento por regular esta conducta ilícita de forma directa, dado que mediante esta reforma se logró acceder a su tipificación, investigación y sanción, amén de que significó un parteaguas para la justicia nacional e internacional y un avance en materia de persecución, toda vez que antes de los cambios realizados esta conducta no era considerada como delictiva y, de conformidad con el principio de legalidad establecido en el artículo 14 constitucional, a pesar de que se contaba con un instrumento internacional en la materia, al no encontrarse tipificada la trata como delito, no era posible sancionar a ninguna persona por su comisión en el país.

Se puede afirmar *grosso modo* que esta ley representó un progreso en el combate a la delincuencia, sin embargo, su vigencia fue sumamente breve porque, además de no haber logrado la homologación requerida en todas las entidades federativas del país, tampoco tuvo una aplicabilidad eficiente, principalmente, por causa de la corrupción

e impunidad que priman en los sistemas de impartición de justicia y la actuación de las autoridades mexicanas cuando se conocen este tipo de delitos y otras violaciones graves a los derechos humanos.<sup>17</sup>

El panorama poco alentador que trajo la ley recién creada condujo, primeramente, a la reforma constitucional de los artículos 19, 20 y 73 fracción XXI realizada en el 2012 y, posteriormente, a la necesidad crear un nuevo proyecto legislativo: 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. Este nuevo instrumento jurídico, publicado en el *DOF* el 14 de junio de 2012, abrogó la Ley para prevenir y sancionar la Trata de Personas del 2007; y reformó y adicionó diversas disposiciones a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el Código Federal de Procedimientos Penales (2014), el Código Penal Federal (1931), la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (1995), la Ley de la Policía Federal (2009) y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2009) (Andrade Sánchez, 1996).

Este nuevo ordenamiento representó un cambio radical en comparación con la anterior normativa porque a partir de entonces,

<sup>17</sup> De igual manera, el contexto mexicano en el cual se instituyó esta normativa no fue el mejor escenario político, social y económico porque, como acertadamente señala el Centro de Estudios e Investigación en Desarrollo y Asistencia Social, a raíz de la crisis económica y social del 2008 y 2009, la población mexicana se hizo más vulnerable a la trata, que por la misma razón devino en el segundo negocio ilegal más rentable en el país (solo por debajo del narcotráfico).

en México se persiguen los delitos en materia de trata de personas y no el delito de trata de personas, con lo cual, básicamente se incluyen en su totalidad, el conjunto de delitos relacionados con alguna forma de explotación retomada en el Protocolo de Palermo. Esto significa que quien explota sexualmente a una persona, aunque no haya realizado las conductas señaladas en este instrumento, será sancionado por trata de personas, ya que la explotación sexual es, de acuerdo con la ley, un delito en materia de trata de personas (UNODC, 2014).

Esta ley que ya ha cumplido diez años en vigor, se encuentra dividida en 4 capítulos y 126 artículos, y en su capítulo II, denominado: De los delitos en materia de trata de personas, señala los tipos penales y las sanciones a quien cometa estos ilícitos. Comienza definiendo el delito de trata apegándose fielmente a la definición dada por el artículo 3 del Protocolo de Palermo, y dice a la letra:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;
- II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;

- IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley;
- V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;
- VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;
- VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;
- VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;
- IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29;
- X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y
- XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley. (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, 2012)

El artículo 10 es uno de los 26 tipos penales que componen los denominados tipos penales en materia de trata de personas, mismos que se encuentran ubicados de los artículos 11 al 36 y corresponden a delitos relacionados con diversas formas de explotación (y otros delitos conexos), que si bien pueden estar vinculados a la trata pueden también darse de manera independiente. Cada uno de estos tipos penales cuentan con sanciones propias y tienen afectaciones a bienes jurídicos distintos: en el caso de la trata de personas, estamos frente a un delito de resultado formal (el delito se consuma con la conducta sin que sea necesaria una alteración ma-

terial) y no ante uno de resultado material, como sucede en los delitos como la esclavitud, la explotación sexual forzada, los trabajos o servicios forzados y otros en los cuales el delito requiere una mutación en el mundo fáctico.<sup>18</sup>

La ley general fue relevante para el país pues por primera vez se tipificaron conductas que no habían sido sancionadas en México a pesar de su gravedad, como la explotación sexual de personas mayores de 18 años, la esclavitud, los trabajos forzados o el matrimonio forzoso o servil. Esta normativa se encuentra vigente, es de competencia federal y se complementa por otras normativas como Ley Federal del Trabajo, la Ley de Migración y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; las cuales, dedican un espacio para abordar el tema en específico.

Sin embargo, este instrumento jurídico no ha tenido un impacto relevante para el contexto nacional y el combate sistemático y efectivo contra el flagelo de la trata, como lo demuestra el hecho de que México continúe encabezando los primeros lugares en el mundo en la comisión del delito. En realidad, conforme a datos fehacientes de la organización

A21, dedicada a luchar contra este delito en el plano internacional, nuestro país ocupa el tercer puesto a nivel global de trata con fines de explotación sexual y mendicidad de menores, solo por debajo de Tailandia y Camboya (Emir Olivares, 2018).

La normativa en cuestión ha recibido fuertes críticas, principalmente, por haber sido rebasada gracias al aumento incesante de los hechos delictivos materia de su contenido. Expertos en el rubro como Miguel Ontiveros y otros colegas del INACIPE y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, señalan que el dispositivo fue cuestionado desde su entrada en vigor, debido a que, entre otras imprecisiones, contiene más de 50 errores que provocan impunidad para castigar el crimen de trata. En palabras del mismo investigador, los intereses económicos, la impunidad y corrupción del país han sido pieza clave para la creación de un instrumento jurídico relativamente estéril e incapaz de producir efectos reales y frenar en serio este acto delictivo:

Los intereses económicos que rodean a la trata de seres humanos, por desdicha, impidieron que esas decenas de errores se solventaran. Estoy convencido de que la LAP [nombre de la ley que se comenta] fue redactada con tantos errores de manera intencional, con la finalidad de que su aplicación fuese casi imposible. Pero también para que, de aplicarse, el resultado fuese la impunidad. (Ontiveros, 2021)

De acuerdo con la información disponible, existen en el Senado, al menos, 21 iniciativas de reformas a este ordenamiento que se encuentran pendientes de dictaminarse, y de estas, 14 que se presentaron en la legislatura anterior y 7 en la actual. Haciendo un recuento de las principales iniciativas para reformar

<sup>18</sup> Los tipos penales referidos son los siguientes: 1) Esclavitud, 2) Condición de siervo, 3) Prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, 4) Pornografía, 5) Explotación laboral, 6) Trabajos o servicios forzados, 7) Mendicidad forzosa, 8) Utilización de personas menores de edad en actividades delictivas, 9) Adopción ilegal de persona menor de 18 años, 10) Matrimonio forzoso o servil, 11) Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, 12) Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, 13) Medios ilícitos para la trata de personas y su divulgación.

la Ley LAP o bien, para formular un nuevo instrumento jurídico que regule esta materia, destacan los siguientes puntos:

1. La creación de una normatividad en la que se incluya la colaboración del Instituto Nacional de las Mujeres, del Instituto Nacional de Migración y de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
2. Armonizar la ley a los estándares internacionales y los dispositivos constitucionales, con el objeto de cumplir con ellos y brindar un nuevo enfoque a la función estatal de proteger, promover y garantizar los derechos humanos, y en caso de alguna violación a estos, se investigue, sancione y reparen tales transgresiones (Secretaría de Gobernación, 2020).
3. El aumento de las penas que se establecen en la legislación actual, ya que estas son muy bajas y no corresponden ni son proporcionales con el daño causado en materia de trata de personas.
4. Difusión y capacitación en temas de perspectiva de género al personal encargado de investigar los casos relacionados con las víctimas de trata de persona, a fin de, evitar que exista una falta de profesionalización, especialmente en fiscales.
5. Visibilizar la vinculación de los delitos en materia de trata de personas con otros delitos como la desaparición forzada, a fin de evitar que actos delictivos como el fenómeno de la desaparición de adolescentes y mujeres de 15 a 25 años en nuestro país, continúen siendo casos aislados a los relativos a trata de personas (Ballinas, 2022).
6. Erradicar la corrupción e impunidad del país a fin de que, aumentan las sentencias condenatorias en los casos de trata de personas.
7. Sumar acciones y propuestas al fortalecimiento de las políticas públicas en materia de prevención, persecución, sanción y atención de estos delitos, así como para analizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la Ley que permitan ejercitar los derechos de las víctimas.
8. Creación e implementación de protocolos, modelos y programas que generen y aprueben como órgano colegiado a las dependencias y entidades que conforman la Comisión Intersecretarial, así como, sociabilizar y generar acciones que obliguen al personal del servicio público a realizar su trabajo con enfoque de género, empatía, eficacia y eficiencia.
9. Cambiar el enfoque en el que se ha percibido a la trata de personas, a fin de, dejar de observar a este delito como uno aislado y reflexionar sobre su relación con profundas raíces sociales, económicas y culturales, que requieren ser visibilizadas para comprenderlas y, en consecuencia, formular estrategias no reactivas sino planificadas para su atención.
10. Establecer políticas públicas desde el Gobierno de México enfocadas a medidas preventivas que hagan frente a esta problemática desde sus causas estructurales.

Todos los puntos señalados están bien justificados y son necesarios, empero, hasta el momento y por causas desconocidas que no dejan de ser absurdas e inexplicables, la reforma requerida no ha tenido lugar, y

mientras tanto, México continúa siendo un país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata, ubicado dentro de los tres primeros lugares en los indicadores mundiales. El panorama actual del país en la comisión de este crimen, de acuerdo con el *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México 2021* de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, arroja que en México las investigaciones sobre los delitos en la materia son realizadas por 33 procuradurías y a primera vista, se puede observar que 2019 fue el año con el mayor índice de denuncias por trata.

De los casos presentados, el 89% de las investigaciones fueron reportadas por las procuradurías y fiscalías generales estatales; el 11% restante por la FGR, tanto por la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA) como la Fiscalía Especializada en Materia de Delincuencia Organizada (FEMDO). Asimismo, se puede apreciar que las entidades federativas con más casos de denuncias relativas a la trata de personas han sido el Estado de México con 669 y la Ciudad de México con 682 casos.

De acuerdo con el mismo informe, estás carpetas de investigación han efectuado alrededor de 2,611 personas indiciadas e imputadas a nivel nacional por los delitos en materia de trata de personas, de las cuales, 712 son mujeres adultas, 4 son mujeres con menos de 18 años, 1,490 son hombres adultos y 4 son hombres con menos de 18 años; resaltando que se desconoce la edad y sexo de 401 personas. Del total de personas indiciadas e imputadas, 228 fueron identificadas por la FGR (40 por la FEMDO y 188 por la FEVIMTRA), los 2,383 restantes por las procuradurías y fiscalías generales estatales. El 71% de las personas indiciadas e imputadas fueron reportadas por cuatro procuradurías y fiscalías generales estatales (Chihuahua, Ciudad de México,

Estado de México, Nuevo León) y por la FGR (CNDH, 2021).

Aunque el Estado mexicano cuente con un marco normativo nacional e internacional que lo obliga a prevenir, perseguir y sancionar los delitos en esta materia, las cifras demuestran que no solo no se ha logrado disminuir los casos de trata de personas, sino que los casos continúan en aumento, principalmente, debido a la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos de la sociedad el factor que favorece y facilita la comisión de estos delitos y violaciones a derechos humanos. Ante esta realidad, México está realmente urgido de reforzar y crear mecanismos jurídicos y estrategias reales (libres de corrupción) para poder hacer frente a los hechos delictivos que engloban este conjunto de tipos delictivos, pues mientras esto no suceda, el número de víctimas será cada vez mayor.<sup>19</sup>

## 5. Mercantilización del ser humano y explotación sexual comercial en México: una referencia de caso

Tomada solo como uno de tantos ejemplos que pueden encontrarse en el territorio na-

<sup>19</sup> Hoy en día nuestro país cuenta con instituciones especializadas con programas específicos para atender, concientizar y visibilizar los delitos en materia de la trata de personas. Entre estas instituciones se encuentra: la Comisión Intersecretarial, la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA), la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas del Delito, y el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES).

cional mexicano, la trata de personas en la localidad de Tenancingo,<sup>20</sup> estado de Tlaxcala no solo se ha convertido en un negocio familiar que pasa de generación en generación y donde el *modus operandi* consiste en trabajar con seres humanos como mercancía, especialmente, mujeres, niñas y niños, sino que también se ha posicionado como un referente mundial de la esclavitud sexual, de tal suerte que hoy se le conoce como la capital de la esclavitud sexual en México. Esta localidad se caracteriza porque familias enteras operan en el negocio de la trata, donde las esposas son víctimas y victimarias a la vez de las redes de tráfico y trata de personas, siendo las encargadas de enseñarle a sus hijos a engañar, manipular, secuestrar y comercializar a las víctimas.

En este lugar en especial el delito es sistemático y ha sido tan normalizado que se le ve como una actividad cotidiana y ordinaria; de hecho, esta cotidianeidad y lo fructífero del negocio de la llamada esclavitud moderna ha sido fuente de inspiración para las pequeñas generaciones de niños, los cuales son entrenados para ser “padrotes” (tratantes) y con ello continuar con la “tradicción” de perpetración de violencia sexual comercial, que así se ha logrado constituir como una práctica heredada a través de las generaciones. En este negocio cruel e inhumano, las víctimas llegan a un grado de sometimiento e intimidación que ya no son capaces de denunciar a los delincuentes, lo cual, se traduce en pocas denuncias y pocas personas encarceladas, a lo cual debe sumarse la complicidad de la co-

munidad entera y de algunas de las autoridades locales y federales.

Todo apunta a que Tenancingo-Tlaxcala está cubierto por un enorme velo de impunidad, y a pesar de las leyes y diversas instituciones creadas para combatir la trata, son muchos los delincuentes responsables de este crimen que están libres y sin castigo, debido principalmente al complejo y eficiente sistema de vigilancia con el que cuentan los proxenetas. Diversos reportajes señalan la existencia de todo un sistema de monitoreo ejercido por vigilantes denominados halcones, quienes están encargados de vigilar y reportar el ingreso de cualquier persona o vehículo sospechoso al territorio crítico, impidiendo principalmente que determinadas autoridades o reporteros arriben a la ubicación de los centros de prostitución y arresten a los tratantes responsables.

Tenancingo se configura como un lugar clave en esta compleja red de trata, donde se encuentra una parte importante de los tratantes responsables de reclutar y distribuir a las víctimas desde el interior del país a otras entidades como Oaxaca, Guanajuato, Chiapas, San Luis Potosí, Baja California, Tamaulipas, Nuevo León, Chihuahua, Jalisco y el resto del Bajío, y al exterior del territorio nacional como a Estados Unidos y Canadá e incluso a países de Sudamérica y Europa. Son varias las casonas típicas del lugar, que son verdaderas mansiones de estilo californiano, donde habitan y se han formado importantes familias de tratantes, quienes se han hecho de grandes recursos económicos de procedencia ilegal y han logrado hacerse de los medios necesarios para trasladar a sus víctimas a puntos fuera de México como las ciudades de Nueva York, Chicago y Washington.

Tlaxcala constituye una de las 9 entidades federativas con mayor incidencia delictiva de trata de personas. De acuerdo con

<sup>20</sup> Es importante aclarar que no debe confundirse a Tenancingo-Tlaxcala, con otra localidad que lleva el mismo nombre, pero que se ubica en el Estado de México.

la CNDH, la fiscalía de este estado, junto con las de la Ciudad de México, Chiapas, Puebla, Estado de México, Coahuila, Baja California, Chihuahua y Oaxaca, la FEVIMTRA y la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO), concentran 90 % de los casos reportados en nuestro país, lo que significa que 9 de cada 10 víctimas fueron identificadas por dichas autoridades (CNDH, 2021). Cabe destacar que esta problemática ya ha sido objeto de estudio y análisis por parte de diferentes sectores y desde distintas ópticas y metodologías disciplinarias, y los resultados obtenidos han evidenciado la realidad de estos actos criminales, al tiempo que han posibilitado la implementación de una serie de políticas enfocadas a la concientización social. Sin embargo, las propuestas legislativas para regular y combatir la trata en Tlaxcala, son relativamente recientes y dieron frutos apenas en septiembre del año 2007, con la tipificación de la trata de personas como delito estipulado en el Código Penal para el estado de Tlaxcala.<sup>21</sup>

Por su parte, entre los numerosos estudios e investigaciones realizados destaca el trabajo intitulado *Prostitución, Pobreza y Políticas Públicas dirigidas hacia las mujeres en la región sur de la zona de Tlaxcala*, presentado por el Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre desarrollo regional de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, en

coordinación con el Centro Fray Julián Garcés, Derechos Humanos y Desarrollo Local, A.C., en el cual se documentó ampliamente la completa dependencia económica, por parte de familias enteras originarias de Tlaxcala, del dinero obtenido del tráfico y trata de mujeres, niñas, niños y adolescentes.<sup>22</sup>

Lo grave es que no solo esta y otras localidades, sino México en general, se mantienen en números rojos en cuanto al nivel de victimización de la DOT, específicamente en el campo de la trata. Los esfuerzos gubernamentales, legislativos e institucionales, no son suficientes para combatir de forma eficiente a estas dinámicas, por lo cual la sociedad civil, el sector privado, la academia y otros sectores de la población, tenemos una gran tarea para combatir estos delitos y violaciones graves a los derechos humanos, de los cuales cualquier persona, sin excepción, puede llegar a ser una víctima más.

## 6. Reflexiones finales

El crimen de trata de personas en la compleja realidad social actual y la esclavitud en el pasado y aun en tiempos presentes, constituyen crímenes bien definidos, altamente lesivos, reconocidos históricamente y con un doble carácter catalogado por sus alcances transnacionales y su extrema gravedad, frente a los cuales el derecho internacional

<sup>21</sup> Uno de los factores que incidieron en la lenta tipificación del delito de trata de personas en Tlaxcala y que continúa representando obstáculos para su combate es la falta de cultura de denuncia debido a la gran desconfianza a las instituciones competentes derivada de la corrupción y colusión con la delincuencia organizada.

<sup>22</sup> Tenancingo es considerado uno de los municipios más violentos por causas del narcotráfico. Las pugnas entre cárteles de la droga son muy frecuentes. Constantemente son hallados por las autoridades cuerpos mutilados de mujeres y hombres, quienes son víctimas del narcotráfico.

penal ha establecido la jurisdicción universal y otras formas de cooperación penal internacional como la extradición y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, para su prevención, combate y erradicación.<sup>23</sup> Ante todo, los efectos de la globalización de los procesos económicos y sociales como la actual cultura de alto consumismo, han incrementado la mercantilización del ser humano, convirtiéndolo en un producto consumible y desechable que representa grandes utilidades; y en este vértice, la trata de personas aparece como un negocio lucrativo, rentable y especializado, que se sostiene gracias a la demanda desmesurada y a los mínimos riesgos que afrontan sus perpetradores.

Estamos en presencia de un crimen transnacional y de *lesa humanidad*, que atenta contra la seguridad de los Estados y la de sus ciudadanos, vulnerando los intereses más valiosos de la sociedad internacional y trasgrediendo los derechos primordiales de la persona humana, en virtud de lo cual debe ser considerado en su contenido total y naturaleza compleja por el derecho internacional y los órdenes jurídicos del Estado mexicano y de todas las demás las naciones del orbe.

Como crimen transnacional la trata de persona en México y en el resto de los con-

tinentes, está vinculada directamente con la DOT, es de dinámica multifactorial y se compone por distintos actos. Actividades como la compra-venta de esclavos, el trabajo forzado y el rapto de personas para fines de explotación sexual comercial han sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad, y hubo etapas en las que estuvieron normalizadas, principalmente, en las economías de potencias coloniales como Reino Unido, Estados Unidos, España, Alemania, Francia o Bélgica, que giraban en torno a la esclavitud y sus formas derivadas, con particular énfasis en la mercantilización de hombres, mujeres, niñas y niños para su inserción en el trabajo esclavizado. Poco a poco, estas conductas han sido rechazadas y condenadas por gran parte de la comunidad internacional, por representar prácticas criminales que lesionan gravemente los derechos humanos de las personas, las cosifica, las mercantiliza y las explota de múltiples maneras, violentando de manera severa y con efectos irreversibles su dignidad y el ejercicio de la libertad. Sin embargo, a pesar de los avances en materia de derechos humanos logrados en los últimos años y de una mayor concientización de la sociedad en general, se están incrementando de modo exponencial.

La trata es un negocio redondo, con muchas ramificaciones y que involucra a un gran número de actores y factores, tanto delincuenciales, políticos, culturales, económicos, tecnológicos, turísticos, así como gubernamentales y hasta militares. Se trata de una actividad que, por su naturaleza, al operar mediante redes criminales, es visible e invisible al mismo tiempo y debe ser estudiada desde diferentes perspectivas para poder tener un entendimiento integral y con ello establecer los mecanismos de cooperación necesarios a nivel local, regional e internacional, para ser combatida de una manera

<sup>23</sup> Se han instaurado varios instrumentos jurídicos relevantes como la Convención sobre la Esclavitud de 1926, el Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas de 1904 y la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas de 1910, que contienen una serie de definiciones que rápidamente devinieron obsoletas al ser superadas por el dinamismo de estas actividades, en particular la trata de personas y otras conductas criminales conexas.

certera y eficaz. Y esto resulta una tarea muy complicada en contextos, como el mexicano, donde el fenómeno global, los avances tecnológicos y la corrupción funcional han presentado muchas facilidades para que la DOT opere y se desenvuelva.

El Estado mexicano se enfrenta a grandes problemas en materia de tráfico y trata de personas, que no ha logrado prevenir, sancionar y combatir de forma directa y contundente; y si bien se ha adherido a los mecanismos jurídicos internacionales más relevantes para la lucha transversal contra la trata de personas, creando y modificando su legislación interna e implementando todo un entramado de instituciones para contrarrestar estas prácticas delictivas, las estadísticas oficiales y extraoficiales, y la realidad nacional observada por los medios de comunicación, la academia y la sociedad civil, demuestran que estas acciones ilegales, lejos de estar disminuyendo, van en constante incremento y diversificación.

En este punto crítico, no obstante que la Convención de las Naciones Unidas contra la DOT y el Protocolo de Palermo, representan un gran esfuerzo que recupera y actualiza varios instrumentos previos, y responden a una necesidad primordial de la sociedad internacional para combatir, prevenir y castigar el flagelo, proveyendo un *corpus* legal original a partir del cual los Estados pueden articular y derivar una tipificación de acuerdo con sus instrumentos y estructuras jurídicas propias, con reconocimiento interestatal común, la cruda realidad evidencia que las medidas destinadas a garantizar una adecuada y eficaz asistencia y protección real a las numerosas víctimas, tienen marcadas debilidades en materia de derechos humanos, por lo que es primordial enmendarlas o eliminarlas de tajo.

A lo largo del presente artículo también se demostró que por su posición geográfica y

geopolítica, en México los delitos de tráfico y trata de personas son una constante que ha adquirido dimensiones mayores por lo menos desde mediados de los años noventa, y que se ha potencializado gracias al gran incremento de la migración irregular proveniente de Centro y Sudamérica, con rumbo hacia Estados Unidos utilizando como puente el territorio nacional, alcanzando niveles desbordantes desde el inicio de la pandemia del COVID-19 hasta el momento. En este proceso, nuestro país ha estado claramente consciente de las violencias perpetradas en sus pasos fronterizos, específicamente en las fronteras del sur y norte, pero a pesar de ello, y de la aplicación de la actual ley general contra la trata de personas que entró en vigor en 2012, con muchas críticas a su contenido y técnica jurídica, diversos sectores de opinión nacional e internacional, la academia y la sociedad civil organizada, hemos manifestado gran descontento por la falta de implementación de políticas públicas eficientes y el mal manejo del delito de trata y sus variaciones, por parte de las autoridades competentes.

Es grave que el dispositivo no dimensiona correctamente el hecho de que las mujeres y los niños son potencialmente vulnerables a convertirse en las mayores víctimas de trata, ya que es la misma sociedad la que los pone en riesgo al tolerar la violencia de género, la discriminación en profusas variantes, determinadas prácticas culturales y religiosas, así como ciertos estereotipos de dominación y sexismo validados por sistemas patriarcales y machistas, afectándolos desproporcionadamente en la mayor parte de las modalidades que opera.

Por lo demás, es un hecho irrefutable que esta Ley no funciona bien, que su contenido apunta más al deber ser que a la realidad objetiva del delito de la trata que pretende abordar y combatir, y un escrito más

de estilo retórico en el cual parecen primar intereses políticos, económicos y delincuenciales, razón por la cual ya se han presentado hasta el momento 21 iniciativas de reforma donde se plantean temas de suma relevancia, como la armonización de la ley con los instrumentos convencionales internacionales vinculantes y los preceptos nacionales en materia constitucional. Aunado a esto, se han propuesto cambios en su denominación hasta la inclusión de un enfoque de género y mayor protección a la niñez, junto con disposiciones específicas contra la *revictimización*, con la recomendación de que las reformas se lleven a cabo de forma crítica, paulatina y pensando siempre en las víctimas, y con el empleo de las mejores técnicas legislativas y una adecuada lexicología jurídica para evitar confusiones e incongruencias, sobre todo en los casos penales. En términos generales, las reformas a la legislación vigente se deben efectuar pensando en la instauración y mejora permanente de los mecanismos de protección de los derechos humanos.

Los instrumentos del derecho internacional penal y los mecanismos de cooperación penal transnacional que este conlleva, como la jurisdicción universal, la especializada y la extradición, constituyen herramientas excepcionales e imprescindibles para la consolidación y fortalecimiento del combate al tipo criminal que nos ocupa, a través de medidas destinadas a su prevención, sanción y disminución, por conducto del auxilio de organismos internacionales de todo género, tratados y convenciones internacionales, foros, cumbres, conferencias, programas, entre otros métodos y herramientas de colaboración con los sujetos y actores de la comunidad mundial. Sin embargo, no se debe pretender suplir, en ninguna circunstancia, la responsabilidad directa que corresponde al Estado mexicano y a los demás poderes so-

beranos comprometidos con las estrategias multilaterales.

En suma, es necesario crear, impulsar y monitorear acciones integrales enfocadas al combate del crimen de trata de personas y sus actividades derivadas, lo cual se puede iniciar ponderando la eficacia de los programas, proyectos y servicios desarrollados para estos efectos e impulsar a los que mejores resultados tengan y analizar las deficiencias de los que no están funcionando conforme a lo previsto. También es necesario capacitar al personal que opera en los albergues y centros de atención y denuncia para que tenga un enfoque más humanista, desde una perspectiva de género y de derechos humanos y con ello mejorar la confianza de la sociedad en las instituciones civiles y gubernamentales.

Finalmente, para lograr un combate eficaz al crimen de trata y sus efectos, debe haber una cooperación estrecha y coordinada entre las distintas esferas del poder público, como la gubernamental, la institucional, la militar debido a los controles fronterizos, y la sociedad civil. Esta última debe estar informada sobre la evolución del problema y sobre todo debe hacer conciencia y dejar de lado estigmatizaciones y prejuicios sobre el rol de las mujeres en el contexto social. Se trata sin duda de una tarea compleja y difícil, no obstante, hay que actuar en serio y a fondo e implementar de inmediato una serie de políticas públicas y estrategias de acción, para aminorar de manera sistemática y comprometida este tipo de prácticas que ha disminuido sensiblemente la calidad de vida, el Estado de derecho y de bienestar, y la seguridad de las actuales y futuras generaciones de mexicanos y mexicanas.

## 7. Bibliografía

- ACHARYA, Arun Kumar, MOCTEZUMA SUÁREZ, Armando y GÓMEZ ONTIVEROS, Francisco de Jesús. (2017). "Representation of Human Trafficking in Mexican mass media and its complexity on law enforcement". *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*.
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. (1996). *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*. Consejo de la Judicatura Federal.
- BOLETINES UAM. (2021, August 10). *La trata de personas, el tercer negocio ilícito más lucrativo en México*. Boletines UAM. <https://www.comunicacionsocial.uam.mx/boletinesuam/386-21.html>
- CARNEVALI, Raúl. A. (2013). La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile. *Diritto penale contemporaneo*, (4).
- CASILLAS R., Rodolfo. (2012, septiembre-octubre). "La mundialización del delito. Redes de tráfico y trata de personas en México". *Revista Nueva Sociedad*, (241).
- CASTIGLIONE, Celeste y Lucila NEJAMKIS (2014). "Reflexiones y lecturas en torno a la trata de personas en el Mercosur y la Argentina". *Politeia*, 37(53), 143-167.
- CASTRO SOTO, Oscar Arturo. (2015). "Observatorio Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas". Universidad Iberoamericana Puebla.
- CHÁVEZ-GUTIÉRREZ, María Rita y María Antonia CHÁVEZ-GUTIÉRREZ (2018). "La situación de la trata de personas con fines de explotación sexual en México". *Revista Espiga*, 17(35). <https://www.redalyc.org/journal/4678/467858983004/html/#:~:text=La%20trata%20de%20personas%20transnacional,el%2098%25%20del%20og%C3%A9nero%20femenino>
- CNDH. (2020). *Análisis Situacional de los Derechos Humanos en Materia de Trata de Personas*. CNDH. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60064>
- DAMMERT-GUARDIA, Manuel, DAMMERT, Lucía y SARMIENTO, Katherine. (2019, Mayo 12). La trata de personas en los Andes: dinámicas socio-espaciales en las fronteras de Perú. Íconos. *Revista de Ciencias Sociales*, (68). <https://www.redalyc.org/journal/509/50964360007/html/>
- DUNNE, Joseph. L. (2016). Hijacked: How Efforts to Redefine the International Definition of Human Trafficking Threaten its Purpose. *Willamette Law Review*, 48(3).
- ENRÍQUEZ BERMEJO, Francisco. (2015, Julio). Trata de personas en México. Dolores París Pombo. El Colegio de la Frontera-Ciudad Juárez, México. *Perfil Criminológico*, (16).
- Fiscalía General de la República. (2018, Febrero 26). ¿Cuáles son las fases de la trata de personas? Gobierno de México. <https://www.gob.mx/fgr/es/articulos/cuales-son-las-fases-de-la-trata-de-personas?idiom=es>
- Forbes México. (2021, Marzo 11). *Pandemia agudizó la trata de personas en migrantes y menores: BID*. Forbes México. <https://www.forbes.com.mx/noticias-pandemia-agudizo-trata-personas-migrantes-menores-bid/>
- GÓMEZ SAN LUIS, Anel Hortensia, y ALMANZA AVENDAÑO, Ariagor Manuel. (2015). "Clientes de prostitución: representaciones sociales de trata de personas". *Psicología & Sociedade*, 27(2).
- Hispanics in Philanthropy (2017). Una mirada desde las organizaciones de la sociedad civil a la trata de personas en México. [https://comisioncontralatrata.segob.gob.mx/work/models/Comision\\_Inter](https://comisioncontralatrata.segob.gob.mx/work/models/Comision_Inter)

- secretarial/Documentos/pdf/Biblioteca/UNA-MIRADA-DESDE-LAS-ORGANIZACIONES-DE-LA-SOCIEDAD-CIVIL.pdf
- Hispanics in Philanthropy. (2021). *Trata de Personas en México*. HIP. [https://hipfunds.org/wp-content/uploads/2021/07/Informe-Trata-de-personas-HIP\\_compressed.pdf](https://hipfunds.org/wp-content/uploads/2021/07/Informe-Trata-de-personas-HIP_compressed.pdf)
- LÓPEZ MARROQUÍN, Scherezada. (2019). “Desaparición, esclavitud y trata de personas: situación de las mujeres en México”. *Cuicuilco. Rev. cienc. antropol.*, 26(74).
- LÓPEZ TORRES, Nuria. (2015, marzo 6). “Tratadas. El negocio de la trata de mujeres en México”. *EL PAÍS*. [https://elpais.com/elpais/2015/02/03/planeta\\_futuro/1422991449\\_085843.html](https://elpais.com/elpais/2015/02/03/planeta_futuro/1422991449_085843.html)
- LUCEA SÁENZ, Ascensión. (2016). *El estado actual de la trata de personas: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Tesis de la Universidad de Zaragoza.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. (2016). “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”. *Derecho PUCP*, (76).
- NACIONES UNIDAS. (2000, noviembre 15). *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*. Palermo, Italia.
- NACIONES UNIDAS. (2004). *Convención de las Naciones Unidas para la Delincuencia Cibernética Transnacional y sus Protocolos*. Naciones Unidas. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-s.pdf>
- RANGEL ROMERO, Xochithl Guadalupe. (2020). “El tipo penal de trata de personas en México”. *Tlatemoani: revista académica de investigación*, 11(34).
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES. (2022). *Tratados Internacionales: Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Gobierno de México. [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=586&depositorio=0](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=586&depositorio=0)
- SILVA, Eva A., MANZANERO, Antonio L., BENGOA, Garazi y CONTRERAS María José. (2018). Indicadores de trata de personas en mujeres que ejercen la prostitución en locales de alterne de la Comunidad de Madrid (España). *Acción psicológica*, 15(1).
- THE A21 CAMPAIGN. (2022). *La trata de personas es la explotación de personas vulnerables por sus cuerpos y trabajo*. Human Trafficking. <https://www.a21.org/content/human-trafficking/gqeorc>
- TORRES FALCÓN, Marta. (2016). El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos. *Sociológica (México)*, 31(89).
- UNICEF. (2021, abril 19). *Hay nueve veces más niños, niñas y adolescentes migrantes en México en los últimos tres meses*. UNICEF. <https://uni.cf/3GvIUnx>
- UNODC. (2020). *Global report on trafficking in persons*. United Nations. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf)
- UNODC. (2020). *La Trata de Personas: Compra Venta de Seres Humanos*. UNODC. <https://bit.ly/3FVwB3K>
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos. (2018). “La Trata de personas como crimen transnacional”, en DONDE MATUTE F. Javier (Coord.) *Delitos Transnacionales*. Tiran Lo Blanch, INACIPE.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos. (n.d.).

“Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, III, UNAM, XXI.

Villalpando, Waldo. (2011). “La Esclavitud, el crimen que nunca desapareció: la trata de personas en la legislación internacional”. *Invenio: Revista de investigación académica*, 27.

**Anexo**

**Figura 1.** Mapa. Rutas identificadas por la sociedad civil en México

## ¿DE DÓNDE SON Y A DÓNDE VAN LAS VÍCTIMAS DE TRATA?

Rutas identificadas por las organizaciones de la sociedad civil en México<sup>5</sup>

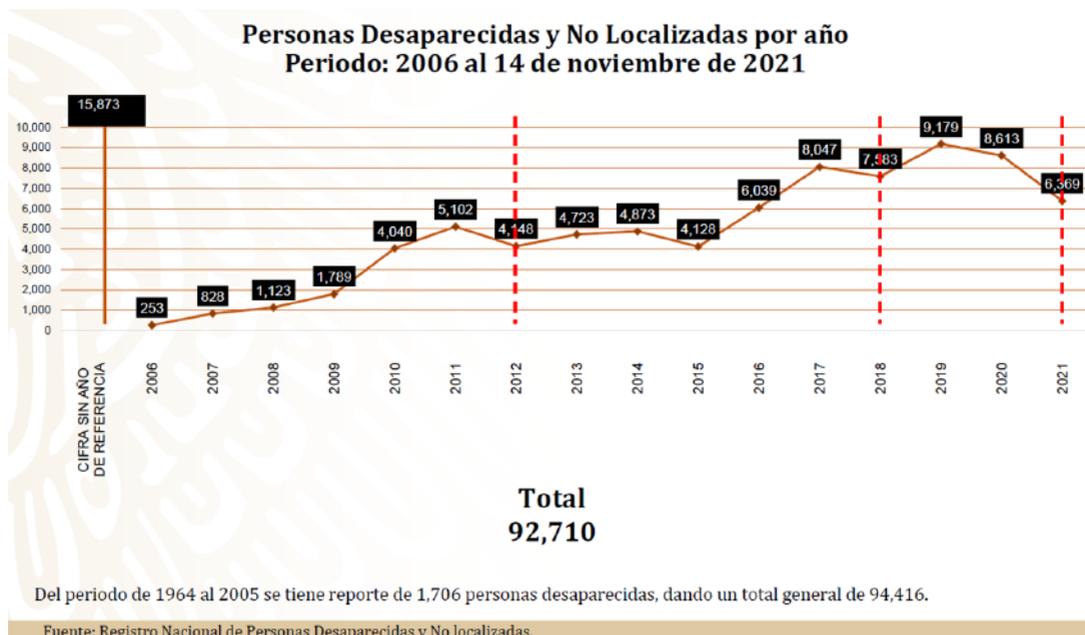


<sup>5</sup> En este mapa se exponen las rutas estatales y municipales que desde las OSCs se han identificado como lugares de origen y destino para las víctimas de trata en el país.

■ REGIÓN NORTE    ■ REGIÓN BAJÍO  
 ■ REGIÓN CENTRO    ■ REGIÓN SUR

Fuente: Hispanics in Philanthropy (2017: 17)

Figura 2.



Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



# El modelo integrado de ciencia penal frente al populismo penal

*The Integrated Model of Criminal Science  
in the Face of Penal Populism*

• **Manuel Vidaurri Aréchiga** •

Profesor-investigador de la Universidad La Salle Bajío. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Miembro correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Investigador Nacional del CONAHCYT (nivel I). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4639-2535>. Contacto: [mvidaurri@lasallebajio.edu.mx](mailto:mvidaurri@lasallebajio.edu.mx)

El modelo integrado de ciencia penal frente al populismo penal

*The Integrated Model of Criminal Science in the Face of Penal Populism*

• Manuel Vidaurri Aréchiga • Universidad La Salle Bajío

**Fecha de recepción**

15-08-2024

**Fecha de aceptación**

03-09-2024

### **Resumen**

Se presentan, en este texto, algunas reflexiones en torno a las aportaciones que se derivan del saber empírico (criminológico), el saber normativo (la dogmática penal) y la política criminal, como partes sustantivas del modelo integrado de ciencia penal frente a la tendencia político criminal denominada populismo penal, enfatizando la necesidad de una política criminal basada en evidencias.

### **Palabras clave**

Populismo penal, dogmática penal, criminología, política criminal.

### **Abstract**

This text presents some reflections on the contributions derived from empirical knowledge (criminological), normative knowledge (penal dogmatics) and criminal policy, as substantive parts of the integrated model of criminal science in the face of the criminal political trend called penal populism, emphasizing the need for evidence-based criminal policy.

### **Keywords**

Penal populism, penal dogmatics, criminology, criminal policy.

## Sumario

1. El populismo penal. / 1.1. Concepto de populismo. / 1.2. Concepto de populismo penal. / 1.3. Notas distintivas. / 2. Algo sobre el modelo integrado de ciencia penal. / 3. Saber empírico y saber normativo: saberes complementarios. / 4. Necesidad de la dogmática y de la criminología en la labor legislativa. / 5. Hacia una política criminal basada en evidencia (criminológica). / 6. La dogmática penal, criminología como valladares contra el populismo punitivo. / 7. El legislador (científico) frente al populismo punitivo. / 8. Bibliografía.

### 1. El populismo penal

#### 1.1. Concepto de populismo

Según Ludovico Incisa, el concepto de populismo hace referencia a las fórmulas políticas por las cuales el pueblo es fuente principal de inspiración y objeto constante de referencia. El mismo autor admite la ambigüedad o polisemia del concepto, razón por la que presenta algunas definiciones que dan cuenta de lo anterior; por ejemplo, para Peter Wills, el populismo “es todo credo y movimiento basado en la siguiente premisa fundamental: la virtud reside en el pueblo auténtico que constituye la mayoría aplastante y en sus tradiciones colectivas”, mientras que para Edward Shils, el populismo se basa en dos principios: “la supremacía de la voluntad del pueblo y la relación directa entre pueblo y liderazgo”.<sup>1</sup>

Luego, expone Incisa, el concepto de pueblo al que se hace referencia como fuente y objeto del populismo es entendido por esta

tendencia como un conjunto social homogéneo y como depositario de valores positivos, específicos y permanentes. En oposición al pueblo, se habla del *no pueblo*, representado en el interior de la sociedad,

[...] no sólo por una élite cosmopolita o imperialista [...] o por una élite plutocrática [...] sino también por sectores de las masas populares como por ejemplo los movimientos de clase, considerados portadores de ideologías o valores extraños o incongruentes respecto de los valores genuinos de la tradición popular autóctona”, [más aún, el no pueblo] es visto bajo una luz demoníaca, como un núcleo conspirativo, como una suerte de conjura permanente y de proporciones universales.<sup>2</sup>

La perspectiva dualista amigo/enemigo, pueblo/no pueblo es consustancial al populismo. De un lado, el pueblo bueno, sabio y honesto y, de otro lado, los poderosos, los oligarcas, los enemigos.<sup>3</sup> Por lo demás, el

1 Ludovico Incisa, “Populismo”, en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, *Diccionario de Política*, México, 1ª edición en español, Siglo XXI, 1981, p. 1281.

2 *Idem.*

3 Véase Edgar Ramón Aguilera García y Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda, “Populismo penal (antigarantista y garantista) e investigación

concepto de populismo es utilizado lo mismo por gobiernos de izquierda que de derecha. Se usa peyorativamente, por decirlo de este modo, como elemento arrojadizo de un grupo frente a otro. Denominar a un político o líder como *populista* implica considerarle animador de posiciones extremas, polémicas, falaces,<sup>4</sup> y en no pocos casos, como un agente alertador del “complot comunista” o “complot imperialista”,<sup>5</sup> o similares, según sea el caso.

Aguilera García y Elizalde Castañeda, apoyándose en Charaudeau, perfilan aspectos significativos por ellos denominado po-

pulismo político, de manera que el discurso populista suele utilizarse para:

- a. representar una descripción desastrosa de la situación social, donde la víctima es el pueblo;
- b. denunciar y perseguir a los presuntos culpables de la situación catastrófica y causantes de todos los males sociales —la clase política, las élites, algunas instituciones, etcétera—;
- c. la exaltación de ciertos valores, que contradicen otros valores;
- d. propiciar la aparición de un personaje visionario y carismático que, aparte de romper con el pasado, puede poner solución a todos los problemas que aquejan al colectivo.<sup>6</sup>

En similar sentido, Hawkins y Rovira sostienen que el discurso *populista exhibe tres elementos*:

- a) una concepción maniquea del mundo, donde todo puede reducirse a una lucha permanente entre el bien y el mal; b) una concepción de “pueblo” en la que adopta la forma de una comunidad homogénea y virtuosa; y c) una élite, corrupta y viciosa por definición, en conflicto permanente con el “pueblo”.<sup>7</sup>

---

del delito”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, p. 304.

4 Alejandro Nava Tovar, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, INACIPE-Zella, Ciudad de México, 2021, p. 10, ilustra el punto al mencionar que el uso del concepto sirve lo mismo para describir a presidentes o estrategias políticas o económicas de izquierda (en Latinoamérica), o presidentes (de derecha) en Europa, así como presidentes de los Estados Unidos, de uno u otro signo. Al respecto, Raúl Ruiz Canizares, Omar Vielma Luna y Israel Covarrubias González, en su texto “Populismo y Derecho pena simbólico. Elementos para repensar la justicia en el Estado de Querétaro”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 426, mencionan como líderes de la política internacional ubicables en esta tendencia a Donald Trump (Estados Unidos), Vladimir Putin (Rusia), Recep Tayyip Erdogan (Turquía), Marine le Pen (Francia), Evo Morales (Bolivia), Nicolas Maduro y Hugo Chávez (Venezuela), Cristina Kirchner (Argentina), Rafael Correa (Ecuador), Andrés Manuel López Obrador (México).

5 Ludovico Incisa, *op. cit.*, p. 1283.

---

6 Edgar Ramón Aguilera García y Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda, “Populismo...”, *op. cit.*, p. 303-304.

7 Citado por Alejandro Monsiváis Carrillo, “¿Es AMLO populista?”, *Observatorio de la democracia*, (14 sep. 2020) [En línea]: <https://demoi.laoms.org/2020/09/14/amlo-populista/> (consultado el 12 de octubre de 2023).

Tales son, de plano, elementos perfectamente identificables en muchos de los liderazgos políticos del continente.

Como ya se había señalado, la condición polisémica del concepto de populismo propicia una amplitud de reflexiones y análisis que escapan a los intereses de este trabajo. No obstante, es ineludible enunciar algunas de sus características distintivas, algunas de las cuales pueden incidir en el populismo punitivo, como una de sus derivaciones. Así pues, el populismo político:

- Crea un enemigo, generador de todos los males que aquejan al conglomerado.
- Denosta la democracia representativa, resquebrajando las instituciones que la sustentan.
- Establece una confrontación del tipo amigo/enemigo, pobre/rico, buenos/malos, víctimas/victimarios.
- Asume la existencia de un líder, carismático, sincero, valiente y, sobre todo, un salvador que enfrenta la corrupción, la desatención de gobiernos del pasado.
- Ensalza al pueblo, del que se producen arquetipos indispensables para el discurso (pueblo bueno, pueblo sabio, el pueblo pobre y noble, etcétera).
- Se sustenta en el miedo y el desprecio de quienes están en el bando contrario.

## 1.2. Concepto de populismo penal

En la obra colectiva *Indagaciones en torno al populismo penal en México*,<sup>8</sup> un importante grupo de expertos del país formuló una serie de consideraciones acerca del significado y manifestaciones legislativas de esta tendencia político criminal tan socorrida en nuestro medio,<sup>9</sup> aunque no de manera exclusiva.<sup>10</sup>

8 Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, es donde pueden conocerse las perspectivas brindadas por expertos de instituciones académicas y profesionales de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Ciudad de México, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

9 Señala Rogelio Barba Álvarez, “Consideraciones sobre el populismo penal en el Estado de Jalisco”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 273, que el populismo penal es, al mismo tiempo, un discurso, una práctica punitiva, un método, un procedimiento o un movimiento de política criminal, que tiene características propias.

10 En este sentido, véase Andrés Gómez y Fernanda Proaño, “Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal?” *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 11, (marzo, 2012), pp. 117-122 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Quito, Ecuador, donde enfatiza Sozzo que “El populismo penal es una tendencia muy importante en la política penal contemporánea” (...), p. 120, [en línea]: <https://www.redalyc.org/pdf/5526/552656551011.pdf>, (22 de agosto de 2023). En España, entre otros, puede citarse el texto de Guadalupe Sánchez Baena, *Po-*

En términos generales, el señalado ejercicio académico permitió esclarecer al menos tres aspectos: definir populismo punitivo, identificar y analizar expresiones legislativas concretas y realizar un balance individual que, en su caso, apuntara hacia la mejor comprensión del tema.

Para algunos tratadistas, como Mejías Rodríguez,<sup>11</sup> el populismo punitivo surge en un contexto histórico, político y económico, resultado de las tendencias políticas neoliberales, por ende, con una visión conservadora e hiperideologizada, que trata de conciliar el activismo y la influencia de grupos y organizaciones que aunque no tienen una vinculación o cercanía con los asuntos jurídico penales, sí expresan su desconfianza en

la clase política y los procesos políticos, se pronuncian en contra de la inseguridad y se muestran preocupados por las nuevas manifestaciones delictivas y por la influencia de los medios de comunicación, amén de la participación cada vez más activa de las víctimas del fenómeno criminal.

Como puede comprenderse, el ambiente social es propicio para el surgimiento de respuestas del estilo populista. Ahora bien, en la búsqueda de una conceptualización más precisa, es pertinente aclarar las diferencias entre populismo penal, populismo punitivo y populismo autoritario.

Orellana Wiarco sostiene que sí existen diferencias entre *populismo penal* y *populismo punitivo*, donde el primero denota la creación de nuevas figuras típicas, incremento de conductas punibles, como variantes de otras ya existentes, el endurecimiento de las normas procesales que impiden la investigación de los delitos con sus presuntos autores en libertad, o el establecimiento de medidas limitantes de derechos procesales (que el autor encuadra en el concepto de derecho penal del enemigo); y el populismo punitivo, que se traduce en aumento de penas, o la reducción de beneficios penitenciarios, ambos conceptos prefiere concentrarlos en el genérico de populismo del sistema penal.<sup>12</sup>

Por nuestra parte, asumimos que ambos conceptos describen una tendencia en la que caben las acciones descritas por Orellana Wiarco, de modo que pueden ser entendidas

---

*pulismo punitivo. Un análisis acerca de los peligros de aupar la voluntad popular por encima de leyes e instituciones*, Paneta, Deusto, 2020; también en España, de Demelsa Benito Sánchez, *Evidencia empírica y populismo punitivo*, Bosch editor, España, 2020 y en Colombia, véase de Daniela Alejandra Guzmán Moya, “El populismo punitivo: una mirada en Colombia”, en línea: [https://www.researchgate.net/publication/335133343-El\\_populismo\\_punitivo\\_una\\_mirada\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/335133343-El_populismo_punitivo_una_mirada_en_Colombia)

11 Carlos Alberto Mejías Rodríguez, “El delito de ciberacoso: una expresión del populismo penal en el Código penal del Estado de Puebla”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, op. cit., p. 406. Para Francisco Galván González, “La militarización de la seguridad pública y la investigación del delito. Una respuesta de populismo penal”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, op. cit., p. 466, afirma que el populismo penal o punitivo reconoce un antecedente que se remonta al pensamiento del penalista vienés Franz von Liszt.

---

12 Octavio Alberto Orellana Wiarco, “Populismo penal y Guardia nacional”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, op. cit., p. 152; en un sentido similar, se expresan Edgar Ramón Aguilera García y Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda, op. cit., p. 305.

como sinónimos.<sup>13</sup> Cosa distinta, en efecto, sería hablar de *populismo autoritario* que es entendido como la “imposición de un nuevo régimen de disciplina social, en la que el gobierno coloca su propio sello antiliberal sobre el castigo”.<sup>14</sup>

Por lo que respecta al origen del concepto, una primigenia formulación suele adjudicarse a Anthony Bottoms, quien lo presenta en un texto propio titulado *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, donde precisa que tal noción alude a los políticos que buscan obtener ganancias electorales valiéndose del uso de medidas de naturaleza político criminal, argumentando que el incremento de las penas produciría una reducción en la estadística delictiva.<sup>15</sup>

Bottoms no será, por supuesto, el único tratadista que lanza una definición del concepto, pues también se cuenta con la propuesta por Denis Salas,<sup>16</sup> quien lo contempla como una estrategia impulsada por actores políticos justo cuando se presentan proble-

mas de inseguridad, con miras a tranquilizar al colectivo generando para tal objetivo medidas legislativas que endurecen o agravan las penas, aunque luego tales medidas no tengan realmente un impacto en la prevención o disminución de la criminalidad.

Por nuestra parte, hemos apreciamos que el populismo punitivo consiste en:

medidas legislativas adoptadas por la clase política para, presuntamente, satisfacer demandas (reales o ficticias) de la ciudadanía. Generalmente, son medidas legislativas consistentes en incrementar las sanciones jurídico-penales y formular nuevas tipificaciones penales, denotando un uso abusivo del Derecho penal, básicamente con el objetivo de obtener votos y satisfacer los intereses de un partido político o de un grupo social en particular.<sup>17</sup>

### 1.3. Notas distintivas

La tendencia de que se viene hablando en este texto presenta algunas características, entre las que destacan las siguientes:

- a) Proclividad excesiva a la generación de conductas típicas, engrosando los catálogos penales, fenómeno identificado también como expansionismo penal.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> En similar sentido, Francisco Galván González, “La militarización de la seguridad pública y la investigación del delito. Una respuesta de populismo penal”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, op. cit., p. 465.

<sup>14</sup> Carlos Alberto Mejías Rodríguez, op. cit., p. 406.

<sup>15</sup> Anthony Bottoms citado por Alejandro Nava Tovar, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, op. cit., p. 5, de la edición de Chris Clarkson, y Rob Morgan (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Oxford, 1995, p. 17-49.

<sup>16</sup> Citado por Eduardo Jorge Prats, *Los peligros del populismo penal, República dominicana*, Ius Novum, República, 2011, p. 17; Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, París, 2005.

<sup>17</sup> Manuel Vidaurri Aréchiga, *Vademécum de Criminología*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018, p. 96, voz: Populismo penal.

<sup>18</sup> Fenómeno del que se ha ocupado, entre otros, Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999. En el marco de esta ex-

- b) Elevación de las sanciones jurídicas a los delitos preexistentes.<sup>19</sup>
- c) Establecimiento de sanciones elevadas para los nuevos tipos penales.<sup>20</sup>
- d) Uso electoral del derecho penal.<sup>21</sup>
- e) Se aparta de los derechos humanos.<sup>22</sup>
- f) Asume como su fundamento el clamor social, la exigencia legítima de brindar seguridad<sup>23</sup> al pueblo.<sup>24</sup>

plicación, se alude a las llamadas sociedades del riesgo, que ha conducido a un derecho penal de la peligrosidad, donde no se habla más de la afectación real de bienes jurídicos, sino de su mera puesta en peligro (generándose las categorías de delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto). Un desarrollo más amplio sobre el tema puede verse en Luis Felipe Henaó Cardona y Gustavo Balmaceda Hoyos, *Introducción al Derecho penal de la sociedad postindustrial*, Biblioteca Jurídica, DIKE, Medellín, 2006, en especial el Capítulo I, “Sociedad del Riesgo y Derecho penal”, p.109 y siguientes. En nuestro medio, véase Nimrod Mihael Champo Sánchez, *El Derecho penal de la sociedad de riesgo*, UBIJUS, México, 2019 y Edgar Iván Colina Ramírez, *Derecho penal del Riesgo. Un estudio desde su legitimación*, Editorial Flores, México, 2015. Por todos, Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

- 19 Existe amplia coincidencia en los tratadistas del tema en señalar que esta es una característica distintiva del populismo penal, entre otros, véase Julio César Romero Ramos, “Anotaciones sobre el populismo penal en el Estado de Nayarit”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 372.
- 20 Numerosos ejemplos de esto pueden verse en las diversas aportaciones contenidas en el multicitado texto de Manuel Vidaurri Aréchiga, (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*
- 21 La asunción de que el populismo penal obedece a motivaciones de naturaleza político electoral está presente en innumerables conceptualizaciones, así por ejemplo en el planteamiento de Edgar Ramón Aguilera García,

y Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda, *op. cit.*, p. 305, donde proponen entender al populismo penal como “la práctica de promover y/o tomar ciertas medidas predominantemente legislativas a los efectos de, al menos, aparentar que la política criminal (...) se ajusta a lo que, en un momento dado —y por razones que esencialmente tienen que ver con ganar adeptos para fines electorales y/o con hacer crecer el bono de legitimidad (real o percibida) del que se dispone— conviene presentar como el clamor popular (clamor que, en no pocas ocasiones, es exaltado por los medios de comunicación)”.

- 22 Enfáticamente así lo considera Octavio Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 151, donde afirma “en el populismo los derechos humanos son contemplados en ocasiones como una *rémora* de políticas neoliberales”.
- 23 Entre otros, véase Yohana Guadalupe Basulto Arroyo, y Marcela del Carmen Polanco Colli, “El populismo del Derecho penal. La significación de racionalizar el poder punitivo del Estado”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 87.
- 24 Al ocuparse del populismo penal, Ilse Carolina Torres Ortega, “Populismo penal: la paradoja de la impunidad”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 296, lo aprecia como una ideología que “apela al pueblo para generar la creencia de que el Derecho penal (...) responde a un modelo que protege los intereses de los enemigos del pueblo” (...) el populismo penal “reivindica que el Derecho penal tiene que ser el reflejo de las preocupaciones genuinas del pueblo (...) y no un recurso de protección de otros intereses (por ejemplo, de los delincuentes)”.

- g) Tiene impacto en la política penitenciaria.<sup>25</sup>
- h) Se vale de la influencia de los medios de comunicación.<sup>26</sup>

En un intento de recapitulación, a partir de las características anotadas, el populismo penal supone un discurso de naturaleza política, aplicado al ámbito de lo criminal, sustentado en el malestar y reclamo social por la inseguridad con la que transcurre la cotidianidad. La nota distintiva consiste en el uso —desmedido— del derecho penal, mediante el engrosamiento del catálogo de tipos penales, a los que asocia con sanciones excesivas. En

---

En tanto es entendido como un discurso, en el populismo penal se apela al pueblo y sus necesidades y reclamos, en el caso mexicano, a la falta de seguridad, punto que es sostenido igualmente por Miguel Ángel Rodríguez Vázquez y Manuel Valadez Díaz, “Expresiones del populismo penal en el Estado de Durango”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 191.

- 25 Sobre el particular, en una interesante revisión del concepto del “otro” (el delincuente), y la intervención del Estado desde la política penitenciaria, véase José Ángel Méndez Rivera, “Populismo penal. Ética del consenso y alteridad penitenciaria”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones...*, *op. cit.*, p. 171.
- 26 Jesús Vaca-Cortes, “Violencia, Justicia mediática y populismo penal en Chihuahua”, en Manuel Vidaurri Aréchiga (dir.), *Indagaciones... op. cit.*, p. 123, sostiene literalmente que: “Todo populismo penal es populismo mediático (...) muchos jueces son aliados incondicionales de los medios y sus decisiones están fundamentadas en la balanza de la opinión pública que indica sobre quien recae la presunción de culpabilidad”.

general, implica una medida orientada por intereses electorales, valiéndose para todo lo anterior del efecto e influencia que en el seno social producen los medios de comunicación.

El incremento en la percepción de inseguridad facilita que el discurso populista, en especial el que acude al derecho penal, resulte de fácil acogida por la población, quien ante la oferta —oportunista, todo sea dicho— asume que la creación de tipos penales, el aumento en el *quantum* de las penas o la reducción de beneficios penitenciarios resolverán, de algún modo, la situación. No es de extrañar, pues, que la oferta política de atender la problemática delictiva con el recrudescimiento de la respuesta penal sea una constante más que frecuente. En este sentido, resulta perverso, por decirlo de algún modo, el uso que del miedo<sup>27</sup> al delito realiza la clase política, pretendidamente con el propósito de proteger al colectivo.

Según el Diccionario de Real Academia Española, el miedo sería en una primera acepción, *la angustia por un riesgo o daño real o imaginario*, pero también se le entiende como *el recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda algo contrario a lo que desea*. Al respecto, con base en la definición de miedo anotada, no resulta complicado relacionar delito, violencia e inseguridad con miedo y daño. Se trata, pues, de un miedo a un daño conocido, derivado de una experiencia propia, conocida o adquirida culturalmente, como explican

- 
- 27 Un análisis amplio y esclarecedor sobre el tema puede verse en Ramón J. Moles Plaza, y Anna García Hom, *Manual del miedo. Un análisis socio-jurídico*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, España, 2022, quienes explican el contenido y la construcción social del denominado “riesgo construido”.

Moles y García Hom.<sup>28</sup> Luego, si el populismo penal busca *enfrentar* el sentimiento de inseguridad (expresivo del miedo social al delito), puede entenderse como una herramienta, un recurso gubernamental para la gestión del miedo. Recurso del que más valdría no echar mano, sobre todo al saber que no es, en efecto, la mejor alternativa de solución posible.

En suma, la gestión del miedo social al crimen, la violencia, la inseguridad y el abuso, reclamarían medidas de política criminal realmente efectivas, y no subterfugios o engañosas como las que encarna el populismo penal.

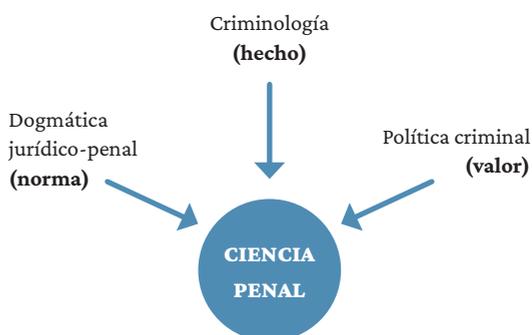
## 2. Algo sobre el modelo integrado de ciencia penal

La complejidad del fenómeno criminal claramente nos indica que no es posible que sea abordada desde una sola perspectiva.<sup>29</sup> Al menos desde la perspectiva personal, estamos convencidos de que el abordaje de esta problemática debe realizarse desde diferentes perspectivas. Desde la óptica criminológica se ha llegado, entre otras, a una conclusión importante: el problema criminal es de naturaleza multifactorial. Luego entonces, su estudio, revisión, análisis y evaluación, no puede menos que realizarse con el concurso de diferentes disciplinas.

Se sostiene en este trabajo que para enfrentar la tendencia al populismo penal es necesario echar mano de las aportaciones

que ofrecen la dogmática jurídico-penal, la criminología y, con base en las contribuciones de ambas disciplinas, orientar la política criminal por derroteros distantes a los del populismo penal. La decisión político-criminal no puede ignorar principios constitucionales ni legales, pero tampoco puede menospreciar las explicaciones criminológicas y las propiamente dogmáticas.

Santiago Mir Puig<sup>30</sup> identifica el modelo de la estructura tridimensional del derecho, según el cual se puede distinguir una dimensión jurídica, en este caso representada por la dogmática penal, una dimensión fáctica, encarnada en la criminología y una dimensión valorativa, de la que se ocupa la política criminal. Si este modelo se aplica a la ciencia penal podríamos apreciarlo en su expresión gráfica, véase figura 1.



Nos hemos adherido a este esquema desde hace algún tiempo. No solo por su claridad y conveniente respaldo para las tareas académicas, sino también porque, aunque

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>29</sup> Sobre el modelo integrado de ciencia penal, véase Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, p. 7 y siguientes.

<sup>30</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 53.

podiera parecer demasiado simplificado, nos ofrece una idea lo suficientemente adecuada para reconducir la tarea de cada una de las dimensiones que la componen, toda vez que las contemplamos como partes de un todo, y donde se implican entre sí.

Como se observa, la criminología ocupa un lugar central, lo que denota su capacidad de interaccionar entre la dogmática y la política criminal. Si bien, la criminología nutre a la dogmática penal, la política criminal encuentra en ambos saberes argumentos que le pueden dotar de racionalidad y, mejor aún, de eficacia.

Racionalidad, en la medida que la actividad dogmática penal permite realizar una interpretación de la ley, con lo que es posible la obtención de criterios objetivos válidos, acordes incluso con la teleología normativa.<sup>31</sup>

También procede sistemáticamente, con lo que se facilita la comprensión integral de la probable solución al problema planteado, y también alienta el desarrollo de la evaluación crítica del contenido y propósitos presuntos de la norma jurídica. Interpretar, sistemati-

zar y evaluar críticamente serían, pues, actividades que el jurista realiza y con base en las cuales se alcanzan los criterios adecuados para la aplicación de la ley, pero no solo el jurista (juez, fiscal, defensor, académico), sino que también el legislador, el creador de la norma obtiene de la actividad dogmática las razones técnicas indispensables para el cumplimiento de su importante labor.

Por otra parte, la eficacia de la política criminal se logrará en la medida que antes de tomar una decisión (bien sea legislativa, asistencial o preventiva), se verifica si la opción elegida es la que está en condiciones de alcanzar los propósitos precisados. Es asumible la consideración de la política criminal es, realmente, un sistema para la toma de decisiones.

Quienes tienen a su cargo la definición de las líneas de acción político-criminales (entre los que están legisladores y autoridades gubernamentales) aparte de ocuparse de la correcta y precisa identificación del problema a resolver, deberán atender un riguroso cuestionario que, entre otras preguntas debería responder si tal o cual medida, acción y estrategia, es la más adecuada y pertinente para la atención del conflicto en particular. Desde luego, sus respuestas no podrán dejar de lado las prescripciones normativas (constitucionales, legales y las contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos), así como tampoco deberían de desentenderse de las consideraciones científicas que tienen al respecto las disciplinas jurídicas y criminológicas.

Son perfectamente atendibles las afirmaciones de Zaffaroni cuando se refiere a la necesidad de la interdisciplinariedad. Textualmente, sostiene el profesor argentino que:

Cada disciplina tiene su propio horizonte de proyección construido conforme a cierta

<sup>31</sup> Jean Pierre Matus Acuña, *La ley penal y su interpretación*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 33, quien al respecto enfatiza lo siguiente: “el aplicador, en nuestro sistema, el Fiscal del Ministerio Público y el Juez, llamados a tomar decisiones con fuerza obligatoria acerca de si un hecho determinado puede considerarse o no uno de los casos comprendidos en una disposición penal, no sólo ha de interpretar dicha disposición, sino también ha de *decidir la aplicación o no al caso concreto de la proposición normativa resultante de su propia interpretación o de alguna de las ofrecidas por el resto de los intérpretes, sin capacidad de decisión en el caso concreto*” (cursivas en el original).

funcionalidad, sin lo cual le sería imposible interpretar un ámbito de la realidad (paraje óptico), dado que desconocería cuál es ese paraje y el objetivo para el que quiere ser interpretado (...) cuando en su conocimiento interdisciplinaria el horizonte del saber penal se roza con otros, es correcto referirse a *saberes tangentes*; y cuando se superpone con otros, a *saberes secantes*. Estos tocamientos o superposiciones con otros saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o en prejuicio.<sup>32</sup>

Con base en estas consideraciones, el destacado jurista y criminólogo, hace anotaciones precisas acerca de la interdisciplinaria del derecho penal con la criminología

y con la política criminal, aparte de otras materias. Respecto de la vinculación con la criminología precisa que debe contemplarse como un saber complementario, revelando una interesante conceptualización de la criminología a la que visualiza como “el conjunto de conocimientos, de diferentes áreas del saber, aplicados al análisis y la crítica del ejercicio del poder punitivo, para explicar su operatividad social e individual y cómo es posible reducir sus niveles de producción y reproducción de la violencia”.<sup>33</sup> Vista así, coincide con nuestra postura de asignar a la Criminología el papel de conciencia crítica del sistema penal.

Hay coincidencia, pues, en lo que Zaffaroni y sus colegas piensan y declaran al señalar la necesidad de fortalecer la integración interdisciplinaria sobre una base “agnóstica o negativa del poder punitivo que sea capaz de receptar los elementos y datos que proporcione la sociología y la criminología, especialmente acerca de la operatividad real del poder punitivo” no se puede “prescindir de los datos que le proporcione la criminología acerca de la realidad social de ese poder punitivo, de su violencia, de su selectividad, de sus efectos interactivos, deteriorantes, potenciadores de conflictividad.”<sup>34</sup>

Por otra parte, al ocuparse de la interdisciplinaria del derecho penal con la política criminal, sus planteamientos adquieren especial sentido para nuestro trabajo. De entrada, sostiene que la política criminal debe abarcar la valoración de la estructura del sistema penal y de la política institucional, dejándonos saber su idea de que la política

32 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2001, p. 146; por su parte, Antonio García Pablos De Molina, argumenta positivamente en torno a la conveniente aproximación del derecho penal a la realidad, no sin reconocer las limitaciones de la metodología interdisciplinarias, especialmente cuando se tiene claro que el ámbito específico del derecho penal no es el del “ser”, sino del “deber ser”; agrega que ante la distancia prevaleciente por muchos años del derecho penal con la realidad social, resulta “imprescindible una actitud realista, crítica, desmitificadora y prudente. Cada vez somos más conscientes de la necesidad de volver los ojos a las ciencias empíricas para dar contenido material a las categorías del sistema”, esto dicho en su *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 543.

33 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 157.

34 *Idem.*

criminal es o debería ser considerada como un campo especializado de la ciencia política, de la que, por cierto, el derecho penal se ha mantenido indiferente.

Al revelar Zaffaroni su idea de que la política criminal podría ser una rama de la ciencia política, se revela la necesidad de que los penalistas superen el reduccionismo normativo en el que frecuentemente se hayan inmersos.<sup>35</sup> Desde este punto de vista, admite el tratadista invocado, que el actual Estado de derecho se ve amenazado por un “crecimiento ilimitado del aparato punitivo”, especialmente sus agencias ejecutivas y penitenciarias, y ante esta situación, la política criminal y la ingeniería institucional penal constituyen saberes fundamentales para la defensa y fortalecimiento del Estado de derecho, y por eso concluye diciendo “la política criminal es resultado de la interdisciplinariedad del derecho penal con la ciencia política y en especial con la ingeniería institucional”.<sup>36</sup>

La perspectiva personal de la ciencia penal actual y su desarrollo nos indica que las bases de sustentación de la misma se ubican en los saberes propios de la dogmática jurídico-penal y la criminología, y encuentran su cauce a través de la política criminal.

35 *Ibid.*, p. 148.

36 *Ibid.*, p. 149, donde exponen lo siguiente: “Es función de la ciencia política precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales y, por tanto, notificar al dogmático y al juez las consecuencias reales de lo que el primero propone y el segundo decide, como también informarle acerca del sentido político general del marco de poder en que toma la decisión que puede ser liberal o autoritario, garantizador o policial, es decir, reforzador o debilitante del Estado de Derecho”.

### 3. Saber empírico y saber normativo: saberes complementarios

Lejos han quedado los tiempos en los que se consideraba que la criminología absorbería al derecho penal. No existe ya más esa idea de supremacía de una disciplina por sobre la otra. En la actualidad, entre uno y otro saber existe una relación de complementariedad. Al menos en el plano académico, esta es la lógica con la que se observa la existencia de una disciplina que desde sus análisis empíricos nutre u orienta la configuración normativa.

Con base en la criminología es posible alcanzar un conocimiento del autor y de la víctima del delito. Su capacidad analítica está en condiciones de brindar explicaciones de las motivaciones del autor del delito, pero también puede explicar aquellos aspectos que han colocado a la persona en situación de ser victimizada. Y aunque en términos generales el derecho penal se ha configurado para ocuparse del delincuente,<sup>37</sup> se vislumbran ya inserciones de naturaleza criminológicas en los ordenamientos legales que aprecian la participación de la víctima en el delito, amén de tenerle como destinataria de las medidas reparatorias conducentes. Se ha pasado de un interés primigenio, casi exclusivo, en la figura del delincuente, para incrementar el interés en la otra parte de la llamada pareja criminal, es decir, la víctima.<sup>38</sup> Ciertamente, en princi-

37 Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 38.

38 Pastora García Álvarez, *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 25 y siguientes; el concepto de *pareja criminal* o *pareja penal* se adjudica a Mendelsohn, así lo indica Luis Rodríguez Manzane-

pio considerar a la víctima tenía propósitos de mera salvaguarda y protección, pero tal visión se ha venido ampliando al considerarle como alguien que en mayor o menor medida participa en la comisión de delito.

En la orientación contemporánea del derecho penal y de la criminología, los protagonistas del conflicto (víctima y victimario) ocupan un lugar de gran relevancia en el saber criminológico y normativo. De hecho, desde la orientación criminológica tanto autor como víctima serían algo así como el punto de partida para la elaboración de explicaciones teóricas. La dogmática penal, actúa tratando de ubicar sistemáticamente el comportamiento del autor y su relevancia para el bien jurídico, nivel de afectación de este, la forma de actuación en el hecho, la consecuencia jurídica aplicable (pena o medida de seguridad), por ejemplo, serían aspectos que desde la teoría jurídica del delito adquieren trascendencia. Mientras que la criminología, con enorme arsenal teórico sobre la criminalidad, sus causas y factores desencadenantes, ofrecería insumos pertinentes para instrumentar medidas preventivas.

Con base en el dato criminológico es perfectamente posible llegar a una comprensión más amplia del fenómeno criminal. Esto en virtud de la amplitud de visión que caracteriza a la disciplina. Mientras que la realidad aparece para el jurista mediante la tipificación legislativa, para el criminólogo la realidad no se circunscribe a una definición formal, sino a situaciones reales, producto de la interacción social, o la influencia de las específicas circunstancias del individuo. Mientras que la esencia de lo jurídico es la

del *deber ser*, la del criminólogo es la del *ser*. El hecho incontrovertido de que tanto la dogmática penal, como la criminología, y la política criminal tengan perfectamente definidos sus objetos y métodos de estudio, así como resulten claramente identificables las aportaciones específicas, no impide que aun y cuando sean disciplinas autónomas, encuentre las vías de conexión e interdependencia. El delito o la conducta antisocial no es terreno privado para ninguna de las disciplinas mencionadas. Por el contrario, su análisis, explicación y evaluación, requieren de su observación disciplinar.

Se tiene la convicción personal de que juristas y criminólogos se ven recíprocamente relacionados en sus afanes particulares. En esa visión de integralidad que se pregona en este texto, es inimaginable que el derecho penal vaya por una ruta lejana a la de la criminología, por más que sus objetivos sean diversos. Llega un punto en el que sus vínculos resultan imprescindibles. Muy atinadas son las palabras de Velásquez quien sentencia: “es válido plantear que la Criminología sin la Política criminal es ciega y corre el riesgo de ser manipulada por las clases dominantes, y la Política criminal ofrece la respuesta a la necesidad sentida por la dogmática penal de transformar el Derecho penal, aunque pasando por el filtro verificativo y crítico de la Criminología e incluso de la victimología”.<sup>39</sup>

Con fundamento en los estudios criminológicos, especialmente los que se orientan por la tendencia de la criminología crítica, se entiende la existencia de las normas penales emanadas de un determinado sistema social, y que son al mismo tiempo portadoras de una ideología específica e intereses particu-

ra, *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México, 4ª edición, 1998, p. 128.

39 Fernando Velásquez Velásquez, *op. cit.*, p. 18.

lares. Esto dicho no es algo menor o insignificante, pues revela a las claras los objetivos de dominación y control que una clase quiere ejercer sobre otra. Al tener esta claridad, la configuración del derecho penal puede reconducirse, con intervención de la mejor política criminal (a saber, la de corte democrático), por derroteros menos invasivos de la libertad del ciudadano. Un derecho penal de base democrática no puede descuidar la idea de dignidad de la persona, no puede tampoco abusar de su poderío imponiendo penas draconianas que añaden al castigo penal mismo, un sufrimiento intolerable e injustificado a la luz de los derechos humanos.

Cabe decir que la dogmática jurídico-penal, la criminología y la política criminal, en definitiva, constituyen un auténtico frente interdisciplinar desde el cual se enfrenta a la criminalidad. Puede decirse que conforman una unidad funcional donde cada una de las partes realiza una tarea específica. Así, mientras la criminología informa sobre los factores detonantes o condicionantes de la criminalidad, la dogmática determinará los criterios técnico-jurídicos que sirvan para establecer la responsabilidad penal del autor del delito, y queda para la política criminal definir las estrategias, acciones y medidas con las que pueda orientarse, controlarse o, en su caso reprimirse la acción criminal.

#### **4. Necesidad de la dogmática penal y de la criminología en la labor legislativa**

Las referencias al legislador en este trabajo han sido frecuentes. Esto obedece a la función que realiza y que, en buena media, representa el origen de las medidas de populismo penal. Según pensamos, la creación legislativa, tarea compleja ciertamente, debe

privilegiar el conocimiento criminológico, además de orientarse por las directrices que configuran el modelo de Estado constitucional y democrático. La política criminal de un modelo de Estado como el mencionado tiene como fundamento el orden constitucional, preponderantemente, y los instrumentos de derechos humanos.

Si, como ya se ha dicho, existe una correspondencia directa entre modelo de Estado y tipo de derecho penal, del mismo modo puede decirse que en el marco de un Estado democrático, el perfil de sus legisladores debe reflejar la esencia constitucional y democrática de aquel tipo de Estado. Al tenor de lo dicho, una primera reflexión nos conduce a hablar del perfil ideal de legislador penal quien se muestra comprometido con el objetivo de dotar de racionalidad a los productos legislativos generados. Según nuestro parecer, el legislador penal debe ser consciente de la trascendencia de sus decisiones, las cuales como se sabe la mayoría de las veces son portadoras de serias restricciones a las libertades de los individuos y se traducen, por vía de la sanción, en limitaciones intensas a derechos y libertades.

Idealmente, el legislador no realiza (no debería) su tarea basándose en prejuicios, o atendiendo presiones mediáticas o consignas políticas pues, siempre en el plano ideal, es un portavoz de las reales necesidades de un colectivo y no un burdo fedatario de postulaciones políticas, ideológicas o de grupos de poder. En palabras de Claus Roxin, “hay muchas razones para entender que el legislador actual, aunque goza de legitimidad democrática, no puede incriminar algo sólo porque no le guste”.<sup>40</sup> El marco de actuación

<sup>40</sup> Claus Roxin, “¿Es la protección de bienes

legislativa se determina constitucional y legalmente, pero también deberá ajustarse a los principios limitadores del poder penal desarrollados por la doctrina y reconocidos en los textos legales.<sup>41</sup> Estos límites operan en la etapa legislativa propiamente dicha y sirven de marco regulador y limitador del poder de tipificación de conductas de que está dotado un legislador. Son límites materiales insoslayables, al modo de frenos al poder estatal en materia penal.

Estos principios limitadores deben tenerse siempre en cuenta a la hora del acto legislativo, especialmente por tratarse de principios materiales que cumplen, entre otras funciones, delimitar la función del legislador penal y orientar la actuación del juzgador, ofreciendo de esta forma al ciudadano una cortina protectora frente a eventuales excesos del Estado. Más aún, circundan el ámbito de lo penalmente prohibido y, por eso mismo sancionable. Hablar de principios limitadores del poder punitivo del Estado equivale a hablar de la propia legitimidad del derecho penal y del Estado mismo.<sup>42</sup>

---

jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, España, p. 443.

41 Principios de legalidad, tipicidad objetiva, exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, dignidad de la persona humana.

42 Véase Luis Alegre Zahonero y Clara Serrano García, *Legitimidad. Los cimientos del Estado social, democrático y de Derecho*, Ediciones Akal, España, 2020, donde ponen: “hay que tener en cuenta que no cualquier cosa que se pueda decidir democráticamente es ya propiamente Derecho. En efecto, el Derecho exige que haya siempre límites a lo que se

Dígase pues que la legitimación del derecho penal cual deriva del modelo fijado en la Constitución, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los tratados y pactos Internacionales suscritos con arreglo a la norma constitucional, instrumentos en donde se han residenciado algunos de los más importantes principios que regulan el poder penal estatal, cuya ausencia marcaría un indeseable déficit respecto de un derecho penal respetuoso de la dignidad y libertad humana.<sup>43</sup>

Por otro lado, vale hacer notar que el discurso del legislador penal es un discurso político en materia de criminalidad con el que

---

puede decidir pues, en definitiva, el objetivo irrenunciable es, en primer lugar, *encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado*. Así, por ejemplo, no se puede decidir que el sistema judicial condene a los inocentes inventando imputaciones falsas, o que establezca sanciones arbitrarias o caprichos. En efecto, la idea misma del Derecho marca límites infranqueables a la decisión y, por lo tanto, a la democracia”.

43 Esta orientación teórica y política reconoce antecedentes históricos situados en la segunda mitad del siglo XVIII, momento cumbre en la historia del derecho penal al surgir con luminosa fuerza ideas y postulados políticos que, por lo menos a nivel teórico, reducían la presencia del Estado cuyo excesivo poder sería controlado y limitado. A partir de entonces, el desarrollo y la complementación conceptual de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal han venido recibiendo por parte de la doctrina notoria consideración y, sobre todo, han servido de estructura arquitectónica sobre la cual se han venido construyendo los edificios legislativo y judicial.

se pretende hacerle frente a una realidad criminal compleja y problemática. La potestad legislativa no puede ejercerse sin más, es decir, sin contar con limitaciones, igualmente de carácter político que el legislador democrático habrá de asumir cabalmente.

Según precisa Zaffaroni, el discurso jurídico creado por el legislador es “una elaboración intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuada a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí mismo una propuesta o programa político”.<sup>44</sup> La elaboración intelectual de la que habla el profesor argentino no se construye (no debería) con base en ocurrencias, caprichos o desplantes autoritarios, sino que, por el contrario, habría de surgir de una cuidadosa confección ceñida a los componentes teórico-políticos que integran cada uno de los principios estructurales o limitadores del poder penal.

Por lo demás, en la construcción del derecho concurren generalmente actores claves cuyas motivaciones no siempre encuentran su origen en una misma ideología política, en una formación y conocimiento de la materia uniforme o, incluso, en un proyecto de nación coincidente; lo usual es que sea todo lo contrario, aunque rara sea la ocasión en que haya identidad de propósitos. Se impone, en suma, la búsqueda de consensos (mediados por el conocimiento dogmático, la finalidad político-criminal y la racionalidad como elemento integrador) acerca de lo que debe o no regularse penalmente.

En un tercer planteamiento, se puede decir que, como antídoto a la ingenuidad, viene bien recoger las reflexiones hechas por Zaffaroni cuando se ocupa de lo que él caracteriza como la enajenación política del teórico y la enajenación técnica del político.

Sobre la *enajenación política del teórico*,<sup>45</sup> Zaffaroni parte de la afirmación según la cual todo concepto jurídico penal es un concepto político, aunque también es un concepto técnico —“toda política es una tecnopolítica”, dice—, y agrega que cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto será: “un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con una racionalidad propia, que es la del estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore” (...) “pueden elaborarse conceptos y aún enteros sistemas jurídico-penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor enajenación o alienación del teórico”.

Reconoce que la enajenación política no es fácil de abordar, aunque es posible identificar dos sentidos concretos, a) el *intencionalismo*, según el cual cada discurso se elabora en la medida de una intención política coherente y así se desarrolla, incluso hasta en los más mínimos detalles, amén de que cuenta con la plena consciencia del teórico que la formula; b) en este otro extremo, se rechaza el análisis político en virtud de la complejidad a la hora de identificar la ideología del autor.

44 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Política y dogmática jurídico penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2002, pág. 11.

45 Raúl Zaffaroni, *Política, ...*, op. cit., pág. 13 y ss.

Para Zaffaroni ninguna de las dos propuestas es correcta, pues el *intencionalismo* “pretende ver una coherencia ideológica que casi nunca existe, y su atractivo deriva sólo del que produce cualquier versión un tanto paranoica, siempre más imaginativa que la rastrera realidad”; y respecto de la otra opción, afirma que el hecho de que la enajenación política provoque discursos manifiestamente incoherentes entre la ideología política y la discursiva de los autores en particular, no puede estimarse un argumento para evitar el análisis político de su discurso, el que siempre, aunque esto lo ignore su autor, será un discurso político.

En conclusión, el jurista argentino señala: “puede afirmarse que todos padecemos cierto grado de enajenación política, producto de nuestro entrenamiento, que limita nuestras posibilidades de conocimiento. Notamos las alienaciones políticas ajenas y especialmente de tiempos lejanos, pero vendrán quienes se ocuparán de las nuestras”<sup>46</sup>. En todo caso, si la objetividad se impone en el mundo académico, igual podría plantearse para el trabajo legislativo en virtud de que sus productos tienen como destinatarios a individuos que no necesariamente comparten el mismo signo ideológico, pero no por ello deben ser excluidos.

Por lo que hace a *la enajenación técnica del político*, esta no se produce cuando el político elabora un discurso “al que aún le falta su articulación técnica (defecto pasajero, dice él), sino cuando el político elabora un discurso que abjura de la técnica (defecto irremediable)<sup>47</sup>; Zaffaroni afirma: “la comunicación masiva favorece el desarrollo de estos discursos,

que asumen la forma *völkisch* y redundan en banalidades y falsedades clientelistas, refuerzan los prejuicios e identifican chivos expiatorios”;<sup>48</sup> en todo caso, el propio autor nos advierte que las más peligrosas combinaciones tienen lugar entre fenómenos de enajenación política de teóricos con otros de enajenación técnica de políticos, pues generan un vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político. “Por lo general —agrega—, la corporación jurídica suele caer en la enajenación política cuando arrecian los discursos *völkisch*, pues éste siempre es violento, arrollador, injurioso e impone miedo, al que son vulnerables no sólo los políticos profesionales, sino que tampoco son inmunes partes considerables de los propios estamentos judiciales y académicos”.<sup>49</sup>

Con base en los planteamientos zaffaronianos se puede reclamar, tanto de los políticos como de los teóricos, una claridad de posiciones y, más aún, una sinceridad en su exposición. Tan inadmisibles resultan aquellos discursos jurídicos que escamotean su origen político, como igualmente resultan inadmisibles aquellos otros discursos que se construyen abjurando de la técnica propia de la materia. Por lo tanto, tiene sentido recordar los principios limitadores del poder penal punitivo estatal, por ser estos principios la amalgama del conocimiento técnico y de la visión o interés político.

Para el legislador ideal, el conocimiento de la dogmática penal significa precisión técnica en la elaboración de la norma. Significa cuidadosa ordenación conceptual y sistemática. Significa fundamentación teórica

<sup>46</sup> *Ibid.*, pág. 14

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 15, cursivas en el original.

<sup>48</sup> *Idem.* El concepto *völkisch* se puede traducir como populista.

<sup>49</sup> *Idem.*

pertinente de las instituciones y categorías propias del derecho penal. En suma, significa proceder con todo el cuidado posible para evitar producir instrumentos legislativos tributarios de medidas populistas o meramente simbólicas.

El legislador ideal tendrá en el conocimiento criminológico bases para articular un discurso más apegado a la realidad criminal y, por ende, alejado de la ensoñación o la intención mesiánica. La realidad criminal es la que debe ser atendida seriamente. Para conocerla, se requiere del trabajo criminológico.

### 5. Hacia una política criminal basada en evidencia (criminológica)

Sin duda, creemos que para la política criminal las aportaciones de la criminología son fundamentales. Constituye, si se quiere ver así, el insumo vertebral de su configuración. En tanto política pública,<sup>50</sup> la política en materia de criminalidad debe allegarse información válida, objetiva, confiable. Justamente, la criminología identifica entre otras funciones la de proporcionar conocimientos seguros y contrastados sobre el crimen, la persona del delincuente, la víctima y los mecanismos de control social utilizados. Es una actividad científica cuyos análisis, estudios y propuestas no tienen como base la intuición

no el subjetivismo; por el contrario, sus indagaciones en torno al fenómeno criminal y antisocial se sustentan en métodos y técnicas que parten del postulado de la objetividad, el empirismo y la interdisciplinariedad.

La importancia de la evidencia empírica para la política criminal es indiscutible.<sup>51</sup> En el diseño de las políticas públicas, entre otras las dirigidas al problema criminal, requieren de información directa y lo más completa posible<sup>52</sup>. Si el fenómeno delictivo tiene, como ya se ha mencionado, orígenes diversos (multifactorial), pretender abordarlo sin los insumos criminológicos parece un absurdo. Siempre será preferible contar con datos que expliciten los contornos problemáticos a resolver.<sup>53</sup> Tomar decisiones, desde las

<sup>50</sup> Se adopta aquí el concepto que de política pública nos ofrece Eugenio Lahera Parada, *Introducción a las políticas públicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 13, quien la define como “programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”.

<sup>51</sup> Sobre el tema, véase Demelsa Benito Sánchez, *op. cit.*, haciendo referencia y análisis de una política criminal basada en evidencias, puede verse también Mariano Melendo Pardos, Manuel Javier Callejo Gallego, y Juan Manuel Lacruz López, *Apuntes de Política criminal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 313 y siguientes.

<sup>52</sup> Demelsa Benito Sánchez, *op. cit.*, p. 29, donde pone: “el punto de partida para la formulación, en general, de políticas públicas basadas en la evidencia, y en particular, de políticas basadas en la evidencia en la materia penal, es la existencia de datos empíricos de calidad, es decir, recopilados según el método científico”.

<sup>53</sup> Julio Franco Corzo, *Diseño de políticas públicas*, Iexe editorial, México, 2ª edición, 2013, dedica un apartado a destacar la importancia de identificar claramente el problema a resolver, especialmente cuando se trata de problemas públicos, que puede ser “un problema que afecta a un gran número de personas y que tiene amplios efectos, incluyen-

instancias públicas, representa un ejercicio de responsabilidad, cuyas finalidades versan sobre la eficacia y los resultados. Es un tema de recursos económicos de personal.

El diseño, implementación y evaluación de una política pública obedece a consideraciones técnicas, científicas, con sustento jurídico, configuradas con fundamentación empírica y sobre todo orientada por la precisión en la identificación de la naturaleza, causas y factores incidentales del problema en cuestión. Es decir, es una actividad técnico-científica,<sup>54</sup> y no por cierto producto de las buenas intenciones o benevolencia del gobernante en turno.

Hablar de una política criminal basada en evidencias es igual a hablar de ciencia aplicada.<sup>55</sup> Esto significa que en su confección fueron tomados en cuenta los datos y análisis cuantitativos y cualitativos generados por el experto criminólogo, o el profesional de cualquier otra disciplina cuya materia haya sido requerida. Hablar de una política criminal basada en evidencias equivale a hablar de un diálogo de saberes, donde lo mismo están

convocados criminólogos, que sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos, expertos en comunicación y juristas, por mencionar algunas disciplinas. El diseño de la política criminal no es, por cierto, una tarea exclusiva de juristas. Lo que no quiere decir que, sin más, pueda prescindirse del elemento jurídico, sino que se quiere resaltar la importancia de los otros saberes y, sobre todo, la calidad y pertinencia de sus observaciones.

En todo este asunto, no podemos dejar de lado la participación del legislador. Siendo la figura central de la creación normativa, su apertura hacia el mundo de la investigación científica, especialmente la relacionada en la materia penal, adquiere una singular importancia. Normar su criterio conforme a evidencias empíricas generadas por un cuerpo científico como el antes enunciado, sin duda, repercutiría positivamente en el quehacer legislativo.

Si el populismo punitivo es el resultado de una acción legislativa oportunista, condicionada por las presiones mediáticas y las consignas políticas, sin consideración de la realidad criminal, sus orígenes y factores desencadenantes, y motivada por razones de tipo electoral, el antídoto a tan perversa tendencia está claramente identificado y consiste en acudir a la información criminológica, especialmente la generada con base en los más rígidos esquemas de la investigación científica.

Acaso no salga sobrando sugerir desde ahora la creación de cuerpos especializados en la materia criminológica, adscritos a los órganos legislativos, con funciones de asesoría, análisis y estudio dirigido. La asesoría parlamentaria, en nuestra opinión, no debe carecer de conocimientos en las materias criminológica, de dogmática penal, amén de formación suficiente en el rubro de las políticas públicas. El argumento central de esta

---

do consecuencias a personas que no están directamente relacionadas con el problema (Cobb, 1994)”; una situación que produce una insatisfacción en la ciudadanía y que requiere de una solución pública, es decir, de una solución por parte del gobierno (Anderson, 2003); “un problema social reconocido políticamente como público” (Subirats, 2008), p. 130.

54 Eugenio Lahera Parada, *op. cit.*, p. 113.

55 En similar sentido, Demelsa Benito Sánchez, *op. cit.*, p. 28, comentando que la noción de política basada en evidencia procede del ámbito de la medicina, aunque luego se extendió a otras áreas, incluidas las ciencias sociales.

afirmación consiste en reconocer que las leyes en muchos casos suelen ser el punto de partida del problema. Otra cosa más, este grupo de trabajo deberá tener claro que su principal tarea será la de informar acerca de lo que sí funciona y lo que no funciona, siendo sus estudios lo más claros, fundamentados y propositivos posible.

Al pretender resolver una situación de conflictividad social (algún tipo de delito, por ejemplo), las instancias públicas cuentan con un inmenso arsenal de opciones, a saber: policías, jueces, fiscales, cárceles, centros de internamiento para adolescentes, psiquiátricos. Cada una de estas dotada de facultades y bien determinadas funciones. Cuentan también con legisladores, a cuyo cargo queda el establecimiento de las reglas a observar. Todas las opciones mencionadas basan su actuación en cuerpos normativos que detallan los límites de su intervención.

## 6. La dogmática penal y la criminología como valedores contra el populismo punitivo

Eduardo Jorge Prats nos presenta una larga lista de peligros aparejados al populismo penal.<sup>56</sup> Aunque referidos a su patria, República Dominicana, no son pocos los peligros que pueden referirse a cualquier otro país, incluyendo al nuestro, y que pueden padecerlos. Una revisión sintética de su listado nos auxiliará en el desarrollo de este inciso donde, aunque se retoma algunas reflexiones del autor, se aprovecha el listado para comentarios personales. Así pues, entre los

peligros del populismo penal se mencionan los siguientes:

- a. *Disolución del principio de legalidad.* No son infrecuentes referencias a lo innecesario que para algunos políticos resulta la existencia de leyes. Al menos en el contexto nacional, se han escuchado frases como aquella de: “no me vengas con el cuento ese de que la ley es la ley”,<sup>57</sup> Si bien lo grave no es quien la expone, sino la animosidad con la que es recibida por algunos sectores de la sociedad.
- b. *Decisionismo judicial.* Refiriéndose a la judicatura de la República Dominicana, Prats aprecia que muchos jueces penales fallan intuitivamente los casos, sin tomar en cuenta las pruebas y sin resistir la presión popular o la ejercida por el aparato burocrático en aras de conservar su puesto.
- c. *La criminalización de los pobres y los excluidos.* Las víctimas preferidas del populismo penal son los más pobres porque son los más vulnerables y los más excluidos, aspecto que Prats encuentra hasta cierto punto lógico, pues el sistema penal

<sup>56</sup> Eduardo Jorge Prats, *op. cit.*, p. 19 y siguientes.

<sup>57</sup> Nestor Jiménez y Fabiola Martínez, “No me vengas con ese cuento de que la ley es la ley” dice amlo a la Corte”, *La Jornada*, (04-06-2022). [En línea]: <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/04/06/politica/no-me-ven-gan-con-ese-cuento-de-que-la-ley-es-la-ley-dice-amlo-a-la-corte/> (consultado 20/01/2024).

reproduce las desigualdades del sistema social y las repotencia.

- d. *El derecho penal del enemigo*. Del que ya se hicieron comentarios en otro lugar de este trabajo, pero en palabras de Prats: “el Derecho penal que combate enemigos y no castiga personas, que interviene preventivamente antes que se cometa una infracción, ya no es Derecho. El Derecho penal solo puede penar personas por sus actos y no enemigos por su pensamiento”.
- e. *El retorno de la tortura*. Tanto como mero mecanismo de investigación del delito, como castigo puro, la tortura sigue siendo una práctica, deleznable y condenable, que muy probablemente encuentre una explicación que no justificación en el hecho de que la presión social por obtener resultados en la lucha contra el crimen promueva o aliente esta desviación.
- f. *Quiebre de la función de la pena y el destierro del principio de culpabilidad*. Siendo un objetivo de la pena la reinserción del delincuente, disposiciones como las de la pena de prisión vitalicia niegan, absolutamente, la posibilidad de la reinserción. Se acude, pues, al uso exacerbado de la prevención general.
- g. *Expansión del derecho penal*. Nota distintiva de esta tendencia. Derecho penal para todo y por todo. El principio garantista de un derecho penal de *ultima ratio* se diluye, para colocar en su lugar el de *prima ratio*,

y al paso que van las cosas, eventualmente pueda ser el de única *ratio*.

- h. *Derecho penal simbólico*. Perspectiva para la que lo más importante no es resolver efectivamente el conflicto, sino transmitir a la opinión pública de que el tema está solucionado, gracias a la intervención de un legislador “atento y decidido”.
- i. *Populismo mediático*. También identificado como Criminología mediática. Los medios de comunicación sancionan, exoneran, encarcelan, liberan. Como dice Prats, todo populismo penal es populismo mediático, lo que él encuentra fatal, ya que “el código de los de los medios —la noticia— corrompe el código de la justicia penal que es la presunción de inocencia”.

Dejamos hasta aquí la presentación de los peligros del populismo penal identificados por el jurista dominicano. Si alguna justificación tiene haberlos traído a cuento es, precisamente, la de reiterar la preocupación por el desarrollo de una tendencia de este tipo. En países donde la democracia no está del todo consolidada, orientaciones como las que encarna el populismo penal no solo contribuyen a impedir el avance democrático, sino que al mismo tiempo dejan una cauda de violaciones a derechos humanos, afectando con ello la dignidad humana, y generando una mayor desconfianza en los sistemas de justicia y demás instituciones públicas.

Ante tan dramático estado de cosas, desde la academia toca indagar acerca de las opciones disponibles para enfrentar esta tendencia. La capacidad de rendimiento científico de la dogmática penal y de la ciencia

criminológica alcanza según nuestra opinión para marcar un límite al desarrollo de la tendencia de la que se viene hablando. Al menos, lo es desde el plano científico. Ante la irracionalidad del populismo penal se le opone en este caso el bagaje y enorme acervo científico de la Criminología, y también se le circunda con el uso de la dogmática en la confección de la norma penal.

Sin ingenuidad, se reconoce que la ciencia no siempre es amiga de la política. Las decisiones tomadas en el marco de la política partidista rara vez dejan ver las razones reales de su proceder. Obedecen a razones (o sinrazones) que convocan a unos cuantos. La lucha por el poder y la defensa férrea de quien lo ostenta es comprensible. Pero ya no lo es tanto cuando, con ese afán, las decisiones legislativas se traducen en medidas que, o simulan, o entorpecen la solución del conflicto.

Por cierto, nadie ha dicho que el legislador no sea libre de tomar decisiones, de legislar con base en sus criterios y amparado en las facultades y libertades que le confiere la ley, en atención al cargo representativo que ostenta. En todo caso, lo que se busca es mostrarle herramientas técnicas con base en las cuales el ejercicio de la actividad legislativa puede alcanzar planos superiores en calidad y eficacia. Insistiendo que frente al populismo penal los saberes normativo y empírico ofrecen contrastación, evaluación, crítica y una perspectiva realista y racional.

## 7. El legislador (científico) frente al populismo punitivo

En alguna parte de este texto se hizo referencia a un legislador ideal. De tal figura suponemos, entre otras, las siguientes características: apertura científica y auténtica vocación

democrática. Con la primera, podría acopiar y procesar información (científica) relacionada con el punto a estudio. Dado que nos hemos venido refiriendo a problemas de naturaleza criminal, un legislador dispuesto buscaría argumentos suficientes *para legislar con base en evidencias*.

Con la segunda característica, la relacionada con una vocación democrática auténtica, el legislador estaría constreñido por los principios constitucionales que regulan el poder penal del Estado, amén de que tendría presentes los dispositivos internacionales que indican circunscribir sus decisiones dentro del marco de referencia que tales instrumentos han fijado. Procediendo de tal manera evitaría, por ejemplo, introducir o mantener en el texto constitucional figuras tan cuestionables como las del arraigo o la prisión preventiva oficiosa.

Nuestro legislador ideal evitaría caer en la práctica de encubrir de presunta *cientificidad* decisiones abusivas o irracionales. Ante esto, se impone la actitud crítica (que es una de las fases de la dogmática jurídico-penal). Si la pregunta es ¿en qué medida la criminología y la dogmática penal pueden limitar la tendencia al populismo penal?, la respuesta que puede adelantarse ahora es, poniendo la ciencia de la dogmática y de la criminología al servicio pleno de la actividad legislativa. Para que tal cosa suceda se requiere, sin embargo, la asunción por parte del legislador de la importancia de estas disciplinas y el convencimiento de su capacidad de rendimiento científico. Ni la dogmática penal, ni la criminología, son saberes estériles, puesto que bien observado en un caso se parte de la realidad misma (esto es, la cualidad del conocimiento criminológico, lo empírico e interdisciplinario), y en otro caso se trata de construcciones sistemáticas, que obedecen a principios lógicos (la dogmática).

Ni que decir que la actividad legislativa tiene un rol determinante en la decisión político-criminal. Aunque no es algo exclusivo del legislador, pues también los otros poderes públicos (ejecutivo y judicial) pueden incidir en el diseño político-criminal. No obstante, la definición de las reglas es propia del poder legislativo, y toda vez que se legisla (al menos eso se dice) en beneficio del pueblo, es lógico que las referencias al legislador hayan sido inevitables, o en todo caso casi únicas.

Para José Manuel Paredes Castañón, la discusión acerca de la justificación y racionalidad de las leyes penales es algo que se practica con relativa frecuencia, aunque esto no quiere decir que esa discusión deje en claro si, en efecto, una norma jurídico-penal está justificada. Dado que, como reconoce el autor, en muchas ocasiones son los propios legisladores quienes evitan la discusión, se aprecia como una necesidad imperiosa la de aportar criterios con base en los cuales se pueda aportar racionalidad a la discusión, con lo que se estaría poniendo “bajo control” la tentación del “populismo punitivo”. Propone el uso de una racionalidad práctica y lo hace a través de la formulación de una serie de reglas que buscan servir de guía para “un buen legislador penal”.<sup>58</sup>

Destacan entre las noventa reglas que propone Paredes Castañón, aquella que explica qué significa justificar una norma (regla 1ª), y tal cosa consiste en “aportar razones suficientes —las más posibles— en favor de

la conclusión de que, de entre todas las alternativas de decisión que estaban disponibles para el legislador (...), la adoptada (dictar, en ese momento y en ese lugar, esa norma jurídica con ese contenido prescriptivo) fue la más racional”; más adelante (regla 4ª) indica que “justificar es dar razones (en favor de un determinado contenido prescriptivo para la norma jurídica)” (...); “discutir sobre la justificación del contenido de una norma significa, en definitiva, debatir sobre los efectos (performativos), de motivación de conductas, que la promulgación y publicación de la norma jurídica previsiblemente tendrá” (regla 8ª).<sup>59</sup>

El desarrollo del artículo de Paredes Castañón se estructura a partir de rubros que, meramente enunciados, transmiten el contenido de las reglas que contienen; los títulos versan sobre el concepto y justificación de las normas jurídicas; la necesidad de justificar las normas jurídicas; la justificación de las normas jurídico-penales (su constitucionalidad); la relación entre las prohibiciones jurídicas y el poder; la estructura de la argumentación acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas; la teoría moral de la que se parte; la relación entre las prohibiciones jurídicas y la esfera privada; el principio del daño; las prohibiciones jurídicas paternalistas; prohibiciones jurídicas de omisiones y mandatos de mejora; bienes jurídicos supra-individuales; etcétera. La batería de reglas propuestas constituye una especie de test que podría aplicarse a la actuación legislativa, o que sugiere una futura investigación, poniendo a prueba esta guía.

58 José Manuel Paredes Castañón, “*Vademécum* del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, en *Revista penal México*, número 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, p. 117 y siguientes.

59 *Ibid.*, p. 118-119.

Quisimos traer a cuento el trabajo anterior para resaltar el hecho de que es posible evaluar la actividad legislativa y extraer de la misma su proclividad a abrazar tal o cual tendencia político-criminal. De manera significativa, cuando se habla de populismo penal resuenan las palabras racionalidad y justificación, palabras que adquieren sentido cuando se aplican (efectivamente) al proceso legislativo.

## 8. Bibliografía

- AGUILERA GARCÍA, Edgar Ramón y Rodolfo Rafael ELIZALDE CASTAÑEDA, “Populismo penal (antigarantista y garantista) e investigación del delito”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 303-326.
- ALEGRE ZAHONERO, Luis y SERRANO GARCÍA, Clara, *Legitimidad. Los cimientos del Estado social, democrático y de Derecho*, Ediciones Akal, España, 2020.
- BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, “Consideraciones sobre el populismo penal en el Estado de Jalisco”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 271-284.
- BASULTO ARROYO, Yohana Guadalupe y Marcela del Carmen POLANCO COLLI, “El populismo del Derecho penal. La significación de racionalizar el poder punitivo del Estado”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 85-104.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *Evidencia empírica y populismo punitivo*, Bosch editor, España, 2020.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El Derecho penal de la sociedad de riesgo*, UBIJUS, México, 2019.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Derecho penal del Riesgo. Un estudio desde su legitimación*, Editorial Flores, México, 2015.
- GALVÁN GONZALEZ, Francisco, “La militarización de la seguridad pública y la investigación del delito. Una respuesta de populismo penal”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 459-480.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La víctima en el Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.
- GÓMEZ, Andrés y Fernanda PROAÑO, “Máximo SOZZO: ¿Qué es el populismo penal?” *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 11, (marzo, 2012), pp. 117-122, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Quito, Ecuador. [En línea]: <https://www.redalyc.org/pdf/5526/552656551011.pdf> (consultado 22 de agosto de 2023).
- GUZMÁN MOYA, Daniela Alejandra, “El populismo punitivo: una mirada en Colombia”, [En línea]: [https://www.researchgate.net/publication/335133343\\_El\\_populismo\\_punitivo\\_una\\_mirada\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/335133343_El_populismo_punitivo_una_mirada_en_Colombia)
- HENAO CARDONA, Luis Felipe y Gustavo BALMACEDA HOYOS, *Introducción al Derecho penal de la sociedad postindustrial*, 1ª edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 2006.
- INCISA, Ludovico, “Populismo”, en Norberto BOBBIO y Nicola MATTEUCCI, *Diccionario*

- de Política*, México, 1ª edición en español, Editorial Siglo XXI, 1981, p. 1281.
- JIMÉNEZ Nestor y Fabiola MARTÍNEZ, “No me vengas con ese cuento de que la ley es la ley” dice AMLO a la Corte”, *La Jornada*, (04-06-2022) [En línea]: <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/04/06/politica/no-me-vegan-con-ese-cuento-de-que-la-ley-es-la-ley-dice-amlo-a-la-corte/> (consultado 20/01/2024).
- LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El delito de ciberacoso: una expresión del populismo penal en el Código penal del Estado de Puebla”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 403-424.
- MELENDO PARDOS, Mariano, Manuel Javier CALLEJO GALLEGU y Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ, *Apuntes de Política criminal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 313 y siguientes.
- MÉNDEZ RIVERA, José Ángel, “Populismo penal. Ética del consenso y alteridad penitenciaria”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, p. 171.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015.
- MOLES PLAZA, Ramón J. y Anna GARCÍA HOM, *Manual del miedo. Un análisis socio-jurídico*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, España, 2022.
- MONSIVÁIS CARRILLO, Alejandro, “¿Es AMLO populista?”, *Observatorio de la democracia*, (14 sep. 2020) [En línea]: <https://demoi.laoms.org/2020/09/14/amlo-populista/> (consultado el 12 de octubre de 2023).
- NAVA TOVAR, Alejandro, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, INACIPE-Zela, Ciudad de México, 2021.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, “Populismo penal y Guardia nacional”, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 143-168.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Vademécum* del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, *Revista Penal México*, número 7, (septiembre de 2014-febrero de 2015), p. 117 y siguientes.
- PRATS, Eduardo Jorge, *Los peligros del populismo penal*, Editorial Ius Novum, República dominicana, 2011, p. 17.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 4ª edición, Porrúa, México, 1998.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel y Manuel VALADEZ DÍAZ, *Expresiones del populismo penal en el Estado de Durango*, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 187-206.
- ROMERO RAMOS, Julio César, *Anotaciones sobre el populismo penal en el Estado de Nayarit*, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 365-386.
- ROXIN, CLAUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, España, 2016.
- SALAS, Denis, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, París, 2005.

- SÁNCHEZ BAENA, Guadalupe, *Populismo punitivo. Un análisis acerca de los peligros de aupar la voluntad popular por encima de leyes e instituciones*, Planeta, Deusto, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999.
- TORRES ORTEGA, Ilse Carolina, Populismo penal: la paradoja de la impunidad, en Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 285-302.
- VACA-CORTES, Jesús, *Violencia, Justicia mediática y populismo penal en Chihuahua*, en VIDAURRI ARÉCHIGA Manuel (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 105-142.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel (dir.), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, México, Tirant lo Blanch, 2020.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Vademécum de Criminología*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2001, p. 146
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política y dogmática jurídico penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2002.



Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



# Política criminal en la Constitución de Cádiz de 1812 y su influencia en el Código Penal español de 1822

*Criminal Policy in the Cádiz Constitution of 1812 and Its Influence on the Spanish Penal Code of 1822*

• **Juan Carlos Ferré Olivé** •

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

Política criminal en la Constitución de Cádiz de 1812 y  
su influencia en el Código Penal español de 1822

*Criminal Policy in the Cádiz Constitution of 1812 and Its Influence  
on the Spanish Penal Code of 1822*

• Juan Carlos Ferré Olivé • Universidad de Huelva •

**Fecha de recepción**

15-09-2024

**Fecha de aceptación**

26-11-2024

**Resumen**

Este artículo indaga la situación previa a la Constitución de Cádiz de 1812, sus bases filosóficas iluministas y su proyección en el derecho penal de la época, concretamente, su influencia en el Código Penal de 1822, en pleno “trienio liberal”, que constituye el nacimiento de la codificación penal en España.

**Palabras clave**

Reformas penales, Constitución de 1812, iluminismo, Código Penal de 1822.

**Abstract**

This article investigates the situation leading up to the Cádiz Constitution of 1812, its Enlightenment philosophical foundations and its impact in the Criminal Law of the time, specifically its influence on the Penal Code of 1822, during the “Liberal Triennium”, which marks the birth of criminal codification in Spain.

**Keywords**

Penal reforms, Constitution of 1812, Enlightenment, Penal Code of 1822.

## Sumario

1. La Constitución de 1812. / 2. Aspectos penales y penitenciarios de “La Pepa”. / 3. El Código Penal de 1822. / 4. Influencia de la Constitución de 1812 en los territorios de ultramar. / 5. Conclusión. Principales legados político-criminales de “La Pepa”. / 6. Bibliografía.

### 1. La Constitución de 1812

Mucho se ha escrito acerca de la primera Constitución española, la del año 1812, que se promulgó en un clima muy extraño: en nombre de un monarca absolutista (Fernando VII) exiliado en ese momento en Francia, por unas Cortes generales refugiadas en el último rincón de la península ibérica (Cádiz), cuando el resto del territorio estaba en manos de un monarca impuesto por el propio Napoleón, su hermano José Primero Bonaparte (más conocido como “Pepe Botella”), y mientras el reino de España se desmembraba por las guerras de independencia, fundamentalmente en América Latina. Un rey legítimo pero ausente, un monarca no deseado, un vacío de poder del que derivó la elección de unas cortes extraordinarias en Cádiz, en las que estuvieron representadas las provincias no ocupadas por los franceses.<sup>1</sup>

Lo primero que hizo Fernando VII al recuperar la corona y regresar a España (1814) fue intentar recuperar todo el poder político restaurando el absolutismo, por lo cual procedió a derogar la Constitución promulgada en su nombre (Decreto del 4 de mayo de 1814). Todo ello denota las vicisitudes de la corta

existencia de este texto constitucional y el carácter nefasto y patético de este monarca español. Sin embargo, es un referente jurídico histórico de enorme magnitud, porque supone un avance contra el absolutismo —de allí el deseo monárquico de derogarla— al mismo tiempo que incorpora, cual caballo de Troya, muchas ideas liberales de la Ilustración que llegaron para quedarse en las leyes posteriores. El sistema penal pudo, en alguna medida, resultar beneficiado por los cambios filosóficos e ideológicos que se materializaron con el tiempo.

La Constitución fue sancionada en Cádiz el día 19 de marzo de 1812, festividad de San José, padre de Jesús, por lo que el humor gaditano la bautizó inmediatamente como “La Pepa”, ya que en España a todos quienes se llaman José se les apoda “Pepe”. El pueblo expresó su júbilo en las calles al conocido grito de “¡¡Viva la Pepa!!”. Se festejaba un gran triunfo político: el poner límites al poder absoluto de la monarquía. Esta es una expresión que aún se utiliza hoy en otros contextos, heredados del hecho histórico, pero en sintonía con él. *¡Viva la Pepa!*, es sobreponerse al caos, es saltarse las normas, es el descontrol en todos sus términos.

En su texto, se incorporan importantes reformas y principios. Se limita el poder del monarca, que ya no es un rey absoluto sino

<sup>1</sup> Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 437.

constitucional.<sup>2</sup> Se consagra la división de poderes: las Cortes hacen las leyes (arts. 15 y 131), el rey las hace ejecutar (art. 16) y los tribunales las juzgan (art. 17). A través de la Constitución también se intenta organizar territorialmente un Estado que estaba, recordemos, en descomposición.

Es una Constitución profundamente confesional, que se promulga expresamente “[e]n el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad”.<sup>3</sup> Añade su artículo 12 que “[l]a religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.<sup>4</sup> En síntesis, ha sido caracterizada por su confesionalismo militante y por la misoginia: una Constitución redactada por hombres, sin dar papel relevante alguno a la mujer.<sup>5</sup> Nada extraño para aquella época.

El pensamiento ilustrado en materia penal, que venía expandiéndose por toda Europa —a partir de la obra de Beccaria y particularmente en España, de la obra de Lardizábal— debía tener reflejo en esta constitución liberal. Sin embargo, “La Pepa” no consagra expresamente un catálogo de derechos de los ciudadanos ni de principios penales, aunque algunos derechos se incorporan dentro de la

regulación de la administración de justicia.<sup>6</sup> Como sostiene Juan Terradillos Basoco,<sup>7</sup> Lardizábal defendía con tibieza principios penales como el de legalidad. Un pensamiento ilustrado, pero al mismo tiempo *descafeinado* pudo llevar a no dar el paso de la consagración expresa de estos principios y derechos, que fueron aceptados muy lentamente en España.

La Constitución de 1812 ha sido considerada como una importante heredera de la Constitución Francesa de 1791 y, en general, del pensamiento ilustrado, con los matices propios de su componente hispánico.<sup>8</sup>

## 2. Aspectos penales y penitenciarios de “La Pepa”

La primera pregunta que surge exige conocer, a grandes rasgos, cómo era el derecho penal español anterior a “La Pepa”. Las penas eran draconianas, terribles, desproporcionadas, como la pena de muerte prevista para el delito de hurto. Adviértase que esta sanción fue impuesta por el propio monarca

2 Cfr. *Ibidem*, p. 439.

3 Constitución Política de la Monarquía Española, España, Cádiz, 1812, fol. 1.

4 *Ibidem*, art. 12.

5 Cfr. María Acale Sánchez, “Mujer, Constitución de 1812 y Derecho Penal”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, p. 14.

6 Cfr. Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 440.

7 Juan Terradillos Basoco, “Constitución de 1812 y sistema penal: ¿un ensayo garantista?”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006, p. 111.

8 Cfr. David Delgado Ramos, “La Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822: de la revolución constitucional a la revolución del Derecho penal”, en Gregorio María Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 105.

Carlos III, un rey ilustrado, de quien se dice que procuró dotar de proporcionalidad a las penas. Él dispuso por Cédula de 17 de octubre de 1769: “Ordeno y mando, que, desde ahora en adelante todo hurto, aunque sea el primero, cometido contra los colonos de las nuevas poblaciones con violencia en las personas o en sus casas, sea castigado con pena de muerte”.<sup>9</sup>

Así las cosas, el sucesor de Carlos III, Carlos IV, hizo todo lo posible, a partir de 1788, por endurecer las penas intentando evitar que se reprodujera en España lo que acontecía en Francia con su Revolución de 1789. Desde una perspectiva penal, la Constitución de Cádiz de 1812 e incluso el propio Código Penal de 1822 deben entenderse como excepcionales, pues el panorama penal anterior, intermedio y posterior fue muy distinto a los principios filosóficos y penales ilustrados que, de una u otra forma, defendían dichas normas.<sup>10</sup> Fueron auténticas islas en el mar del absolutismo hispano de la época.

La Constitución de 1812 recibió la influencia liberal de la Ilustración en materia penal y penitenciaria. Desde la perspectiva penal, esta influencia llegó de la mano de Beccaria y de su trascendental obra, *De los delitos y de las Penas*, de 1764.<sup>11</sup> Entre sus aportaciones más rele-

vantes, destaca la abolición del tormento, los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal del Santo Oficio.<sup>12</sup>

En cuanto al Santo Oficio, la Inquisición perseguía la herejía, un concepto mutable o elástico, que le permitía investigar lo evidente y también lo escondido o secreto. Como recuerda María José Collantes de Terán de la Hera: “Blasfemia, sacrilegio, bigamia, sollicitación, hechicería, brujería, quebrantamiento del ayuno y de la abstinencia, la lectura de libros prohibidos, etc., son delitos que quedaron, por este motivo, bajo la jurisdicción del Santo Oficio y que, según los tratadistas, sabían a herejía”.<sup>13</sup>

Eliminar la Inquisición hubiera sido un enorme avance, sin duda, perseguido desde la Ilustración. Su desaparición se había convertido en un deseo generalizado en toda la sociedad, en defensa de la dignidad de los ciudadanos, pero no se logró a través de La Pepa. Sí lo hizo el decreto de 22 de febrero de 1813. Sin embargo, Fernando VII restableció la inquisición en 1814 a su regreso, aunque ya no volvió a funcionar como antes y fue decayendo paulatinamente. Cuando Fernando VII retornó al poder, procedió a la abolición de prácticamente todos los avances liberales, sin embargo, mantuvo el decreto que prohibía la tortura.<sup>14</sup>

9 *Novísima Recopilación de las leyes de España. Libro XII: De los delitos y sus penas y de los juicios criminales*, título XV: “De los robos y fuerzas”, ley XI, España, 1805.

10 Cfr. Gonzalo Quintero Olivares, “De las Cortes de Cádiz al CP de 1822”, en Gregorio María Callejo Hernanz y Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 35.

11 Cfr. María Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 17.

12 Cfr. José Antón Oneca, “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 18, fasc./mes 2, 1965, p. 265.

13 María José Collantes de Terán de la Hera, “La mujer en el proceso inquisitorial: hechicería, bigamia y sollicitación”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 87, 2017, p. 60.

14 Cfr. Lola Lozano Salado, “A la sombra de la libertad. Pobres, delinquentes, esclavos y

En la Constitución de 1812 ni siquiera se planteó o discutió acerca de una posible prohibición de la pena de muerte, una institución globalmente aceptada por todos, incluso por los liberales, que limitaban sus críticas al modo de ejecución, por las cuales se propuso, como un gran avance, cambiar por razones humanitarias, el garrote vil por la horca, lo que no fue incorporado finalmente en el texto constitucional.<sup>15</sup>

Por una parte, existían restricciones a la autoridad del Rey, que se concretaron en el apartado undécimo del artículo 172: “No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna”.<sup>16</sup>

Particular interés presenta el Título V de la Constitución, y más concretamente, su Capítulo III: “De la administración de justicia en lo criminal”. En esta regulación destacan algunas normas jurídicas fundamentales, como el artículo 303 que establece: “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”,<sup>17</sup> lo que supone un notable avance, que abole estas crueles manifestaciones de castigo (humanización de las penas). También es importante el artículo 304, que elimina “la pena de confiscación de bienes”, y el artículo 305, que consagra el principio de personalidad de las penas: “Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término nin-

guno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”.<sup>18</sup> La pena no se trasladaría a la familia.

La problemática que se presentaba, y contra la que intentó luchar la Constitución de 1812, fue la arbitrariedad judicial a la hora de aplicar las penas. Por ese motivo, se fueron contemplando algunas garantías, fruto del pensamiento iluminista, entre las que destacan:

Art. 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

[...]

Art. 300. Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

Art. 301. Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son.

Art. 302. El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes.

[...]

otros excluidos de la sociedad”, en Juan María Terradillos Basoco, *Marginalidad, cárcel, las “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, p. 26.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 27.

<sup>16</sup> Constitución Política de la Monarquía Española, España, Cádiz, 1812, fols. 48-49.

<sup>17</sup> *Ibidem*, fol. 77.

<sup>18</sup> *Idem*.

Art. 306. No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.<sup>19</sup>

Como nos recuerda acertadamente Juan Terradillos Basoco, el principal penalista español de la época, Manuel de Lardizábal y Uribe, escribe en su principal obra, el “Discurso sobre las penas”, sobre una *base iluminista* opuesta a la de Beccaria y su obra (para quien el delito proviene de la naturaleza y el pacto social). Mientras la ilustración francesa defiende el laicismo, la española se asienta sobre la religión católica (el delito proviene del pecado).<sup>20</sup>

La Constitución de 1812 también tomó partido por temas penitenciarios. Con la influencia evidente de la obra de Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, de 1776, abogó por la humanización de las prisiones.<sup>21</sup> El pensamiento penal ilustrado hizo mucho hincapié sobre el sistema de penas y su necesaria transformación. La situación precedente en España era bastante dramática, con un abusivo uso de la prisión provisional, cárceles en pésimas condiciones, trabajos degradantes y muy malas prácticas penitenciarias.<sup>22</sup>

Se establecieron una serie de requisitos procesales que procuraron la celeridad del procedimiento, para que este fuera “formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados”.<sup>23</sup> Todo ello para evitar el uso abusivo de la prisión provisional. Se cubrían todas las formalidades para impedir abusos, y así:

Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.<sup>24</sup>

En lo estrictamente penitenciario, se estableció que:

Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar a los presos; así, el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.<sup>25</sup>

En otras palabras, se propusieron cárceles de aseguramiento y no de castigo, en las que se cuidaran las condiciones del encierro, en una previsión humanitarista propia de la Ilustración.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem*, fols. 74 y 77-78.

<sup>20</sup> Juan Terradillos Basoco, “La tutela penal de las, así llamadas, buenas costumbres”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, pp. 133 y sig.

<sup>21</sup> Cfr. María Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 17.

<sup>22</sup> Cfr. Ricardo M. Mata y Martín, “La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma funda-

mental de Cádiz”, *Revista Penal México*, núm. 13, 2017, p. 50.

<sup>23</sup> Constitución Política..., *op. cit.*, art. 286, fol. 74.

<sup>24</sup> *Ibidem*, art. 293, fol. 75.

<sup>25</sup> *Ibidem*, art. 297, fol. 76.

<sup>26</sup> Cfr. Ricardo M. Mata y Martín, *op. cit.*, p. 55.

### 3. El Código Penal de 1822

La Constitución de 1812 incorpora, por vez primera, la idea de una necesaria codificación en España, para superar la caótica normativa que generaban las previas recopilaciones legislativas, totalmente dispersas. El Código Penal de 1822, el primero auténticamente español, fue directamente influenciado por “La Pepa”, y supuso, como destacó José Antón Oneca, un “palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración”.<sup>27</sup> Fue una situación compleja basada en dos corrientes de pensamiento bastante distantes, una muy conservadora (que propugnaba crear nuevos delitos contra el suicidio, la herejía, el sacrilegio, la sodomía, el incesto, etc.) y otra más progresista, que, entre muchas propuestas, propugnaba la supresión de la *pena de marca*, sanción infamante prevista en el artículo 48 del Proyecto: “El reo condenado a trabajos perpetuos será marcado públicamente en la espalda por el ejecutor de la justicia con un hierro ardiente”.<sup>28</sup>

El factor religioso fue muy importante, pues los delitos contra la religión se consideraban como delitos políticos o contra el Estado.<sup>29</sup> El de 1822 fue un código con buen nivel científico para su época, ilustrado y humanista, aunque seguía siendo duro en sus

previsiones punitivas.<sup>30</sup> Se le ha calificado como uno de los textos jurídicos más interesantes de la historia reciente de España, que nació en un periodo convulso, en el conocido como “trienio liberal” de 1820-1823, encajado entre dos periodos absolutistas.<sup>31</sup>

#### a) La religión

El posicionamiento en favor de determinadas creencias religiosas es evidente en “La Pepa”. Si bien elimina los tribunales inquisitoriales, se identifica totalmente lo español y lo católico, de lo que deriva el Código Penal de 1822 y su intolerancia religiosa.<sup>32</sup> En otros términos, la Ilustración no logró incorporar uno de sus principales postulados en este texto constitucional: el laicismo. El artículo 227 prevé pena de muerte para todo aquel que conspire para establecer “otra religión en las Españas, o que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica y romana”.<sup>33</sup> Se contemplan una serie de delitos contra la religión del

<sup>27</sup> José Antón Oneca, *op. cit.*, p. 263.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>29</sup> Cfr. Luis Prieto Sanchís, “Religión y política (a propósito del Estado laico)”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006, p. 85.

<sup>30</sup> Cfr. José Antón Oneca, *op. cit.*, p. 276.

<sup>31</sup> Cfr. Mercedes García Arán, “Los fines de la pena en el Código Penal español de 1822: tradición y modernidad”, en Gregorio María Callejo Hernanz y Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 127.

<sup>32</sup> Cfr. Juan Terradillos Basoco, “Ideología y valores religiosos en la Constitución de Cádiz: protección jurídico penal”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Marginalidad, cárcel, las “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, p. 164 y “La tutela penal de las, así llamadas, buenas costumbres”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>33</sup> Cfr. José Antón Oneca, *op. cit.*, p. 274.

Estado. Particulares penas sufrirán los apóstatas. Según el artículo 233:

El español que apostatare de la religión católica apostólica romana perderá todos los empleos, sueldos y honores que tuviere en el reino, y será considerado como no español; pero si volviere voluntariamente al seno de la Iglesia, recobrará su consideración y honores, y podrá obtener otra vez sus empleos y sueldos si el Gobierno quisiere conferirse-los.<sup>34</sup>

### b) *El sexo*

Las diferencias, a la hora de tratar jurídicamente a los sexos, eran muy notables. Si se habla del uxoricidio, la pena era mínima para el hombre, máxima para la mujer. Dice el artículo 619 del Código Penal de 1822, que regula el uxoricidio *honoris causa*, que:

El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta o descendiente en línea recta, o en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto de seis meses a dos años, y con un destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas en contorno. Si la sorpresa no fuere en acto carnal, sino en otro deshonesto y aproximado

o preparatorio del primero, será la pena de uno a cuatro años de reclusión, y de cuatro a ocho de destierro en los mismos términos.<sup>35</sup>

Y el artículo 620 añade:

El que incurra en igual delito con respecto a una hermana suya, o a su nuera o entenada, o al que encuentre yaciendo o en acto deshonesto con alguna de ellas, sufrirá en el primer caso del artículo precedente una reclusión de dos a cinco años, y un destierro de cuatro a ocho en los términos expresados; y en el segundo, una reclusión de cuatro a ocho años, y un destierro de seis á diez, como queda prevenido.<sup>36</sup>

En sentido inverso, el homicidio del hombre por parte de la mujer conduce al artículo 605 del CP: “Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación, y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte”.<sup>37</sup> No existe para ellas la figura *honoris causa*.

Como destaca Acale, superando incluso esta regulación desigual, los Códigos Penales posteriores beneficiarán al marido que, en el caso de homicidio o lesiones graves, recibirá la mera pena de destierro y si produce lesiones no tan graves, no recibe pena alguna.<sup>38</sup>

34 Jacobo Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos y Lourdes Ruiz de Gordejuela López, “Código penal de 1822”, en *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, tomo 1, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 64.

35 *Ibidem*, p. 144.

36 *Idem*.

37 *Ibidem*, p. 140.

38 Cfr. María Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 26.

### c) *Los delitos de luxuria*

Lujuria y pecado se entrelazaban, tal como se confundían pecado y delito, moralidad y religión. La licitud en el sexo quedaba circunscrita al matrimonio y a la procreación, por lo que eran delictivos el incesto, la sodomía, el bestialismo y el adulterio.

El tratamiento del adulterio se sujetaba a la defensa del honor del marido. Dice el artículo 683:

La mujer casada que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años. Si el marido muere sin haber pedido la soltura, y faltare más de un año para cumplirse el término de la reclusión, permanecerá en ella la mujer un año después de la muerte del marido; y si faltare menos tiempo, acabará de cumplirlo. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la mujer, y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, a no ser que este consienta lo contrario.<sup>39</sup>

Añade el art. 684 que:

El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes: Primero: si ha consentido a sabiendas el trato ilícito de su mujer con el adúltero. Segundo: si voluntaria y arbitrariamente separa de su lado y habitación a la mujer contra la voluntad de esta, o la abandona del mismo modo. Tercero:

si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su mujer.<sup>40</sup>

El engaño a la mujer debía tener entidad suficiente y ser efectivo. La prostituta también resultaba protegida, pero en menor medida.<sup>41</sup> Dice el artículo 688:

El que abuse deshonestamente de una mujer no ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con las apariencias de verdadero, sufrirá la pena de ocho a doce años de obras públicas, con igual destierro mientras viva la ofendida. Si la engañada fuere mujer pública, conocida como tal, sufrirá el reo de matrimonio fingido tres a seis años de obras públicas, y cuatro más de destierro del pueblo donde cometiere el delito.

### d) *Publicidad de la ejecución de la pena de muerte*

El Código determinaba que la pena de muerte se ejecutaría por garrote, sin tortura ni otras mortificaciones previas (art. 38). Pero quedaba claro su aspecto ejemplarizante. Dice el artículo 39 que:

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Cfr. María José Collantes de Terán de la Hera, “De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas... del adulterio y del estupro alevoso (Latinoamérica)”, en Juan Terradillos Basoco, *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, p. 64.

<sup>39</sup> Jacobo Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos y Lourdes Ruiz de Gordejuela López, *op. cit.*, p. 157.

La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera o de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningún caso, y colocado fuera de la población; pero en sitio inmediato a ella, y proporcionado para muchos espectadores.<sup>42</sup>

Los artículos siguientes detallan los pasos para la ejecución al más mínimo detalle: conducido “con túnica y gorro negros, atadas las manos y en una mula” (art. 40). “En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de *traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen*, etc. Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente” (art. 41). “Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadáver expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol [...]” (art. 46).<sup>43</sup>

### e) Charlatanes y curanderos

El Capítulo I del Título IV se ocupa “De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia o flebotomía”. Indica el artículo 363 que aquel que:

[...] sin legal aprobación, conforme a los reglamentos respectivos, ejerciere la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia o la flebo-

tomía, pagará una multa de veinte y cinco a doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno a seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideración a los pacientes a quienes asistió o suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno a seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso [...].<sup>44</sup>

Añade el artículo 365 que:

En conformidad de la disposición del artículo 363, y con sujeción a las penas establecidas en él, por ningún motivo ni bajo pretexto o denominación alguna se permitirán curanderos o charlatanes, ya sea en la ocupación de asistir a enfermos, o ya en la de dar o vender remedios simples o compuestos de ninguna especie. Cualquiera persona que sin autorización competente venda o suministre remedios simples o compuestos de cualquiera especie, aunque se titulen preservativos o de otra cualquier manera, será también castigada con arreglo al artículo 363.<sup>45</sup>

### f) Otras instituciones polémicas

El Código Penal de 1822 consagraba otra serie de soluciones que hoy serían totalmente inaceptables, pero incluso entonces no dejaban de ser sorprendentes. Así, por ejemplo, se encuentra el sorteo de la pena de muerte en caso de varios codelincuentes. Dispone el artículo 103:

<sup>42</sup> Jacobo Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos y Lourdes Ruiz de Gordejuela López, *op. cit.*, p. 27.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 92.

Cuando la ley imponga pena fija y determinada se impondrá esta irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado del delito. Pero se declara que cuando por una misma causa o por un mismo juicio incurrieren en pena de muerte más de tres reos, no todos deberán sufrirla, aunque todos deberán ser condenados en la sentencia. Si no llegaren a diez, la sufrirán tres solos. Si llegaren a diez, cuatro; si llegaren a veinte, cinco; y así sucesivamente, aumentándose por cada diez, uno. A este fin serán sorteados todos los comprendidos en la sentencia; y aquellos a quienes no tocara la suerte, serán destinados a trabajos perpetuos después de ver ejecutar la pena capital en sus compañeros. Sin embargo, si entre los reos sentenciados a muerte hubiere alguno de más gravedad que los otros, sufrirá la pena sin entrar en el sorteo, y se verificará este entre los demás hasta completar el resto de los que deban morir, sin que excedan unos y otros del número prescrito en el párrafo precedente; entendiéndose por reos de más gravedad para excluirlos del sorteo en la misma sentencia solo los que siguen: Primero: los que hubieren sido condenados a muerte como jefes, cabezas o directores de los otros reos sentenciados a la misma pena. Segundo: los que lo hubiesen sido como autores del delito, no teniendo los demás reos sentenciados a muerte más carácter que el de cómplices, auxiliadores o encubridores. Tercero: los que hayan incurrido en la pena capital por un delito más que los otros sentenciados a la propia pena. Cuarto: los que tengan contra sí la circunstancia particular, que no concurra respecto de los demás condenados a muerte, de incurrir también en pena de infamia, o haberse libertado otra vez del suplicio por la suerte o por indulto, o haberse fugado de algún establecimiento de castigo, quedándole por cumplir otra conde-

na, o hallarse sentenciados a la pena capital como reincidentes.<sup>46</sup>

Se ha entendido este como un criterio que, hasta cierto punto, demostraba humanitarismo.<sup>47</sup>

La pena de ver ejecutar una sentencia de muerte está prevista en el artículo 62:

El reo condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta a otro, será conducido con el reo principal, en pos de él y en igual cabalgadura; pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos. Llevará también en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor, etc., y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pie del cadalso o tablado mientras se ejecuta el castigo principal.

No todo era negativo. El código consagra el derecho penal del hecho, ya que según el artículo 9, *el pensamiento no delinque*, y considera excepcional el castigo de los *actos preparatorios* en su artículo 6.<sup>48</sup> Pero las contradicciones son evidentes. El artículo 1, al mismo tiempo que consagra principios como el de legalidad penal, los viola creando una presunción de dolo contra el reo:

Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 39.

<sup>47</sup> Cfr. Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 135.

<sup>48</sup> Cfr. Juan Terradillos Basoco, "Constitución de 1812 y sistema penal", *op. cit.*, pp. 121 y sig.

voluntad y malicia, mientas que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario.<sup>49</sup>

El artículo 3 consagra la irretroactividad: “A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración”.<sup>50</sup> Este Código incorpora, por vez primera, como señala García Arán,<sup>51</sup> criterios asociados a los fines de la pena, a través de la retribución (como límite superior de la arbitrariedad) que se verifica en la incorporación de reglas de métrica penal —matemáticas— para individualizar la pena, modelo distintivo en el futuro de las leyes penales españolas. La puesta en escena para la ejecución de la pena de muerte iba, sin duda, dirigida a la intimidación, como forma de prevención general.

#### 4. Influencia de la Constitución de 1812 en los territorios de ultramar

En esos años, el Reino de España se encontraba inmerso en la guerra de la independencia, desatada en los virreinos de ultramar. Muchas provincias se iban proclamando como repúblicas soberanas. Sin embargo, el rechazo a la dominación napoleónica las aproximaba más a Cádiz, por lo que muchos representantes de las provincias ultramarinas participaron en las Cortes constituyentes de

Cádiz, es decir, un número importante de diputados americanos colaboró en la elaboración y sanción de “La Pepa”.

Estos diputados americanos, en total 52, defendieron distintas posiciones políticas: reaccionarias, conservadoras, liberales moderadas o liberales progresistas. Entre sus preocupaciones se encontraba la defensa de principios liberales, como la libertad y la igualdad. Como destaca Antonio Annino, la Constitución de Cádiz “se aplicó en Nueva España, Centroamérica, Perú, Quito, Cuba y en una parte de Colombia. Lo que equivale más o menos al 70 % de la población de la América hispánica”.<sup>52</sup> En su texto, la igualdad ante la ley fue uno de los criterios liberales que predominaron; una igualdad relativa, pues se privó a mulatos y negros de la ciudadanía española y ni siquiera hubo un pronunciamiento sobre esclavos e indígenas.<sup>53</sup>

Las provincias unidas del Río de la Plata no reconocieron la Constitución de Cádiz, pero la tomaron como modelo constitucional y legal. De allí resulta la preeminencia de la religión católica y distintas disposiciones sobre la organización de los poderes públicos.<sup>54</sup> Puede apreciarse, como lo hace Luis Fernando Niño, que en el Río de la Plata se debatían, en el año 1811, los proyectos constitucionales que se tratarían en Cádiz el año

<sup>49</sup> Jacobo Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos y Lourdes Ruiz de Gordejuela López, *op. cit.*, p. 19.

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> Mercedes García Arán, *op. cit.*, pp. 133 y sig.

<sup>52</sup> Antonio Annino, “La americanización de la Pepa”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011, p. 121.

<sup>53</sup> Cfr. Abelardo Levaggi, “Constitución de 1812: presencia latinoamericana”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006, pp. 62 y sig.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 76 y sig.

siguiente, lo que influyó, ya desde entonces, en la futura organización institucional argentina.<sup>55</sup>

## 5. Conclusión. Principales legados político-criminales de “La Pepa”

Como destacara acertadamente Francisco Tomás y Valiente,<sup>56</sup> la Constitución de 1812 se enmarcó en un proceso constituyente desarrollado entre 1808 y 1812, que, como todo suceso de esta naturaleza, abarcó dos fases: la ruptura del orden anterior (fase negativa o destructiva) y la creación de uno nuevo (fase positiva o constructiva). Esto en el plano puramente teórico, pues una caracterización supuestamente tan clara resultó confusa en los hechos: ni la ruptura con lo anterior fue tan positiva, ni el nuevo orden que se pretendía crear estaría exento de la fuerte carga ideológica, social y política del régimen anterior.

“La Pepa” ha aportado *tibiamente* algunos avances liberales respecto de la dignidad de las personas y la separación de poderes —para limitar el poder absoluto del monar-

ca—. Seguramente no se podía hacer más en su época, en la que existían millones de marginados por motivos raciales, económicos, religiosos y por un pasado criminal. Pero, sin duda alguna, marcó una línea de tránsito entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal.<sup>57</sup>

Sin embargo, no puede negarse que fue un texto jurídico signado por las contradicciones, o incluso por la *esquizofrenia*. Era difícil o imposible conciliar absolutismo e ilustración, los dos grandes púgiles que se enfrentaron en la Revolución francesa. Aquí tenemos un texto que defiende profundamente y con exclusividad una confesionalidad católica radical, pero que simultáneamente suprime la Inquisición y permite la libertad ideológica en su artículo 371: “Todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.<sup>58</sup> Como destaca Llamazares,<sup>59</sup> esto contradice el artículo 12 cuando establece que: “La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.<sup>60</sup> Seguramente fue el primer intento de la época de lograr una convivencia pacífica.

55 Cfr. Luis Fernando Niño, “Los delitos contra la moral y las buenas costumbres en la América hispana desde la Conquista hasta nuestros días. Influencia de la Constitución de 1812 en tal materia”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, pp.86 y sig.

56 Francisco Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812: I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 65, 1995, pp. 56 y sig.

57 Cfr. Ricardo M. Mata y Martín, *op. cit.*, p. 46.

58 Constitución Política..., *op. cit.*, fol. 94.

59 Dionisio Llamazares, “La Constitución de 1812: entre la contradicción y la dialecticidad”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Marginalidad, cárcel, las “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, p. 190.

60 Constitución Política..., *op. cit.*, fol. 4.

La Constitución de 1812 consagra el ideal iluminista de acceder a la codificación legislativa, lo que supera las recopilaciones anteriores que, sin orden sistemático, materializaban gran inseguridad jurídica. Así nació el primer Código Penal de España en 1822. Este Código Penal de 1822 supone, en definitiva, una mezcla de lo antiguo y de lo nuevo que aporta la ilustración, en la que se consagraron definitivamente algunos importantes principios, como el de legalidad y el de irretroactividad.<sup>61</sup>

## 6. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Mujer, Constitución de 1812 y Derecho Penal”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012.
- ANNINO, Antonio, “La americanización de la Pepa”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011, pp. 121-129.
- ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 18, fasc./mes 2, 1965, pp. 263-278.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS y Lourdes RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, tomo 1, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José, “De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas... del adulterio y del estupro alevoso (Latinoamérica)”, en Juan Terradillos Basoco, *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, pp. 49-66.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José, “La mujer en el proceso inquisitorial: hechicería, bigamia y solicitación”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 87, 2017, pp. 55-87.
- Constitución Política de la Monarquía Española, Cádiz, 1812.
- DELGADO RAMOS, David, “La Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822: de la revolución constitucional a la revolución del Derecho penal”, en Gregorio María Callejo Hernanz y Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 103-114.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Los fines de la pena en el Código Penal español de 1822: tradición y modernidad”, en Gregorio María Callejo Hernanz y Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 127-138.
- LEVAGGI, Abelardo, “Constitución de 1812: presencia latinoamericana”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006, pp. 57-81.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “La Constitución de 1812: entre la contradicción y la dialecticidad”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Marginalidad, cárcel, las*

<sup>61</sup> Cfr. Araceli Manjón-Cabeza, “Constitución de 1812 y código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, p. 165.

- “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, pp. 187-205.
- LOZANO SALADO, Lola, “A la sombra de la libertad. Pobres, delincuentes, esclavos y otros excluidos de la sociedad”, en Juan María Terradillos Basoco, *Marginalidad, cárcel, las “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, pp. 11-48.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Constitución de 1812 y código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, pp. 143-172.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., “La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz”, *Revista Penal México*, núm. 13, 2017, pp. 45-58.
- NIÑO, Luis Fernando, “Los delitos contra la moral y las buenas costumbres en la América hispana desde la conquista hasta nuestros días. Influencia de la Constitución de 1812 en tal materia”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, pp. 67-102.
- Novísima Recopilación de las leyes de España. Libro XII: De los delitos y sus penas y de los juicios criminales*, España, 1805.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Religión y política (a propósito del Estado laico)”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “De las Cortes de Cádiz al CP de 1822”, en Gregorio María Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón (coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 33-44.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Constitución de 1812 y sistema penal: ¿un ensayo garantista?”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: reflexiones jurídicas en la víspera del bicentenario*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Ideología y valores religiosos en la Constitución de Cádiz: protección jurídico penal”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Marginalidad, cárcel, las “otras creencias”: primeros desarrollos jurídicos de “La Pepa”*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2008, pp. 161-186.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La tutela penal de las, así llamadas, buenas costumbres”, en Juan Terradillos Basoco (coord.), *Política criminal de La Pepa. El Derecho penal de la cotidianeidad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, pp. 131-149.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Génesis de la Constitución de 1812: I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 65, 1995, pp. 13-126.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



# La constitucionalidad de la prisión permanente revisable a debate a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español

*The Constitutionality of the Revisable Life Imprisonment under Debate Through the Doctrine of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court*

• **Carmen González Vaz** •

Profesora de Derecho Penal  
Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF Universidad)

La constitucionalidad de la prisión permanente revisable  
a debate a través de la doctrina del tribunal europeo de  
derechos humanos y del tribunal constitucional español

*The Constitutionality of the Revisable Life Imprisonment under Debate  
Through the Doctrine of the European Court of Human Rights and the  
Spanish Constitutional Court*

• Carmen González Vaz • Colegio Universitario de Estudios Financieros •

**Fecha de recepción**

14-10-2024

**Fecha de aceptación**

28-11-2024

**Resumen**

En 2015, se introdujo en el ordenamiento jurídico español la conocida como “prisión permanente revisable” atendiendo al clamor de la sociedad derivado del rechazo a recientes crímenes mediáticos. A pesar de que tuvo una buena acogida en la sociedad, una gran parte de la doctrina penal enseguida señaló su incompatibilidad con el mandato constitucional de la finalidad resocializadora de la pena.

**Palabras clave**

Constitucionalidad; Estado de derecho; prisión permanente revisable; resocialización; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract**

In 2015, the so-called “revisable life imprisonment” was introduced into the Spanish legal system in response to the clamor that society had been demanding in rejection of recent media crimes. However, and even though it was well received by society, a large part of criminal doctrine immediately pointed out its incompatibility with the constitutional mandate of the resocializing purpose of the sentence.

**Keywords**

Constitutionality; rule of law; life imprisonment; resocialization; European Court of Human Rights.

## Sumario

1. Introducción. / 2. La finalidad de la pena en el Estado de derecho español. / 3. La prisión permanente revisable: contexto, la postura del tribunal europeo de derechos humanos y compatibilidad con el convenio europeo de derechos humanos. / 3.1 Contexto de la prisión permanente revisable. / 3.2 Compatibilidad de las penas de larga duración y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. / 4. La constitucionalidad de la prisión permanente revisable: la STC 169/2021, del 6 de octubre. / 5. Conclusión. / 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

En palabras de Muñoz Conde y García Arán, se puede definir la pena como el “mal (en el sentido de privación o restricción de derechos) que prevé el legislador por la comisión de un delito para el culpable o culpables del mismo”.<sup>1</sup> Esta es la consecuencia jurídica derivada del delito más antigua y que se ha aplicado con más normalidad.

La pena ha respondido a distintas naturalezas a lo largo de la historia y, además, dependiendo del régimen político que imperase en el Estado en cuestión. Así, y como se estudiará después, ha evolucionado hasta nuestros días, conforme una serie de principios y valores que la hacen compatible con el Estado de derecho la han ido limitando.

En las últimas décadas se ha desarrollado una tendencia del uso de esta como herramienta política, que consiste en prometer el incremento de penas en el Código Penal como panacea en medio de un populismo punitivo

desbocado.<sup>2</sup> Es así como surge en nuestro ordenamiento jurídico la prisión permanente revisable, que ha producido no pocas incompatibilidades con el Estado de derecho y causado un gran descontento entre la mayor parte de la doctrina penal española.

Y es que la prisión permanente revisable amenaza la finalidad de la pena, con lo que adquiere un matiz cada vez más parecido al del derecho penal del enemigo; es decir, uno en el que se concibe la pena únicamente como un elemento de inocuización del sujeto que no se encuentra “capacitado” para vivir en la sociedad.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 43.

<sup>2</sup> Carmen González Vaz, “Un acercamiento al derecho penal de autor en el Código Penal español”, *Revista Penal México*, núm. 22, enero-junio, 2023, p. 80. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/21907/642-Texto%20del%20articulo-2512-1-10-20230303.pdf?sequence=2> (última consulta: 28/11/2024).

<sup>3</sup> En palabras de Díez Ripollés: “[...] el auge de los mecanismos de inocuización selectiva,

## 2. La finalidad de la pena en el Estado de derecho español

La finalidad de la pena no ha sido perenne a lo largo de la historia. Así, durante el Antiguo Régimen, las penas se caracterizaban por su crueldad, arbitrariedad y desproporcionalidad.<sup>4</sup>

Antes de la instauración del Estado de derecho democrático, esta tenía una finalidad esencialmente retributiva,<sup>5</sup> es decir, de castigo al sujeto que cometía un delito, por un lado, y que servía, al mismo tiempo, de intimidación, por otro. De este modo, se trataba de advertir a la sociedad que se castigaría a todo aquel individuo que actuase en contra de la voluntad del monarca. Asimismo, la pena no respondía a los principios de dignidad de la persona, puesto que podía consistir en castigos “infames”, corporales e incluso la tortura o la muerte, sin considerar la propor-

cionalidad entre la gravedad del delito y su consecuencia jurídica.<sup>6</sup>

No fue sino hasta la llegada de autores como Beccaria, gracias a su obra *De los delitos y sus penas*, cuando se sentaron las bases de un derecho penal más garantista y comprometido con la dignidad del reo. Beccaria apostó y abogó por, entre otras cuestiones, la proporcionalidad de la pena, alegando que “(n)o solo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad [...]. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”.<sup>7</sup>

La pena continuó evolucionando hacia su humanización, pero seguía sin alcanzar los estándares necesarios para ajustarse a las características de un Estado de derecho. Durante la Segunda República y la posterior dictadura de Franco, fue protagonista la llamada Ley de Vagos y Maleantes,<sup>8</sup> la cual castigaba

directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la gestión administrativa de riesgos, inevitable en las complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes” (José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, núm. 71, 2008, p. 211).

4 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 88 y ss.

5 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

6 Miguel Bajo Fernández y Juan Antonio Lascuráin Sánchez, “El Derecho Penal: Concepto”, en Juan Antonio Lascuráin Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 40.

7 Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 25. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/eedbf599-daa5-4b33-8a7b-709373b4b1c9/content> (última consulta: 29/11/2024).

8 Carmen González Vaz, “La evolución de la legislación antiterrorista nacional desde el terrorismo anarquista hasta la reforma del año 2015 del Código Penal”, *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, 2022, p. 197 y ss. Disponible en: [https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039\\_0010\\_10.pdf](https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039_0010_10.pdf) (última consulta: 28/11/2024).

a las personas por su peligrosidad y no por la conducta típica realizada. De hecho, la pena de muerte se seguía aplicando durante los años de la dictadura por medio del garrote vil y la ejecución por parte de la justicia militar, incluso con efectos retroactivos, hasta 1934.<sup>9</sup>

Habría que esperar a la entrada en vigor de la Constitución Española (CE) para que se llevara a cabo una completa modificación del sistema de penas, con la cual desaparecieron la pena de muerte y las consistentes en torturas o tratos inhumanos o degradantes.<sup>10</sup>

La pena, entonces, pasó a definirse por su carácter garantista y a sujetarse a límites, descritos en forma de principios político-criminales y determinados por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas. De este modo, se priorizan la dignidad de la persona y su reinserción,<sup>11</sup> la aplicación de sanciones después de celebrarse un juicio justo,<sup>12</sup> el derecho a la presunción de inocencia<sup>13</sup> y el principio de legalidad y las garantías que de él derivan.

No obstante, y aunque las penas han alcanzado altas cotas de garantismo, en los últimos años, estamos siendo testigos de una exacerbación y endurecimiento de las penas de prisión. En efecto, especialmente en las últimas décadas, asistimos a un uso instrumental del derecho penal,<sup>14</sup> que se focaliza

especialmente en la pena; concretamente, en su aumento.<sup>15</sup>

La exacerbación de la pena responde a la acción política, derivada, a su vez, de un populismo punitivo cada vez más acusado. Casos como Marta del Castillo, Diana Quer o la Manada son algunos ejemplos de cómo la acción desmedida, sesgada y exagerada de los medios de comunicación<sup>16</sup> provoca en la población un miedo desbocado. El bombardeo de este tipo de noticias, las entrevistas a las víctimas o a los familiares de las víctimas, cuyos datos nada aportan al caso, desde el punto de vista objetivo y penal, hacen que los espectadores “conecten” con su sufrimiento y empaticen con ellos. Así, ante el pavor de ser “la próxima víctima”, la población exige más seguridad a las instituciones estatales. Ante esta petición, el legislador reacciona mediante la modificación del Código Penal, usualmente, para aumentar las penas.

No obstante, esta medida no es la más acertada. No se ha demostrado que, con el aumento de la pena, el índice de criminalidad

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 198 y ss.

<sup>10</sup> Mercedes Pérez Manzano y Manuel Cancio Meliá, “Capítulo IV. Principios del Derecho Penal (III)”, en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *op. cit.*

<sup>11</sup> Constitución Española (CE), 29 de diciembre de 1978, art. 25.2.

<sup>12</sup> CE, art. 24.

<sup>13</sup> CE, art. 25.2.

<sup>14</sup> Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del*

*Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Madrid, Edisofer, 2011, p. 132; Maria Marquès i Banqué, “Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo”, *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, diciembre, 2017, p. 704 y Enzo Musco, “La irracionalidad del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, p. 2.

<sup>15</sup> Francisco Muñoz Conde, “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, *Revista Penal*, núm. 54, julio, 2024, p. 177.

<sup>16</sup> José Luis Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, enero-abril, 2002, p. 66.

disminuya, pero sí que ha provocado un detrimento de la calidad democrática del Estado de derecho, principalmente porque el objetivo perseguido, al menos de forma intencional, no es el de proteger bienes jurídicos y prevenir la comisión de delitos (lo que debe ser una de las funciones del derecho penal),<sup>17</sup> sino “contentar” el clamor popular<sup>18</sup> y, de este modo, apaciguarlo. Esta función de tranquilización debería entenderse como latente,<sup>19</sup> empero, cada vez tiene más atención del legislador, con lo que se constituye un derecho penal simbólico.<sup>20</sup>

Esto contradice principalmente la finalidad de la pena en un Estado de derecho, es decir, la combinación de las funciones preventiva y retributiva. Pero, como se puede observar, en la estrategia antedicha solamente se estaría apostando por la retribución, la “venganza” o el mero castigo del sujeto y, sobre todo, por su segregación de la sociedad en la que no se adapta para la convivencia.<sup>21</sup>

Esta consecuencia se acrecienta, aun más, con la prisión permanente revisable.

### 3. La prisión permanente revisable: contexto, la postura del tribunal europeo de derechos humanos y compatibilidad con el convenio europeo de derechos humanos

#### 3.1 Contexto de la prisión permanente revisable

Para encontrar el origen en España de la prisión permanente revisable, debemos remontarnos a los polémicos asesinatos que ocurrieron en 2008 y 2009. Efectivamente, los asesinatos de Marta del Castillo y Mariluz Cortés<sup>22</sup> condujeron a que una población indignada se manifestara en contra de estos hechos y exigiera a los poderes públicos, a su vez, una respuesta más contundente a este tipo de crímenes. Dichas movilizaciones tomaron el nombre de “caravanas pro cadena perpetua”<sup>23</sup> y tuvieron su participación en numerosas ciudades españolas.

17 Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, enero, 1991, p. 22.

18 Margarita Roig Torres, “La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH”, *Revista Penal*, núm. 54, julio, 2024, p. 232. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/RP.54.12>

19 José Luis Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico...”, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

20 *Ibidem*.

21 De acuerdo con Fichte, el abandono del contrato ciudadano lleva como consecuencia la pérdida de la totalidad de sus derechos, lo que significa que legítimamente queda totalmente excluido. *Vid.* Johann Gottlieb Fichte, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina ciencia (1796-1797)*, traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos

Valera y Faustino Oncina Coves, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 270 y 271.

22 Margarita Roig Torres, “La regulación de la prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 217.

23 Ana María Ortiz, “340.000 firmas por la prisión permanente: ‘Derogarla es un paso atrás en la democracia’”, *El Mundo*, 13 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/01/13/5a5919eaca4741c53d8b4617.html> (última consulta: 28/11/2024).

Atendiendo a estas exigencias, se incorporó la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 1/2015; el fundamento se expresa de la siguiente manera: “[...] se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”.<sup>24</sup>

La medida no fue bien recibida entre la doctrina, que la tachó, incluso, de inconstitucional, tal como veremos más adelante. No obstante, y a pesar de no contar con el apoyo doctrinal, esta es una figura frecuente en los ordenamientos jurídicos de los países europeos:

País	Límite mínimo para la revisión de la pena
Alemania	15 años
Austria	15 años
Bélgica	15 años
Bulgaria	20 años
Chipre	12 años
Dinamarca	12 años
Finlandia	12 años
Francia	18 años
Grecia	20 años
Hungría	20 años
Irlanda	7 años
Italia	26 años
Liechtenstein	15 años
Luxemburgo	15 años
Macedonia	15 años
República Checa	20 años

<sup>24</sup> Ley Orgánica 1/2015, España, 31 de marzo de 2015, “Preámbulo”.

Rumanía	20 años
Suecia	10 años
Suiza	10 años

Como se puede observar, la fecha en la que se fija la primera revisión varía; España estipula una de las más tardías: 25 años.

### 3.2 Compatibilidad de las penas de larga duración y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como se ha podido observar, la prisión permanente revisable es una figura polémica que genera dudas sobre su compatibilidad, incluso, con los derechos humanos. No es de extrañar, pues, que esta misma consulta haya llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el cual ha arrojado un poco de luz en torno a la eventual (o no) compatibilidad de esta figura con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

El TEDH determinó en la sentencia relativa al caso *Vinter y otro c. Reino Unido*, que “los Estados parte gozan de un margen de apreciación para decidir la adecuada duración de las penas de prisión a imponer en determinados delitos”.<sup>25</sup> De esto se puede deducir, pues,

<sup>25</sup> Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Vinter y otros c. el Reino Unido*, núm. 66069/09, 130/10 y 3896/10 de, Gran Sala, 9 de julio de 2013, p. 43. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rc=t=j&opi=89978449&url=https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DCHR%26id%3D001-139681%26filena->

que al TEDH no le corresponde decidir cuáles son las condiciones o la duración de la pena, sino que los Estados parte son libres de establecerlas, siempre que se respete el CEDH. Ahondando más en la doctrina del TEDH sobre este respecto, los Estados pueden imponer una pena de prisión de estas características si se respetan y reúnen los siguientes presupuestos:

- El sujeto al que se le aplique debe ser mayor de edad.
- Las condiciones de la pena no deben contradecir los principios reconocidos por el CEDH.
- La pena en cuestión debe tener carácter redimible, o lo que es lo mismo, “que el condenado a cadena perpetua tenga perspectivas de alcanzar la libertad y exista la posibilidad de someter a revisión su condena para su conmutación, remisión, terminación u obtención de la libertad condicional”.<sup>26</sup> El sujeto condenado a esta clase de pena debe tener la oportunidad de poder gozar de la libertad condicional o de la suspensión de la pena. De este modo, el individuo en cuestión podrá estar empujado por esta esperanza de poder acabar con su pena perpetua para trabajar en su resocialización, ya que, si no exis-

tiera esta posibilidad, el sujeto no se esforzaría, al conocer que su destino no contemplaría la libertad. De esta manera, se “salvaguardaría” el derecho a reinserción que, en el caso del ordenamiento jurídico español, se reconoce en el artículo 25.2 de la CE.

Ahora bien, en el supuesto en el que el condenado cumpliera de forma íntegra la pena, ¿se estaría contradiciendo al CEDH? La respuesta, de acuerdo con el TEDH, resulta negativa. Según el razonamiento del Tribunal, el sujeto cuenta con la posibilidad de quedar en libertad y, si no la alcanza, esto sería porque no ha logrado reducir su peligrosidad de modo suficiente para volver a vivir en sociedad. Igualmente lo ilustra García Pérez cuando expresa que “esto es legítimo, dice el TEDH, porque los Estados están obligados a proteger a sus ciudadanos frente a delitos violentos, el Convenio no prohíbe la imposición de penas de duración indeterminada que se ejecutan mientras sea necesario para la defensa de la sociedad, y la evitación de la reincidencia del delincuente es uno de los fines básicos de las penas privativas de libertad”.<sup>27</sup>

Por otra parte, y en relación con los plazos, el TEDH destaca una doctrina idéntica a la anterior, solo que con los siguientes matices:

- El plazo para realizar la primera revisión de la pena no debe ser muy extenso. Se recomienda no exceder los 25 años. Si nos acercamos a la legislación española, este requisito se da por cumplido, pues el plazo

me%3D001-139681&ved=2ahUKEwiegN7t5f-JAxVrTKQEHRaxGogQFnoECBcQAQ&usg=AOvVaw18etKd4oEDrQbPw7c3ZCq8 (última consulta: 28/11/2024).

<sup>26</sup> Octavio García Pérez, “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, p. 429.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 430.

para realizar la primera revisión se sitúa en ese plazo.<sup>28</sup>

- Para que se pueda cumplir con esta esperanza que empuje al sujeto a trabajar en su resocialización, no se puede ofrecer una sola revisión, sino que se deberá contar con varias oportunidades. Esto también lo determina nuestra legislación al establecer que “extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional”.<sup>29</sup>

#### 4. La constitucionalidad de la prisión permanente revisable: la STC 169/2021, del 6 de octubre de 2021

Ahora bien, y como se anticipó más arriba, la doctrina no ha acogido de forma positiva la prisión permanente revisable, esgrimiendo, principalmente, el argumento de que se opone a muchos derechos fundamentales y principios básicos de nuestro Estado de derecho democrático.

Uno de los principales representantes de esta corriente se personifica en el profesor Gimbernat. El penalista español explica que una pena de prisión tan larga no goza de gran

utilidad desde los puntos de vista penal y de la política, pues:

[...] un encarcelamiento en estas condiciones, que sólo puede tener como consecuencia el aniquilamiento físico y moral del recluso, es impropio de un Estado social de Derecho, atenta contra la dignidad humana, el fin resocializador de las penas y la prohibición de tratos inhumanos, y hace todo lo contrario de lo que prescriben las recomendaciones del Consejo de Ministros europeo.<sup>30</sup>

Insiste, además, y basándose en estudios científicos, que las penas que se alargan tanto producen daños irreversibles en la personalidad, conducta y salud mental del recluso, por lo cual argumenta que la solución más razonable y útil sería la aplicación de una medida de seguridad adecuadamente diseñada para la reducción de la peligrosidad del sujeto, en lugar de la prisión permanente revisable.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, “Contra la prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 71, fasc./mes 1, p. 497. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2018-10049100498](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2018-10049100498) (última consulta: 28/11/2024).

<sup>31</sup> Explica Gimbernat que “[...] esa peligrosidad no debe combatirse prolongando la pena de prisión, que sólo debe imponerse por los hechos pasados: esa peligrosidad se combate, no con la prisión, sino con medidas de seguridad de carácter no afflictivo como las de internamiento en un centro no penitenciario o, en los casos en que ello sea suficiente, con otras de carácter ambulatorio. Mi rechazo de la prisión permanente revisable se basa en que es inútil desde un punto de vista de prevención general, en que, desde el de la

<sup>28</sup> Código Penal, España, 24 de mayo de 1996, art. 78 bis (última reforma publicada el 30 de marzo de 2015).

<sup>29</sup> *Ibidem*, art. 92.4 (última reforma publicada el 30 de marzo de 2015).

En 2015 dicha pena fue motivo del recurso de inconstitucionalidad 3866-2015, que fue desestimado mediante la STC 169/2021, el 6 de octubre de 2021. La resolución se basa en una serie de factores para analizar su constitucionalidad: la prohibición de penas inhumanas y degradantes, el principio de proporcionalidad de las penas, y el principio de resocialización de las penas.

La sentencia que se comenta se ha calificado como poco original y demasiado apegada a la doctrina del TEDH.<sup>32</sup> Y es que el Tribunal Constitucional (TC) utiliza buena parte de los argumentos esgrimidos por la doctrina del TEDH para resolver el recurso de inconstitucionalidad. De este modo, argumenta que, al ser revisable, esta pena no pecaría de inconstitucionalidad, pues el sujeto tiene una “oportunidad” de poder optar por la libertad. Asimismo, defiende que, a pesar de que las penas de prisión de larga duración se con-

sideran como inhumanas,<sup>33</sup> existen “estrategias dirigidas a humanizar su cumplimiento”,<sup>34</sup> como “la posibilidad de disfrutar de permisos y salidas al exterior”.<sup>35</sup> Sin embargo, y tal como denuncia Varona Gómez, el plazo de la primera revisión se fija en un período de cumplimiento demasiado elevado, es decir, con carácter general de 25 años, pero en casos excepcionales, en 30 e incluso 35 años de cumplimiento íntegro de la pena.<sup>36</sup> Esto no ofrece al recluso una expectativa o esperanza

prevención especial, ciertamente que hay que —una vez cumplida su condena— proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos, pero no con la prolongación de la pena de prisión, sino con medidas de seguridad” (*ibidem*, p. 498).

32 En palabras de Varona Gómez: “Estamos ante una sentencia decepcionante, impropia de un alto tribunal estatal, por su escasa argumentación y nula profundización en los aspectos clave que plantea la PPR [prisión permanente revisable] [...] la argumentación de nuestro T.C. se limita a una exégesis, y además sesgada, de la jurisprudencia del TEDH sobre la cadena perpetua” (Daniel Varona Gómez, “*Quo vadis T.C.? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR)*”, STC 169/2021”, *InDret Criminología. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2022, pp. vi y vii).

33 De acuerdo con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, las estancias en prisión prolongadas provocan múltiples sufrimientos de distinta naturaleza (física, psíquica y emocional), llegando incluso a afirmar que podría actuar como un facilitador para la reincidencia para el sujeto. *Vid.* Ministerio del Interior, *La estancia en prisión: consecuencias y reincidencia* (Documentos penitenciarios, núm. 16), pp. 25 y ss. Disponible en: [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/La\\_estancia\\_en\\_prision\\_126170566\\_web.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/La_estancia_en_prision_126170566_web.pdf) (última consulta: 29/11/2024).

34 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 169/2021, 6 de octubre de 2021 (Ponente: Encarnación Roca Trías), FJ4.

35 Manuel Atienza y Carmen Juanatey Dorado, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, 8 de febrero de 2022. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/02/24/comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-la-prision-permanente-revisable> (última consulta: 06/09/2022).

36 Daniel Varona Gómez, “*Quo vadis T.C....*”, *op. cit.*, p. VIII.

realista para su resocialización y, por ende, para su liberación.

Por otra parte, el Tribunal entra también a valorar la proporcionalidad de la pena en relación con su constitucionalidad. En líneas generales, el TC argumenta que no se pone en entredicho la utilidad de la medida para salvaguardar el bien jurídico protegido (en la mayor parte de los casos, la vida humana), pues esta dilatación o gravedad de la pena constituye una herramienta de disuasión. En esta misma línea, el TC argumenta que el legislador, a su vez, tiene un margen para poder introducir esta institución en el ordenamiento jurídico y que, además, con ello, la legislación se asemeja a las del entorno europeo. Ahora bien, el TC no especifica a qué tipo de disuasión se refiere, incluso la da por indiscutible y demostrada, lo que autores como Varona Gómez califican como “un acto de fe”,<sup>37</sup> ya que no aporta un proceso de razonamiento y justificación que disipe toda duda.

Pero el aspecto más polémico de la sentencia es el relativo al principio de resocialización de la pena. En efecto, como hemos visto anteriormente, ya la doctrina ha denunciado la fricción con este. El TC, al usar la doctrina del TEDH a su favor, argumenta que dicho mandato se cumple por el “carácter revisable de la pena”, pero que, sin embargo, resulta “necesario reforzar la función moderadora” que el principio de reinserción social “debe ejercer sobre la prisión permanente revisable”.<sup>38</sup> En efecto, como antedicho, las penas de prisión de larga duración derivan en consecuencias muy negativas para la salud

mental del sujeto e incluso, paradójicamente, para su resocialización.<sup>39</sup>

Sin embargo, por el mismo motivo que se producen estas consecuencias tan negativas y que, *a priori*, vulneran una gran cantidad de principios y derechos propios de un Estado de derecho, el TC debería haber argumentado de forma más sólida y profunda las “virtudes” de esta pena, disipando cualquier duda que pudiera plantear el “encaje de la prisión permanente revisable en el ordenamiento jurídico español”.<sup>40</sup>

De hecho, el propio voto particular considera la prisión permanente revisable como una pena “diseñada legislativamente como potencialmente perpetua”,<sup>41</sup> lo que contradice el principio de progresividad por el que se entiende que, con el desarrollo de los años, la pena debe caminar hacia una mayor *ratio* de la humanización de las penas.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> En palabras de Varona Gómez “la cadena perpetua añade a las habituales ‘penalidades del encarcelamiento’ una adicional, que es el sufrimiento derivado de la incertidumbre y la indeterminación. Efectivamente, la diferencia fundamental entre las penas muy largas de prisión y la prisión permanente revisable es que los condenados a penas de prisión largas tienen un horizonte definido de condena, algo de lo que carecen los condenados a prisión permanente revisable, sobre los que pesa así un sufrimiento específico derivado de la posibilidad no remota, de que su condena sea en realidad una ‘condena a morir en la cárcel’” (Daniel Varona Gómez, “*Quo vadis TC...*”, *op. cit.*, p. X).

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> STC 169/2021, “Voto particular”, *op. cit.*

<sup>42</sup> Así mismo lo explica el propio voto particular, argumentando que “esta conclusión viene avalada por el principio de progresividad,

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. ix.

<sup>38</sup> STC 169/2021, *op. cit.*

## 5. Conclusión

No se puede dudar de la polémica y fricciones que ha causado la inclusión de la prisión permanente revisable en el ordenamiento jurídico español. Ante el análisis realizado, y aunque el TC haya concluido en su sentencia 169/2021, del 6 de octubre de 2021, que esta institución conserva su constitucionalidad, lo cierto es que podemos destacar varias razones por las que el TC debería haber estimado el recurso 3866-2015 y, por ende, declarado la prisión permanente revisable como inconstitucional.

Así, y siguiendo con el razonamiento, se trata de una pena que contradice el principio de progresividad. Es decir, un Estado de derecho democrático, como el español, debería avanzar hacia la humanización de las penas; hacia la abolición de las penas inhumanas y degradantes. De este modo, y con la dignidad humana como estandarte, la prisión permanente revisable no tiene cabida en el catálogo de consecuencias jurídicas derivadas del delito, más aun cuando se trata de una pena potencialmente perpetua, pues establece la primera revisión a los 25 años en los casos generales, pero hasta 30 o 35 si concurren circunstancias excepcionales.

Por otra parte, y teniendo en cuenta las cifras de criminalidad de España, no se trata de una inclusión necesaria para el ordena-

miento jurídico español. De acuerdo con el Ministerio del Interior,<sup>43</sup> España se caracteriza por ser uno de los países de la Unión Europea con menor tasa de criminalidad. Una cifra que, además, cada año va reduciéndose, con lo cual el país se está consolidando como uno de los territorios más seguros. No obstante, la propia exposición de motivos de la LO 1/2015, del 31 de marzo, defiende que:

La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido.<sup>44</sup>

Por lo tanto, no estamos ante una verdadera necesidad empírica, sino ante un populismo punitivo galopante, en el cual el poder político ha encontrado un rédito electoral interesante a partir de ciertos casos polémicos y con gran protagonismo y audiencia. Esto deriva, como hemos visto, en un derecho penal simbólico, que no se preocupa por satisfacer

---

conforme al cual se asume el principio de avanzar en la plena efectividad de los derechos fundamentales, que en este contexto es la irrenunciable finalidad de que la privación de libertad sirva y sea instrumental para la reinserción social del condenado y, por tanto, prohibitiva de penas potencialmente perpetuas" (*idem*).

43 Ministerio de Interior, "La tasa de criminalidad se sitúa en el 48,8 al cierre de 2022", 17 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/eu/detalle/articulo/La-tasa-de-criminalidad-se-situa-en-el-488-al-cierre-de-2022/> (última consulta: 28/11/2024).

44 Ley Orgánica 1/2015, España, 31 de marzo de 2015, "Preámbulo".

las funciones principales del derecho penal (proteger bienes jurídicos), sino que se concentra en dar cobertura a funciones latentes, como, en este caso en concreto, tranquilizar a la población y comulgar con las exigencias de la opinión pública.

No obstante, una de las razones más preocupantes para haber declarado inconstitucional la prisión permanente revisable es, sin duda, la falta de dirección de la pena hacia la reinserción. En efecto, habida cuenta de los acontecimientos que han originado esta prisión, unidos, al mismo tiempo, a las situaciones dantescas en las que se dispone su aplicación, se configura más como una venganza que como una pena que busque la reinserción del sujeto.

Así, no se trata de “re-educar” al sujeto para que vuelva a convivir en la sociedad evitando la comisión de futuros delitos, sino que parece que la pena lleva como dirección la “inocuidación” del sujeto. Es decir, se intenta marginar a quien “no sea capaz” de convivir en sociedad con el resto de sus miembros, por lo que se le “desecha” como partícipe del “contrato social”. Se trata de un razonamiento que se podría considerar, de manera generalizada, como “lógico”, pues si el sujeto no acepta las reglas del “contrato social”, el Estado debe protegerse de su comportamiento, como si de una legítima defensa se tratase.<sup>45</sup> Sin em-

bargo, no hay que perder de vista que España es un Estado de derecho democrático y que, por mucho que la sociedad lo reclame o por muy reprochable y deplorable que haya sido el comportamiento del sujeto, lo cierto es que no se debe sucumbir ante las tentaciones de los impulsos más mundanos. En el Estado de derecho se deben seguir y respetar los límites marcados por los principios y los derechos fundamentales y libertades públicas; de lo contrario, no se podría considerar como “democrático”. El Estado de derecho debe estar a la altura de las circunstancias, aunque esto signifique obrar en contra del contenido social. El Estado de derecho, incluso ante esto, debe prevalecer.

## 6. Bibliografía

ATIENZA, Manuel y Carmen JUANATEY DORADO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, 8 de febrero de 2022. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/02/24/comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-la-prision-permanente-revisable> (última consulta: 06/09/2022).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ, “El Derecho Penal: Concepto”, en Juan Antonio Lascuráin Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 27-46.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid, Universidad Car-

<sup>45</sup> Schilling explica que, al igual que el Estado se sirve de distintos instrumentos para proteger a su población de catástrofes naturales, el derecho penal del enemigo es aquel mecanismo destinado para reducir al mínimo posible la desaparición de la vida humana, para lo cual es esencial la intervención del Estado. Vid. Mario Tomás Schilling Fuenzalida, *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*, Santiago de Chile,

Libro de bolsillo, 2010, pp. 165-199.

- los III de Madrid, 2015. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/eedbf599-daa5-4b33-8a7b-709373b4b1c9/content> (última consulta: 29/11/2024).
- Código Penal, España, 24 de mayo de 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 71, 2008 pp. 70-125.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, enero-abril, 2002, pp. 63-97.
- FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina ciencia (1796-1797)*, traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Covas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 409-459. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.38.5512>
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Contra la prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 71, fasc./mes 1, pp. 491-498. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2018-10049100498](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2018-10049100498) (última consulta: 28/11/2024).
- GONZÁLEZ VAZ, Carmen, “La evolución de la legislación antiterrorista nacional desde el terrorismo anarquista hasta la reforma del año 2015 del Código Penal”, *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, 2022, pp. 193-213. Disponible en: [https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039\\_0010\\_10.pdf](https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039_0010_10.pdf) (última consulta: 28/11/2024).
- GONZÁLEZ VAZ, Carmen, “Un acercamiento al derecho penal de autor en el Código Penal español”, *Revista Penal México*, núm. 22, enero-junio, 2023, pp. 79-93. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/21907/642-Texto%20del%20articulo-2512-1-10-20230303.pdf?sequence=2>
- HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, enero, 1991, pp. 17-30.
- Ley Orgánica 1/2015, España, 31 de marzo de 2015.
- MARQUÉS I BANQUÉ, María, “Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo”, *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, diciembre, 2017, pp. 690-730.
- Ministerio del Interior, “La tasa de criminalidad se sitúa en el 48,8 al cierre de 2022”, 17 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/eu/detalle/articulo/La-tasa-de-criminalidad-se-situa-en-el-488-al-cierre-de-2022/> (última consulta: 28/11/2024).
- Ministerio del Interior, *La estancia en prisión: Consecuencias y reincidencia* (Documentos penitenciarios, núm. 16). Disponible en: [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/La-estancia-en-prision\\_126170566\\_web.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/La-estancia-en-prision_126170566_web.pdf) (última consulta: 29/11/2024).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, *Revista Penal*, núm. 54, julio, 2024, pp. 169-177.
- MUSCO, Enzo, “La irracionalidad del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014.
- ORTIZ, AnaMaría, “340.000 firmas por la prisión permanente: ‘Derogarla es un paso atrás en la democracia’”, *El Mundo*, 13 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.el-mundo.es/espana/2018/01/13/5a5919ea-ca4741c53d8b4617.html> (última consulta: 28/11/2024).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes y Manuel CANCIO MELIÁ, “Capítulo IV. Principios del Derecho Penal (III)”, en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- ROIG TORRES, Margarita, “La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH”, *Revista Penal*, núm. 54, julio, 2024, pp. 216-237. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/RP.54.12>
- SCHILLING FUENZALIDA, Mario Tomás, *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010.
- Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Vinter y otros c. el Reino Unido*, núm. 66069/09, 130/10 y 3896/10de, Gran Sala, 9 de julio de 2013, p. 43. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-139681%26filena-me%3D001-139681&ved=2ahUKEwiegN-7t5f-JAxVrTKQEHRaxGogQFnoECBc-QAQ&usg=AOvVaw18etKd4oEDrQb-Pw7c3ZCq8> (última consulta: 28/11/2024).
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 169/2021, 6 de octubre de 2021 (Ponente: Encarnación Roca Trías).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición, Madrid, Edisofer, 2011.
- VARONA GÓMEZ, Daniel, “*Quo vadis T.C.? Sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR)*”, STC 169/2021”, *InDret Criminología. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2022, pp. vi-xi.



Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324

10

**Un “nuevo” derecho penal ante  
los derechos fundamentales:**  
razones de política criminal en las  
reformas penales

*A “New” Criminal Law in the Face of Fundamental  
Rights: Criminal Policy Reasons in Penal Reforms*

• **Elena Núñez Castaño** •

Catedrática acreditada de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0612-5483>

Un “nuevo” derecho penal ante los derechos fundamentales:  
razones de política criminal en las reformas penales

*A “New” Criminal Law in the Face of Fundamental Rights:  
Criminal Policy Reasons in Penal Reforms*

• Elena Núñez Castaño • Universidad de Sevilla •

**Fecha de recepción**

15-10-2024

**Fecha de aceptación**

02-12-2024

**Resumen**

En los últimos tiempos se ha producido un notable incremento en la introducción de tipos penales que afectan directamente el ejercicio de los derechos fundamentales, porque los limitan o incluso, eliminan. Se sancionan delitos de expresión, de opinión, se criminaliza el silencio y se atenta contra la presunción de inocencia. Con ello se están poniendo en peligro las bases y fundamentos de un sistema democrático y de un Estado de derecho. El objeto de este trabajo se centra en la delimitación de la situación actual y el análisis de algunos de los tipos penales concretos que atentarían directamente contra los derechos mencionados.

**Palabras clave**

Delitos de expresión; derechos y libertades fundamentales; discurso del odio; presunción de inocencia; derecho de defensa.

**Abstract**

Recently, there has been a notable increase in the introduction of criminal offenses that directly affect the exercise of fundamental rights, as they limit or even eliminate them. Crimes related to expression, opinion, the criminalization of silence, and violations of the presumption of innocence are being sanctioned. This poses a threat to the foundations of a democratic system and the rule of law. The aim of this paper is to focus on the current situation and analyze some specific criminal offenses that would directly infringe upon the aforementioned rights.

**Keywords**

Crimes of expression; fundamental rights and freedoms; hate speech; presumption of innocence; right to defense.

## Sumario

1. El derecho penal en el nuevo milenio: ¿un nuevo enfoque o un “retorno al pasado”? / 2. La afección de los derechos fundamentales en las últimas reformas penales. / 2.1. La sanción de las ideas y la libertad de expresión. / 2.1.1. Derechos fundamentales y delitos de expresión: algunas consideraciones. / 2.2. Algunas manifestaciones de la sanción de los delitos de expresión. / 2.2.1. Los delitos de opinión. / 2.3. La criminalización del silencio: el derecho a no declarar contra uno mismo y a no autoinculparse como delito. / 2.3.1. Precisiones previas. / 2.3.2. La concreta criminalización del silencio. / 2.4. El consentimiento en materia sexual, la presunción de inocencia y el sistema acusatorio. / 3. Como conclusión: el peligro para el Estado de derecho. / 4. Bibliografía.

### 1. El derecho penal en el nuevo milenio: ¿un nuevo enfoque o un “retorno al pasado”?

Son incontables ya las reformas que ha sufrido el Código Penal en las últimas dos décadas. Algunas más profundas e importantes y otras, aparentemente, con una menor trascendencia. Aunque, como se expondrá, es mera apariencia. ¿Cuál ha sido la motivación de la mayoría, por no decir la práctica totalidad de las reformas operadas? Ya no es ningún misterio para nadie: se ha reconocido de manera genérica que el fundamento se encuentra en una sociedad que está contagiada de miedo, de intolerancia hacia el discrepante y de puritanismo respecto de aquello que queda al margen de lo que se considera “adecuado socialmente” o “correcto”. Y este fundamento no es otro que la reclamación (espontánea o provocada) por parte de esa sociedad de una mayor intervención del Estado, con la creación de nuevos tipos penales que sancionen comportamientos que, hasta el momento, respondían al ejercicio de derechos fundamentales y que, obviamente, se van a ver clara y notoriamente restringidos e, incluso, eliminados.

Lo cierto es que, en este momento y desde hace tiempo, aquel derecho penal garantista y que respondía a los parámetros de intervención mínima y *ultima ratio* no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico penal. De hecho, parece que los ciudadanos, provocados por los mensajes populistas y fáciles que emiten tanto los gobiernos como el resto de los operadores sociales y, esencialmente, los medios de comunicación (incluyendo redes sociales y tecnologías de la información y la comunicación, TIC), se han convencido de que la intervención penal es la respuesta a “todos los males del mundo”, y que cualquier conflicto social, pequeño o grande, del tipo o naturaleza que sea, puede, y lo que es aún peor, debe resolverse por la vía penal. Nada más lejos de la realidad. El derecho penal no sirve para prevenir, aunque esta sea una de las características que lo definen, sino que reacciona frente a un comportamiento que puede afectar de forma clara y directa un bien jurídico.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Fernando Navarro Cardoso, “Aproximación político-criminal a la desinformación”, en

Ciertamente, estas tendencias no han surgido repentinamente en los últimos años, ni siquiera en las últimas décadas, aunque sí ha crecido de manera evidente y exponencial una legislación tendente a la restricción de los derechos fundamentales con la justificación y excusa de lograr una seguridad absoluta, que, por definición, resulta inalcanzable.

Ya a finales del siglo pasado, con la aprobación del Código Penal 95 (CP 95), se empezó a sentir esta tendencia, a través de una importante ampliación de las conductas típicas, pero esencialmente centrada en una expansión del derecho penal hacia ámbitos que, hasta entonces, no abarcaba y que se derivaban principalmente de la necesidad de hacer frente a nuevas realidades, nuevos peligros y nuevas amenazas causados por la evolución social, cultural y tecnológica (aumento de los bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro abstracto, etcétera).

Sin embargo, poco a poco, y casi sin darnos cuenta, esta expansión que, en cierta forma, podría entenderse como legítima (aunque muchas de las nuevas figuras delictivas resultaran altamente cuestionables), fue convirtiéndose en algo radicalmente diferente, que no se encaminaba a la protección de esos nuevos riesgos, sino a la intensificación de la intervención penal en el ámbito de los derechos individuales de las personas, con lo que se quebrantaban los principios básicos informadores del derecho penal. De esta manera, se han adelantado desmesuradamente las barreras de intervención respecto de delitos tradicionalmente existentes, mediante el incremento de penas y recurriendo a delitos

de sospecha, de mera posesión o incluso de expresión, a fin de sancionar todo aquello que pudiera contribuir a la producción de un riesgo, presunto, potencial o inminente, de un bien jurídico.

Este cambio de paradigma en la concepción del derecho penal no solo se refleja en el ámbito jurídico, sino que también se manifiesta en la sociedad, dado que las transformaciones sociales que paralelamente se han ido produciendo, han incidido de manera clara y notoria en la conformación de los principios sustentadores de un Estado de derecho y de los parámetros de delimitación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, entre otros muchos cambios en las relaciones entre el Estado y el individuo.

Ciertamente, los avances sociales y tecnológicos propios de una sociedad del riesgo<sup>2</sup> determinaron, en su momento (y en algunas ocasiones siguen haciéndolo), la necesidad de ampliar el ámbito de intervención del ordenamiento jurídico penal para dar respuesta a fenómenos que, hasta ese momento, no se habían contemplado o considerado como tales. Un ejemplo es el Código Penal de 1995, que introdujo nuevos tipos delictivos para proteger bienes jurídicos que, hasta el momento, no habían encontrado respaldo en el ordenamiento penal (medio ambiente, ordenación del territorio, delitos societarios, etcétera). Otro mucho más reciente es la necesidad de incorporar nuevos objetos materiales del delito en figuras delictivas tradicionalmente existentes porque estos avances tecnológicos

---

León Alapont (dir.), *El Derecho penal frente a las crisis sanitarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 453.

---

2 Sobre la sociedad del riesgo y sus características, *vid.* Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás (trads.), Barcelona, Paidós, 1998, *passim*.

han desterrado o, al menos, provocado un cierto grado de desuso de los contenidos en los preceptos correspondientes.

Obviamente, el ordenamiento jurídico penal, como cualquier otro tipo de ordenamiento, debe dar respuesta a los conflictos sociales, incluso los derivados de los cambios sociales y tecnológicos que pudieran conllevar algún tipo de afección respecto de los intereses de otras personas o, incluso, de la propia sociedad; pero esa es la barrera infranqueable, el límite ineludible que el legislador no debería ignorar (aunque es evidente que, con más frecuencia de la deseada, lo ignora): la afección del bien jurídico, la necesidad de protección de un interés objeto de tutela identificado, concreto y delimitado. Con ello, alguna de las reformas penales que se han producido desde la aprobación del Código Penal de 1995 son plenamente justificables, pero, otras muchas, carecen en absoluto de legitimidad penal, puesto que implican la vulneración de los principios básicos del sistema penal en un Estado de derecho.

Pero el problema es que las reformas penales y sociales o, mejor dicho, los cambios sociales que determinan las reformas penales no concluyeron con una, en algunas ocasiones, legítima expansión del derecho penal a espacios, hasta ese momento, al margen. Por el contrario, sobre la base de responder a esos nuevos riesgos tecnológicos, se fue ampliando, inicialmente poco a poco y, en los últimos años, con una velocidad vertiginosa, la intervención del derecho penal en los derechos de las personas. Esto ha provocado una mayor presión en ámbitos tradicionalmente protegidos. Pero también se ha producido una desproporcionada respuesta penal respecto de ellos, como el incremento injustificado de las penas o la introducción de la prisión permanente revisable que, al margen de su declaración de constitucionalidad, en mi opinión,

carece de legitimidad penal porque vulnera el principio de seguridad jurídica, junto a otros muchos principios informadores del derecho penal y de un Estado de derecho.

También se ha adelantado la barrera de intervención penal a ámbitos absolutamente desconectados no solo de la potencial afección de un bien jurídico (por ejemplo, el delito de *grooming*, los viajes con finalidad terrorista, etcétera), sino incluso de la posible existencia de un bien jurídico. De esta manera, se sancionan comportamientos que, en esencia, son el ejercicio legítimo de un derecho constitucionalmente reconocido. En otras palabras, por la repulsa o el desagrado social que pueden ocasionar o por meras razones instrumentales, a fin de facilitar la investigación de otros delitos, se ha decidido criminalizarlos. Es el caso del discurso del odio, autoadornamiento terrorista, no dar información sobre el lugar en el que se ha ocultado un cadáver, supuestos de acoso consistentes en gritar consignas o emplear pancartas, difusión de mensajes terroristas, enriquecimiento injustificado y un largo etcétera.

La realidad es que en el último quinquenio hemos tenido nada más y nada menos que 21 reformas penales hasta el momento,<sup>3</sup>

3 Así, en el período de 2019 a 2024, las siguientes leyes reformaron el Código Penal:

- LO 1/2019, del 20 de febrero, relativa a la trasposición de Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros y de terrorismo y otras cuestiones de índole internacional, como tráfico de órganos, falsificación de moneda y delitos contra la Administración Pública;
- la LO 2/2019, del 1 de marzo, que modifica el Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículo de moto

o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente;

- la LO 2/2020, del 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente;
- la LO 3/2021, del 24 de marzo, que regula la eutanasia;
- la LO 5/2021, del 22 de abril, para derogar el art. 315.3;
- la LO 6/2021, del 28 de abril, que modifica el Código Penal en materia de blanqueo;
- la LO 8/2021, del 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia;
- la LO 9/2021, del 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, del 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea;
- la LO 4/2022, del 12 de abril, que penaliza el acoso a mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo;
- la LO 6/2022, del 12 de julio, relativa a la igualdad de trato y la no discriminación;
- la LO 9/2022, del 28 de julio, que modifica el Código Penal en materia de hurto;
- la LO 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual;
- la LO 11/2022, del 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor;
- la LO 13/2022, del 20 de diciembre, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria;
- la LO 14/2022, del 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso;

siete de las cuales han sido en el año 2022; tres, en el año 2023 y una en el 2024 (hasta el momento). Las reformas responden a un radical cambio en la sociedad en la que vivimos, que ha pasado de ser una sociedad del riesgo con la que comenzábamos el siglo, a una sociedad del miedo, en la que se pretende erradicar, mediante la criminalización y el castigo, todo aquello que se percibe como diferente o discrepante y, en consecuencia, como peligroso.

Ello implica una evidente variación en el eje central del derecho penal, que se transforma de una perspectiva garantista y, en cierto grado, abstencionista respecto de los derechos y libertades fundamentales, a un sistema totalmente intervencionista, en el que todos estos derechos son susceptibles de flexibilización e, incluso, de anulación en pro de algo parecido a un interés colectivo superior o un “bien común”, como si de un descubrimiento nuevo se tratara, en un claro convencimiento (interesado unas veces, “inocente” otras) de lo que debe sostenerse para contribuir a un Estado democrático, a un Estado de derecho y a un Estado del bienestar.

- la LO 1/2023, del 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo;
- la LO 3/2023, del 28 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de maltrato animal;
- la LO 4/2023, del 27 de abril, para la modificación del Código Penal en delitos contra la libertad sexual (que reforma, a su vez, la reforma llevada a cabo por la LO 10/2022, apenas 7 meses después), y
- la LO 1/2024, del 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

Pero, a diferencia de lo que pueda pensarse y transmitirse a la sociedad, en realidad este posicionamiento intervencionista no tiene nada de nuevo; de hecho, se ha repetido reiteradamente a lo largo de la historia: durante la época del puritanismo, en los Estados totalitarios... Tampoco tiene nada de bueno ni de bienestar para el ciudadano al que se le limitan o restringen derechos y libertades en favor del control que ejercen los poderes públicos. Es un instrumento de facilitación, no un instrumento de bienestar. Y, obviamente, no tiene nada propio de un Estado de derecho ni democrático, ya que avala y sustenta la afección de derechos fundamentales que pasan a segundo término y pueden ser flexibilizados en aras de la protección de aquello que se ha situado en como prioridad: la sensación de seguridad de los ciudadanos.

El paso de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana y a la actual sociedad del miedo, en la que la finalidad principal se centra en la inocuización de todo aquello que es percibido como peligroso, primero por el legislador o los operadores sociales y jurídicos y, posteriormente, y a consecuencia de ello, por la sociedad,<sup>4</sup> determina que se reclame un mayor intervencionismo estatal y un mayor control de ciertos fenómenos y comportamientos. Ya que se perciben

como amenazas, hay una especie de "autorización" al Estado para que criminalice todos los comportamientos que pudieran afectar potencialmente la seguridad de los ciudadanos, en detrimento de los derechos y garantías fundamentales. Con ello, se consiente ya no solo la flexibilización de esos derechos y garantías, propios de una sociedad de la seguridad, sino también su eliminación, pues se perciben como obstáculos para garantizar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos.

Nos adentramos en ese conocido derecho penal con el que se sancionan pensamientos, opiniones o incluso acciones que, en modo alguno, resultan ni siquiera potencialmente ofensivas para algún presunto bien jurídico. Se opta por un derecho penal moralista en el que se confunde el pecado con el delito y se plantea un mundo binario de ángeles y demonios, buenos y malos, sobre la base de la moral social o el sentimiento generalizado del momento.

A ello se une, además, otro fenómeno que se está exacerbando en el último año: la confusión de lo que es éticamente incorrecto con lo que es delictivo. Las personas, los ciudadanos y los políticos pueden llevar a cabo distintas actuaciones que resulten reprochables, rechazables, censurables e, incluso, sancionables administrativamente, pero esto no debería implicar que se les pueda exigir responsabilidad delictiva forzando las interpretaciones de los tipos penales hasta niveles que determinan su propia quiebra. Y todo por la implementación de una moral social puritana, para la que cualquier cosa que se sale de los parámetros de normalidad y de lo éticamente correcto debe ser castigada.

El Estado de derecho ha perdido el control sobre la intervención legislativa en relación con los derechos fundamentales: todo aquello que no concuerda con el sentir mayoritario o que ese sentir mayoritario rechaza

4 José Manuel Paredes Castañón, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", en Alberto Alonso Rimo, María Luisa Cuerda Arnau y Antonio Fernández Hernández (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 63 y Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Navarra, Aranzadi, 2022, pág. 111.

za, debe ser directamente delito. Y probablemente en unos casos lo sea, pero en otros, no. Lo que debe determinar la diferencia es la afección de un bien jurídico penal, y no el desagrado o la contrariedad o la existencia de cualquier sentimiento contrario.

Ciertamente, el derecho penal (y cualquier otra rama del ordenamiento jurídico) debe responder a la sociedad de su época y, cuando determinadas conductas carezcan de reproche social en un momento histórico, deben ser excluidas del Código Penal; pero no funciona de manera tan automática a la inversa. No cualquier comportamiento que, en un momento histórico, de pronto empiece a ser rechazado o reprochado por la mayoría social puede criminalizarse, porque, en este caso, estamos atentando y restringiendo derechos fundamentales de las personas y sancionando comportamientos sin un fundamento de lesión a bien jurídico alguno, sino solo sobre la base del reproche social o de la contrariedad con la moral social.

Por mucho que algún sector intente dotar de legitimidad a determinados delitos que se han incorporado al Código Penal en los últimos años, generalmente con base en el mero hecho de que se encuentran tipificados como tales, ello no avala su legalidad ni su legitimidad. No cabe, en los tiempos que corren, al menos en mi opinión, una postura acrítica que se limite a tratar de interpretar la nueva figura delictiva para que sea lo menos restrictiva o lesiva de derechos posible; por el contrario, si no queremos retornar a tiempos pretéritos, que ya estamos tocando muy de cerca, la única posibilidad factible es el rechazo pleno del tipo penal que atente contra los derechos. No hay zonas grises, no hay ponderaciones, ni matices; en estos casos, o es Estado democrático de derecho, o no lo es. Y si se lesionan, restringen o anulan los principios, garantías y derechos que lo fun-

damentan, por mucho que se responda a las peticiones o al clima social, el tipo penal no conforma un Estado de derecho.

Con base en todo lo que se ha expuesto, creo que podríamos identificar dos claras tendencias político-criminales durante el siglo XXI que, de algún modo, responden a lo que ya se había denominado la “expansión” y la “intensificación” del derecho penal.<sup>5</sup>

Sin embargo, especialmente en los últimos años, a fuerza de seguir dando vueltas de tuerca en aras de hacer inocuo todo lo que representa un posible “riesgo”, la concepción de sociedad, para la generalidad de la comunidad, ha mutado a una *sociedad del miedo*. Hay un retorno a un puritanismo exacerbado que determina una evidente confusión entre el ámbito moral o ético y el ámbito jurídico (además aplaudida, en muchos casos). Mediante ella, se desvirtúan completamente aquellos principios inspiradores del derecho penal del siglo pasado (intervención mínima, *ultima ratio*, legalidad e incluso culpabilidad), en aras de algo que, como se ha señalado, en modo alguno podrá alcanzarse: la seguridad absoluta.

Este es el *iter criminis* que ha seguido la transformación del derecho penal durante el siglo XXI. Un camino que ninguno de los que concebimos el derecho penal como el último recurso para solucionar un conflicto social

5 Vid. José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005; Elena Núñez Castaño, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 11, 2009.

hubiéramos querido empezar a recorrer nunca, pero que no solo hemos iniciado, sino que estamos plenamente insertos en él y sin tener muy claro (o quizás desgraciadamente sí) cuál será su final.

Porque las últimas regulaciones penales no contribuyen a garantizar o reconocer derechos y libertades constitucionalmente protegidos, sino a su flexibilización, restricción y, en la mayor parte de los casos, anulación. Y son muchos esos derechos fundamentales que se han visto afectados por las distintas reformas penales, que implican una clara lesión de los postulados y parámetros que se derivan de la configuración de un sistema social como un Estado democrático de derecho.

## 2. La afeción de los derechos fundamentales en las últimas reformas penales

Resulta innegable, en mi opinión, la incoherencia y falta de eficacia de encaminar todos los instrumentos de control social, esencialmente el legislativo y el judicial, a la obtención de una presunta paz social o una inalcanzable seguridad colectiva e individual, sobre todo si ello determina, en ese camino, la lesión y vulneración de principios, derecho y garantías básicas e irrenunciables para cualquier ciudadano, que constituyen la esencia misma de un Estado democrático.

Ahora bien, tan innegable y absurdo como lo anterior es negar que las transformaciones sociales que hemos expuesto se han producido y que la sociedad o una gran parte de ella, acepta cualquier tipo de medida que, al menos de manera aparente, parezca contribuir a alcanzar esa meta de seguridad,

indemnidad y tranquilidad.<sup>6</sup> Como se señaló, se produce una clara confusión entre el ámbito moral y el ámbito jurídico, entre pecado y delito,<sup>7</sup> que determina la inmediata judicialización o criminalización de comportamientos y discursos u opiniones que, hasta ese momento, eran simplemente merecedores de reproche o rechazo social, pero, desde luego, no constitutivos de delito.

El origen de esta criminalización, desde mi punto de vista, resulta evidente y radica en la intolerancia que se ha implantado en nuestra sociedad en relación con la discrepancia o los comportamientos considerados como "desviados", los cuales generan un sentimiento de miedo, pues esas conductas se conciben como amenazas externas e incontrolables, tanto a los propios ciudadanos (aunque difícilmente se pueda identificar en qué aspecto concreto), como al propio *statu quo* social.

Es evidente que el fundamento único de la intolerancia es el miedo; el miedo a quien vive, actúa o piensa de manera diferente a lo que se puede identificar como normalizado en una sociedad o colectivo, debido a que esa divergencia en la forma de actuar puede conllevar un cambio en el funcionamiento y la forma de concebir nuestro sistema social. Y precisamente por ello, se trata de erradicar, de volver inocuos estos pensamientos o conductas, ya que se piensa que, con ello, se elimina cualquier riesgo de transformación.

6 Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal...*, ob. cit., 2022, pág. 109.

7 Esto se corresponde con la concepción religiosa de lo prohibido que ya mencionaba Hobbes, de manera que, si bien todos los delitos son pecado, no todos los pecados son delito. Cfr. *Ibidem*, pág. 110.

Paredes Castañón ha denominado este fenómeno como *pánico moral*,<sup>8</sup> el cual constituye un mecanismo idóneo para concentrar, en cada momento, la atención de la ciudadanía sobre determinados comportamientos, delictivos o no. En realidad, sobre cualquier comportamiento que se desvíe de la línea marcada por el sector mayoritario y que, en ese momento, interese convertir en centro de atención.

La estructura es muy simple, y precisamente por su propia simpleza, altamente peligrosa para los derechos fundamentales; se trata de identificar situaciones, sujetos y potenciales consecuencias que, combinados, se perciban como una potencial amenaza.

Es un silogismo realmente sencillo: en la premisa mayor se identifica la presencia de una preocupación (grande o pequeña, porque inicialmente no importa su magnitud) que se derive de una situación que no se conoce, que no se controla o que no se comparte. La premisa menor es la existencia de determinados sujetos, que se conocen como *folks devils* y que, según los casos, reúnen determinadas características (delincuentes habituales, pederastas, acosadores, violadores, fascistas, terroristas, etcétera), además de que se tiene el convencimiento (independientemente de que responda o no a la realidad) de que se encuentran en el origen de los problemas que están ocasionando la preocupación.

La consecuencia final del silogismo sería la provocación de una clara situación de hostilidad hacia ellos, hacia las conductas, formas de vida u opiniones emitidas. Esto conlleva dos subconsecuencias a su vez: la reacción visceral de la sociedad exigiendo al

Estado y a los poderes públicos la solución del problema mediante un mayor intervencionismo en el ámbito personal de los individuos, a fin de garantizar la paz y seguridad, y la intolerancia respecto de estos sujetos o conductas “disonantes”, junto con la tolerancia a las vulneraciones y restricciones de los derechos fundamentales y libertades públicas que se consideren necesarias.

De esta manera, el centro del reproche penal no se centra ya en la realización de un hecho y en la vulneración de los derechos o intereses de terceros que pudiera suponer, sino en la forma de ser de los sujetos: lo que piensan, cómo viven, cómo son. Se considera que se trata de comportamientos reprobables porque no coinciden con el sentir generalizado.<sup>9</sup>

Una clara manifestación de estos planteamientos y perspectivas puede percibirse, en el ámbito penal, en distintos tipos penales, unos que ya existían hace tiempo, y otros de nueva incorporación; así, por ejemplo, el discurso del odio o terrorista (artículos 510,

8 José Manuel Paredes Castañón, *op. cit.*, pág. 63.

9 Galán Muñoz señala que con ello: “se vuelven a reintroducir en nuestro ordenamiento el viejo y denostado Derecho penal de autor, ya que castigan a sus responsables o, por los menos, incrementan la pena que se les aplicará no por las conductas que efectúan, sino por las ideas y tendencias internas discriminatorias, con las que las realizan” (Alfonso Galán Muñoz, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón (coords.), *Derecho Penal y Política criminal en tiempos convulsos. Libro Homenaje a la Profa. Dra. M<sup>a</sup> Isabel Martínez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 45.

578 y 579 del Código Penal, CP), las manifestaciones ante clínicas que realizan la interrupción del embarazo (artículos 172 *quater* del CP), el delito de “acoso callejero” (artículos 173.4, párrafo 2º del CP), entre otros, que claramente afectan el derecho a la libertad de expresión.

Junto a ello, también pueden encontrarse lesiones de otros derechos constitucionalmente protegidos, como, por ejemplo, *el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable* (artículo 24.2 de la Constitución Española, CE), mediante la incorporación de figuras como *ocultación de información del lugar del cadáver* (artículo 173.1, párrafo 3º del CP) o el nuevo delito de *enriquecimiento injustificado* (art. 438 *bis* del CP), y *el derecho a la presunción de inocencia* (artículo 24.2 de la CE), perjudicado con la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual y la incorporación de un concepto de consentimiento tras la lo 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, que no ha solucionado la reforma a esta, realizada por la LO 4/2023.

## 2.1. La sanción de las ideas y la libertad de expresión

### 2.1.1. Derechos fundamentales y delitos de expresión: algunas consideraciones

Si algún derecho se está poniendo en jaque en los últimos tiempos es el de la libertad de expresión, o sea, la libertad de realizar un acto comunicativo de transmisión de un pensamiento u opinión y tratar de convencer a otros de su corrección. La causa es que se ha introducido en el Código penal la sanción expresa de delitos de opinión, de expresión o del discurso del odio. El único fundamento de su criminalización se encuentra en la mera emisión de expresiones, opiniones o discursos

que tienen un contenido reprochable, hostil o hiriente para determinados colectivos, para terceras personas o, simplemente, para la moral social dominante.

Con ello, el eje central o común denominador de todos estos nuevos tipos penales se encuentra en el castigo de aquello (el odio) que no es sino un *sentimiento*, esto es, un acto emotivo,<sup>10</sup> que se exterioriza mediante un acto comunicativo y que provoca en otros una sensación diversa, de hostilidad, dolor, discriminación, etcétera. Dichas emociones, en modo alguno, deben tener la consideración de bien jurídico protegido. Así como los sentimientos no pueden ser objeto de protección penal o fundamento de la tipificación penal, expresarlos tampoco debe ser motivo de castigo.<sup>11</sup>

Cuando se toman como referencia los sentimientos o la moral social dominante en un contexto social o histórico concreto, se está conformando un concepto jurídico *neutro* que servirá de justificación, fundamento y legitimación de estos tipos penales, sean cuales sean las concepciones ideológicas, sociales o morales imperantes en cada momento. En consecuencia, todo dependerá solo de quien controle el “sentir general”. La consecuencia es evidente: el recorte de la libertad

<sup>10</sup> Juan Luis Fuentes Osorio, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, págs. 3 y 4.

<sup>11</sup> Juan Carlos Carbonell Mateu, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas ‘más allá de la provocación y la injuria’”, *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 1414.

de expresión y el traslado del conflicto social y político al proceso penal.<sup>12</sup> La libertad de expresión solo podría limitarse —porque ya no sería libertad de expresión— cuando incite de manera directa a la comisión de actos de violencia que conlleven un peligro real e inminente para un bien jurídico individual y concreto (se trata del *clear and present danger*, sostenido por el *test de Brandemburgo*).<sup>13</sup>

En definitiva, se lucha con la intolerancia (entendida exclusivamente como criminalización), contra el intolerante (entendido no solo como aquel que sostiene postulados contrarios a un sistema democrático, sino todo el que es discrepante, ofensivo o hiriente),<sup>14</sup> lo que ha sustentado la tipificación de los denominados delitos del discurso del odio, que

abarcan distintos números y variadas facetas (no solo las tradicionalmente conocidas, como los artículos 578, 579 y 510 del CP).

Ciertamente, ningún derecho, y tampoco la libertad de expresión, puede concebirse como absoluto, es decir, no se protegen comportamientos presuntamente realizados al amparo de un derecho fundamental, pero que inciden en otro derecho o bien jurídico. Sin embargo, a pesar de ello, debe recordarse que los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente establecen los límites del *ius puniendi* del Estado que, en ningún caso, puede rebasarlos. Así, “la ley que permite que el poder del Estado exceda de los límites que le imponen las libertades constitucionales es una ley que no respeta el Derecho, una ley jurídicamente inválida”.<sup>15</sup>

Nada de esto se considera en la regulación típica que se realiza en nuestro ordenamiento jurídico, en el que nuestro legislador ha optado esencialmente por sancionar un *modelo de hostilidad*,<sup>16</sup> fundamentado en la concepción de que la emisión de un discurso agresivo, hiriente, ofensivo, discriminatorio o antidemocrático es una *incitación idónea* para la creación de un determinado *clima de hostilidad, aversión u odio* contra una persona o grupo de personas.

12 Mercedes García Arán, “De las reformas bien-intencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio”, en Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla y Ramón Miguel García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra, Aranzadi, 2018, pág. 868.

13 Sobre la conformación del derecho a la libertad de expresión y la incidencia de estos delitos en esta, *vid.* Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho Penal*, ob. cit., *passim*.

14 Se trata de la famosa paradoja de la tolerancia de Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006, nota 4 al capítulo 7, pág. 585. Este planteamiento ya lo he criticado con anterioridad por entender que no se corresponde con los postulados propios de un Estado de derecho, cuya base es precisamente la discrepancia y la pluralidad y diversidad ideológica, *cfr.* Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., págs. 31 a 35.

15 Tomás Salvador Vives Antón, “Garantías constitucionales y terrorismo”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 28.

16 Alfonso Galán Muñoz, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en José León Alapont (dir.), *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, JM Bosch Editor, 2021, pág. 307.

Son dos los elementos centrales en este tipo de delitos: la incitación (directa o indirecta, según los casos) y la idoneidad para provocar un clima de hostilidad. En consecuencia, será suficiente con la constatación de que, en el acto comunicativo concreto, se encuentra presente esa idea hostil aunada a un contexto propicio para crear un ambiente de animadversión.

## 2.2. Algunas manifestaciones de la sanción de los delitos de expresión

### 2.2.1. Los delitos de opinión

Uno de los principales ejemplos de sanción de la expresión es el denominado *enaltecimiento del terrorismo*, introducido mediante la LO 7/2000, del 22 de diciembre, que sanciona la emisión o transmisión de discursos u opiniones que alaban o justifican a los terroristas o sus acciones o bienes y que humillan o denuestan a las víctimas de estos delitos. El artículo 578 del CP se interpretó como una especie de *apología de segundo grado* que requería exclusivamente la necesidad de un *riesgo genérico, indirecto o circunstancial* adecuado para la creación o favorecimiento de un *clima de aceptación social del terrorismo*.<sup>17</sup> La referen-

cia al clima provoca que el *enaltecimiento* responda a la estructura de un delito de discurso del odio, en la que lo relevante es la contribución a la creación de un determinado clima de apoyo (a los terroristas) o de hostilidad (a las víctimas).<sup>18</sup> Por ello, a fin de dotarle de legitimidad, un sector doctrinal sostiene la necesidad de identificar una serie de elementos que conlleven un plus de desvalor añadido al mero acto comunicativo: la existencia de una *incitación idónea inductora* de un riesgo genérico para las personas y derechos de terceros, que quedaría constatada con la *creación de un determinado clima social*.<sup>19</sup>

El primero de los elementos haría referencia a la necesidad de una incitación inductora de un peligro o riesgo para derechos o bienes jurídicos de un tercero. Se comprendería que es suficiente con que esa incitación sea *indirecta*, siempre que resulte idónea para producir un riesgo genérico para otros bienes o derechos.<sup>20</sup> Esto determina que solo pue-

---

enaltecimiento del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

18 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., págs. 265 y ss. y Cristina García Arroyo, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 154 y ss.

19 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., págs. 272 a 274.

20 Alfonso Galán Muñoz, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la

---

17 Este artículo fue reformado posteriormente por la LO 2/2015, del 30 de marzo. Sobre él, *vid.* Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twittersos y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018 y Elena Núñez Castaño, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de

dan castigarse, mediante el artículo 578 del CP, aquellos casos “en los que se constate la idoneidad inductora del mensaje o discurso emitido para incitar a realizar actos terroristas violentos”,<sup>21</sup> para lo que bastaría que se trate de una incitación indirecta y que el riesgo sea genérico,<sup>22</sup> de modo que resultaría ilegítima la sanción de la mera emisión del mensaje.

Ahora bien, puesto que esta es una posible interpretación, nada impide otras, como aquella que considera suficiente la existencia de meros actos comunicativos, aquella que exige la incitación idónea para un clima social o la que entiende que solo será legítima (aunque obviamente innecesaria) la incitación directa a la realización de actos violentos. La diferencia no radica, al menos en mi opinión, en la posibilidad legal de optar por una u otra,

debido a que el tipo penal lo permite por no establecer elementos específicos. Las dos primeras, por mucho que se inste la idoneidad o el clima social, sancionan los discursos o expresiones, mientras que la última exige el riesgo real o inminente para bienes jurídicos de otros, contenido en la incitación directa a la realización de actos violentos y la pérdida del amparo constitucional.

Es por ello que, ya en relación con la muy cuestionada figura de la apología regulada en el artículo 18 del CP, se exige la concurrencia de incitación directa; esto responde al denominado *test de Brandemburgo*, según el cual el Estado solo puede prohibir los discursos cuando inciten directamente a la comisión de conductas típicas, y sean idóneos para incitar a tales acciones.<sup>23</sup> Ni siquiera la exigencia de la idoneidad inductora, entendida como capacidad de quien emite el discurso para influir en otros (los destinatarios) y que dependerá de circunstancias históricas, sociales y políticas, será criterio suficiente para identificar qué tipo de discurso que enaltezca a los terroristas o sus actos, o bien que suponga una humillación de las víctimas, quedaría fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión, por muy repulsivo o rechazable que pueda resultarnos.

Además, la indeterminación que se deriva de los elementos mencionados de incitación y clima social implica que la identificación de qué tipo de discursos pueden ser sancionados conforme al artículo 578 del CP y cuáles no, quedará en manos del órgano judicial que analice el caso concreto y que,

---

prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 277 y 278.

<sup>21</sup> Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista...”, *op. cit.*, pág. 298.

<sup>22</sup> Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, págs. 293 y 294. Galán Muñoz rechazaba, de este modo, aquellas interpretaciones que sostenían que debía tratarse de actos directamente incitados de la comisión de delitos de terrorismo concretos, *cfr.* pág. 263. En la misma línea se pronuncia Göran Rollnert Liern, “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 109, septiembre-diciembre, 2020, pág. 222.

---

<sup>23</sup> Jacobo Dopico, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Boletín. Límites a la libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo, 2018.

en atención al "clima social" o "político" de cada momento, o incluso por sus convicciones ideológicas o creencias, determinará si efectivamente responde al ejercicio legítimo de la libertad de expresión o no.

Pueden realizarse críticas similares respecto del segundo de los elementos mencionados: la creación de un clima social de hostilidad hacia las víctimas o de apoyo y reafirmación hacia los terroristas y sus actos, que podría inducir a los receptores del discurso a llevar a cabo futuros actos violentos contra determinados colectivos. Una primera cuestión sería la propia posibilidad de concebir estos comportamientos como delitos del discurso del odio, ya que, por muy hostil o hiriente que pueda ser su contenido, difícilmente podrá apreciarse una motivación específica y discriminatoria hacia determinados colectivos. Ni las víctimas del terrorismo, ni los terroristas constituyen un colectivo discriminado. Los primeros porque, por razones obvias e innegables, reciben todo el apoyo social o institucional, y los segundos porque el apoyo de sus seguidores o adeptos ya lo tienen asegurado sin que se sientan discriminados, sino justo lo contrario. A esto se une un segundo aspecto: la dificultad de sostener una clara capacidad de influencia de quienes emiten este tipo de discursos en quienes los reciben.

Considero que, en el afán de legitimar los delitos de expresión, y en concreto en el artículo 578 del CP, se arranca de un punto de partida erróneo, al tratar *prima facie* de realizar una interpretación restrictiva de los distintos elementos de la figura delictiva concreta, cuando, en realidad, debería entenderse que cualquier discurso, sea cual sea su contenido, está amparado por la libertad de expresión, y solo en aquellos casos en los que concurran determinadas circunstancias (la incitación) que impliquen un riesgo (en mi opinión real

e inminente) para otro bien jurídico, podría eliminarse la protección constitucional y, en consecuencia, sancionar el comportamiento. Los distintos elementos típicos deberían interpretarse con base en esta perspectiva, y así, para aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo, exigir la necesidad de que exista una incitación (directa, en mi opinión) e idónea para la realización de comportamientos que impliquen un *clear and present danger* para algún otro bien jurídico. Obviamente, *lege ferenda*, lo adecuado, sería la supresión o, al menos, la modificación del artículo para que determine claramente la necesidad de los elementos que se acaban de exponer.

Otro ejemplo de sanción de la expresión o el discurso en sí mismo es el delito contenido en el artículo 579.1 del CP, que castiga la difusión pública de mensajes o consignas terroristas y respecto del cual podrían predicarse los mismos problemas expuestos hasta el momento e, incluso, alguno más. Así, el primero de los escollos por salvar radicaría en la necesidad de determinar o identificar qué debe considerarse como mensajes o consignas terroristas y qué no, sobre todo desde la perspectiva de la notable ampliación del elemento teleológico de los delitos de terrorismo que incorpora el artículo 573 del CP, tras la reforma llevada a cabo por la ley 2/2015.<sup>24</sup> Esta delimitación, dependiendo de a qué parámetros concretos atienda, puede determinar que sea factible el castigo de meros actos comunicativos difundidos públicamente que no se relacionan en nada con

<sup>24</sup> Esta ampliación procede esencialmente de la Resolución 2178 de Naciones Unidas y también encontró reflejo, después de la reforma de 2015, en la Directiva 2017/541, del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea.

lo que tradicionalmente se ha considerado como terrorismo.<sup>25</sup> Si es inaceptable, en mi opinión, la mera sanción de ideas o expresiones, incluso con idoneidad incitadora, la criminalización del acto comunicativo, por mucho que se difunda, ya resulta absolutamente intolerable.<sup>26</sup>

Ciertamente, la decisión de tipificar un comportamiento concreto, o mejor dicho, las razones de política criminal que determinan la sanción de una conducta concreta quedan en manos de los poderes públicos.<sup>27</sup> Sin embargo, esas decisiones que toma el poder legislativo o el poder político, partiendo de que nos encontramos en un Estado democrático de derecho, concebido como una democracia

no militante, tienen un límite normativo insoslayable: *la Constitución*<sup>28</sup> y, en consecuencia, los derechos fundamentales contenidos en ella, como la libertad de expresión.

Pudiera parecer que el legislador, en modo alguno, pensaba en la sanción de mensajes o consignas que no respondieran a lo que tradicionalmente se concebía como terrorismo, pero lo cierto es que, lo pensara o no (y yo creo que sí lo hacía), la interpretación sistemática de la regulación contenida en el artículo 579.1 de difusión de mensajes, y las finalidades previstas en el artículo 573 del CP respecto del terrorismo, han permitido no solo que se piense, sino también que intente aplicarse este tipo penal a casos no se corresponden en nada con su esencia.

Ciertamente, la regulación típica del artículo 579.1 es más concreta que la del 578, pero sigue sin quedar delimitado su contenido y ámbito de aplicación, con lo que se pueden reproducir las mismas críticas que se han mantenido respecto del precepto anterior. Si se exige que las incitaciones o provocaciones deben ser directas en relación con la comisión de actos de terrorismo, sería una regulación absolutamente innecesaria, puesto que estos comportamientos encuentran amparo en los artículos 17 y 18 del CP. Si, por el contrario, se considera suficiente la incitación indirecta e idónea para la producción de un determinado clima social, volvemos de nuevo al castigo de sentimientos: los de hostilidad de quienes emiten el mensaje y los de inseguridad de quienes son sus destinatarios.

Ahora bien, tras la reforma operada por la LO 2/2015, la interpretación debe ser distinta en virtud de cada uno de los apartados del artículo 579 del CP al que nos referimos.

<sup>25</sup> Antonio Rodríguez Molina, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 234.

<sup>26</sup> Antonio Rodríguez Molina señala que estos tipos penales: “se convierten en absolutamente injustificables cuando se refieren a conductas que consisten en la expresión de opiniones, expresiones, pensamientos o ideas que pudiendo apoyar o amparar indirectamente actos de terrorismo o a sus autores, no son sino el ejercicio de la libertad de expresión, de manera que su sanción podría implicar la consideración como terrorismo de lo que no es sino mera discrepancia ideológica”, en “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, ob. cit., pág. 248.

<sup>27</sup> José Luis González Cussac, “Política y delito”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 19.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 20.

El apartado tercero del precepto tipifica, de manera expresa, los actos de participación intentada cuando sanciona expresamente "los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este capítulo",<sup>29</sup> de modo que se produciría un concurso de leyes con los artículos 17 y 18 del CP por resolver a favor del artículo 579.3 del CP, si se atiende el principio de especialidad.<sup>30</sup> En el caso del apartado segundo, se podría expresar el mismo alegato, porque, a partir de una interpretación sistemática del precepto, solo cabría entender que se está refiriendo a supuestos de incitación directa (ante numerosas personas) so pena de dejar vacío de contenido el apartado primero del precepto, y que nuevamente tendrían perfecto acomodo en el artículo 18.1 del CP.

De este modo, considero que la única interpretación posible es entender que el artículo 579.2 del CP regula supuestos de incitación directa, equiparables a la provocación genérica del artículo 18.1 del CP (y con el que, como he expuesto, entraría en concurso de leyes). Mientras tanto, el apartado primero del precepto regula los casos que impliquen una incitación indirecta, que conlleve un potencial riesgo de realización de actos de terrorismo. Sobre esta base, parece evidente que el apartado primero no castiga los comportamientos idóneos para propiciar que otros realicen un delito concreto (que o bien serían una apología del artículo 18 del CP, o bien, actos preparatorios punibles del apartado

tercero), sino que, en realidad, lo que estaría sancionando sería una suerte de incitación o llamada genérica a delinquir, con el claro y evidente peligro de que se acaben castigando meras conductas de adhesión ideológica<sup>31</sup> que se hayan expresado públicamente. Esta tipificación es de muy difícil justificación, cuando se trata de respeto a los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva de *lege data*, y para tratar de evitar cualquier vulneración de derechos fundamentales, será imprescindible una clara delimitación de aquellos casos en los que consignas o mensajes que conlleven, implícita o explícitamente, una coincidencia ideológica con los postulados terroristas, o incluso la mera difusión pública de un atentado terrorista, o la información sobre determinados aspectos de las actividades o de los propios terroristas, pasan de ser ejercicio de la libertad de expresión o información, a convertirse en un delito de provocación terrorista, que, en mi opinión, deberá inclinarse por el propio sentido de la provocación genérica para delinquir. De *lege ferenda*, considero que debería derogarse el precepto, porque los apartados segundo y tercero se vuelven innecesarios si se comprende que las conductas reguladas en ellos encontrarían perfecto acomodo en los artículos 17 y 18 del CP y porque el apartado primero implica una anulación

<sup>29</sup> Código Penal, España, 24 de mayo de 1996, art. 579, última reforma del 31 de marzo de 2015.

<sup>30</sup> Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., págs. 204 y ss.

<sup>31</sup> María Luisa Cuerda Arnau, "Delitos contra la libertad (y II) amenazas. Coacciones", en José Luis González Cussac, *Derecho Penal. Parte especial*, 5º ed. revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 y Antonio Rodríguez Molina, "La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo", ob. cit., pág. 250.

del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación y transmisión de ideas y opiniones.

### a) El discurso del odio

La LO 1/2015, del 30 de marzo, modifica de manera notable la redacción típica del artículo 510.1 y lo amplía, con una clara y evidente vulneración de la libertad de expresión, puesto que no sanciona (o, al menos, no exclusivamente) la incitación a cometer actos o delitos de odio, sino la propia instigación a “odiar”. Efectivamente, el precepto en su apartado 1.a castiga a quienes “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo”. Conlleva, entonces, la sanción del mero acto comunicativo. Pero la reforma de 2015 todavía va más lejos, cuando incluye, en el apartado 1.b, lo que se ha denominado “cadena de difusión del discurso de incitación”.<sup>32</sup>

Todo esto se une a dos importantes aspectos que es necesario resaltar: el primero es que no se exige que la incitación (directa o indirecta) se dirija a la realización de actos o comportamientos violentos (tenga o no efectividad; se lleven o no a cabo),<sup>33</sup> sino que

basta con *incitar a odiar*, es decir, con generar un sentimiento de aversión, hostilidad o discriminación hacia determinados colectivos.<sup>34</sup>

Se puede odiar todo lo que se quiera e, incluso, transmitir ese odio a otros sujetos. Lo que no se permite es incitar, sobre la base de ese odio, a la realización de comportamientos típicos que puedan afectar un bien jurídico. Sin embargo, realmente se está sancionando la animación en otros de sentimientos concretos, que ni siquiera tienen por qué manifestarse en el exterior y, mucho menos, concretarse en actos de violencia contra determinados colectivos.

La protección o prohibición de los sentimientos de los sujetos involucrados, bien como víctimas, bien como autores, no tiene legitimidad ni fundamento en nuestro ordenamiento jurídico y menos, en el Derecho penal.<sup>35</sup> Precisamente por ello, sostiene Landa Gorostiza que la parte de los genéricamente denominados delitos de odio, relacionados con el discurso, es “la más delicada en términos de su potencial de fricción con el libre ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, con la libertad de expresión”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Jon Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio. Arts. 510 y 22.4º CP 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 64. Esto podría determinar que el mero hecho de retuitear un mensaje con ese tipo de contenido sobre una tercera persona configure un delito del artículo 510.

<sup>33</sup> Fernando Miró Llinares, “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en *Cometer delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial

Pons, 2017, pág. 51; Guillermo Portilla Contreras, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

<sup>34</sup> Rafael Valencia Cansalija, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Madrid, Tecnos, 2021.

<sup>35</sup> José León Alapont, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo”, en Marco Teijón Alcalá (dir.), *El odio como motivación penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022.

<sup>36</sup> Jon Mirena Landa Gorostiza, “El discurso de

A fin de dotar de legitimidad y, al menos, aportar una aparente restricción a la expansión incontrolada de la regulación típica, se ha recurrido a la exigencia de dos elementos fundamentales para interpretar el delito de discurso del odio, contenido en el art. 510.1 del CP: la incitación idónea y la creación de un clima de hostilidad. Desde esta perspectiva, queda claro que, en esencia, y sin matizaciones añadidas, la sanción de todo discurso discrepante del sentimiento generalizado o de la moral social dominante puede considerarse como delito, por el mero hecho de emitirse y difundirse. Esto hace imprescindible que exista una restricción del tipo penal que algunos sustentan en la existencia de un elemento tendencial encaminado "a implicar a sectores crecientes de la población en el enfrentamiento colectivo",<sup>37</sup> o lo que es lo mismo, a crear un *clima social de hostilidad*.

Al respecto, se proponen dos consideraciones: la primera se deriva de la dificultad de probar un elemento tendencial que permanece en la esfera interna del sujeto sin que se constate o exija la presencia de una finalidad concreta, como pudiera ser la de incitar a la realización de actos de violencia; la segunda es un absoluto refrendo de lo que se acaba de exponer, porque no se sanciona la incitación a actos de violencia, sino la expansión de las ideas desvaloradas.<sup>38</sup>

En un intento de eludir esta desmesurada amplitud interpretativa, se recurre al *test de Rabat*,<sup>39</sup> en el que se exige analizar la presencia de *tensiones graves* en el contexto en el que se emita el mensaje, la *capacidad de incitación* del emisor, si se transmite reiteradamente, el *medio o modo de difusión empleado* y la *predisposición de los destinatarios* para verse influidos. De este planteamiento se derivan, en mi opinión, dos cuestiones críticas: la primera, que nuevamente se están tomando como referencia meras circunstancias potenciales e hipotéticas que, en algunos casos, serán de imposible demostración y, en otros, quedarán, por completo, al arbitrio subjetivo de quien enjuicia o de quien podría ser víctima. En segundo lugar, que en ningún momento se hace referencia a la necesidad de constatar, al menos, un peligro potencial para bienes jurídicos ajenos, sino que se tiende a sancionar los mensajes sobre la base de su capacidad de influencia en otros y la creación de un presunto clima de hostilidad contra determinados grupos o colectivos.

Por todo ello, no es posible realizar una interpretación restrictiva del delito del discurso del odio contenido en el artículo 510.1 del CP. Es evidente que al legislador penal le parece totalmente irrelevante que la incitación directa o indirecta determine un clima social o que la afección de los sentimientos de otro conlleve siquiera un potencial peligro de realización de actos violentos o riesgo para intereses concretos de terceros. Simplemente

---

odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", en Jon Mirena Landa Gorostiza y Enara Garro Carrera (dir.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

37 Jon Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, ob. cit., pág. 68.

38 Jon Mirena Landa Gorostiza, "El discurso de odio criminalizado", ob. cit., pág. 228.

---

39 Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, ONU, de 5 de octubre de 2012. Registro: A/HRC/22/17/Add.4.

se limita a sancionar el hecho de transmitir un tipo de ideas que puedan convencer a las personas y que tengan como contenido el hecho de sentir odio, hostilidad o discriminación respecto de otros.<sup>40</sup>

Ante esta situación, numerosos autores mantienen la ilegitimidad del tipo penal, ya que prohíbe los discursos o expresiones por el simple hecho de ser adecuados para incitar al odio o la hostilidad.<sup>41</sup> Otra razón es que los delitos del odio se convierten en un potente instrumento de control de la discrepancia social, política e ideológica, que atenta frontalmente contra el derecho a la libertad de expresión. Esto no puede justificarse con base en el mero hecho de que comentarios ofensivos, repulsivos, hirientes u hostiles, de hecho, lo sean, ni por la emisión de chistes de mal gusto o por expresiones críticas hacia un determinado sistema político.<sup>42</sup>

De *lege data*, la lesión del derecho a la libertad de expresión está servida, y, por ello, *lege ferenda*, resultaría absolutamente imprescindible exigir la derogación de estos delitos.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., pág. 278.

<sup>41</sup> Elena Galán Muñoz, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., pág. 324; Margarita Roig Torres, *Delimitación entre libertad de expresión y ‘discurso del odio’. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 y Javier Mira Benavent, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en Guillermo Portilla Contreras y Ana Isabel Pérez Cepeda (dir.), *Terrorismo y contraterro-rismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, 2016, págs. 104 y 105.

<sup>42</sup> Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Espa-*

*ñola de Derecho Constitucional*, núm. 112, enero-abril, 2018, pág. 82; Jorge Correcher Mira, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, págs. 15 y 16, y Alfonso Galán Muñoz, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, ob. cit., pág. 47.

<sup>43</sup> Sostienen la necesidad de su supresión, entre otros, Miguel Díaz y García Conlledo, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar”, *Boletín. Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo 2018, pág. 20; Fernando Miró Llinares, “Derecho penal y 140 caracteres”, ob. cit., pág. 52; Rafael Alcácer Guirao, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019; Javier Mira Benavent, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 317; Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 61, 2020, pág. 47; Juan Carlos Carbonell Mateu, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, ob. cit., pág. 1425; José León Alapont, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus

## b) La sanción de la expresión y las creencias

La LO 4/2022, del 12 de abril, incorpora, en sede de coacciones, un nuevo delito de *acoso* en el artículo 172 *quater* del CP, mediante el que se castiga expresamente a quien “acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos” que menoscaben su libertad, siempre y cuando ello se lleve a cabo con la “finalidad de obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo”.<sup>44</sup>

La *ratio criminis* de este concreto y, en mi opinión, altamente cuestionable precepto, se encuentra en la situación provocada por las manifestaciones contra la interrupción del embarazo organizadas por determinados colectivos, o incluso de manera individual, en las que las personas rezaban frente a las clíni-

cas, llevaban pancartas, proferían insultos o amenazas, etcétera. A mi juicio, la regulación afecta directamente a derechos fundamentales de quienes no comparten la idea de permitir la práctica del aborto y esencialmente el de la libertad de expresión (que, como hemos señalado, también abarca el hecho de intentar convencer a otro de la corrección de las ideas propias). La argumentación realizada en el Preámbulo de la ley mencionada no solo es abiertamente criticable porque no ofrece un fundamento válido para la tipificación expresa de esta conducta, salvo laafección de la libertad de la persona (que obviamente ya encontraba amparo en el ordenamiento jurídico), sino que tampoco coincide con lo que posteriormente sostiene en el precepto; por ejemplo, no establece ninguna *zona de seguridad*.

En primer lugar, el nuevo delito de acoso se encuentra regulado entre los tipos de coacción, es decir, aquellos contra la libertad. De manera que, como se expresa en el contenido del precepto, la finalidad de quien realice las diversas conductas típicas debe ser la de vulnerar la libertad de quienes acuden a o trabajen en las clínicas de interrupción del embarazo, con el objetivo de *obstaculizar el ejercicio* de este derecho.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, por obstaculizar debe entenderse “impedir o dificultar la consecución de un propósito”,<sup>45</sup> de modo que necesariamente la conducta que se lleve a cabo tiene que perseguir directa y claramente este objetivo y no otro distinto, como pudiera ser, convencer o influir en una decisión tomada para modificarla, sin recurrir a medios ilícitos o violen-

víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pág. 37; María Pastrana Sánchez, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 274; Lucas Menéndez Conca, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 22, 2019, pág. 100; Guillermo Portilla Contreras, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pág. 92 y Guillermo Portilla Contreras, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, pág. 723.

<sup>44</sup> Ley Orgánica 4/2022, España, 12 de abril de 2022, art. 172 *quater*.

<sup>45</sup> Real Academia Española, “Obstaculizar”, en *Diccionario de la Lengua Española*.

tos. Que la finalidad de quienes realizan este tipo de manifestaciones y conductas es *evitar* que se produzca el aborto resulta innegable, pero igualmente lo es el derecho que tienen a manifestar su opinión contraria y a tratar de evitarlo mediante actos comunicativos de expresión de ideas (consignas, pancartas, lemas, rezos, etcétera). Para poder apreciar la concurrencia de este tipo penal y en aras de respetar el principio constitucional de la *prohibición* de exceso, debe exigirse que los actos menoscaben efectivamente la libertad de las personas en el ejercicio de sus derechos o de su profesión u oficio.<sup>46</sup>

Esto nos conduce al segundo problema, que es la mezcla de comportamientos (realmente parece ser una nueva tendencia que tiene el legislador de los últimos años) al equiparar *actos molestos y ofensivos* con *actos intimidatorios o coactivos*. No son lo mismo, ni pueden serlo. Por mucho que se intente hacer interpretaciones restrictivas de unos u otros, no se podrá llegar a una igualación en su significado. Unos son puros actos comunicativos de expresión y transmisión de ideas y otros son actos de amenazas o coacciones que, por sí mismos, ya configuran un tipo penal.

Dicho de otro modo, si alguna de las conductas llevadas a cabo por los sujetos ante las clínicas consiste en intimidar, amenazar o coaccionar a las personas que acuden a ellas, con la finalidad de afectar o lesionar su libertad impidiéndoles realizar aquello a lo que tienen derecho, no es necesaria la regulación específica de este tipo penal, porque podrían

ser perfectamente aplicables los delitos de coacciones o amenazas, según el caso. Así, por ejemplo, si uno o varios de los manifestantes amenazan a las personas que acuden a los centros indicándoles que, si entran, tendrán algún tipo de consecuencia a la salida, o bien tratan de sujetarlas, o bien bloquean la puerta para impedir el acceso, el nuevo delito del artículo 172 *quater* es innecesario puesto que, en esos casos, calificarían los delitos de los artículos 169 y siguientes y el 172. Lo mismo cabe decir en el caso de que las expresiones proferidas supusieran un atentado directo contra el honor, como, por ejemplo, llamarles “asesinas” o “genocidas”, en cuyo caso pueden aplicarse los delitos de injurias. En definitiva, considero que, al menos los actos más graves y lesivos, ya encontraban acomodo para poder ser sancionados por el ordenamiento jurídico, lo que salvaguarda tanto el derecho a la libertad como el honor de quienes acuden a las clínicas.

Pero existe un segundo grupo de conductas que el legislador define como *actos molestos y ofensivos*, y que, de hecho, es al que específicamente hace referencia en el Preámbulo de la LO 4/2022, cuando dice: “abordan a las mujeres con fotografías, fetos de juguete y proclamas contra el aborto antes de que entren en la clínica”.<sup>47</sup>

Habría que determinar qué se pretende señalar con *abordar*, de manera que, si implica algún acto coactivo, amenazante o intimidatorio, valdría lo expuesto en el párrafo anterior. De no ser así, esto es, si los hechos descritos consisten en llevar pancartas con fotografías de fetos muertos, o juguetes idénticos, o gritar consignas contra el aborto, o simplemente rezar, pero sin realizar ningún

<sup>46</sup> María Luisa Cuerda Arnau, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en José Luis González Cusac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 199.

<sup>47</sup> “Preámbulo”, en Ley Orgánica 4/2022, ob. cit.

comportamiento de acometimiento directo contra las personas que acceden a los centros, en mi opinión, desaparecería la potencial afección de la libertad, para aparecer una nueva: el *sentimiento de perturbación, incomodidad o molestia* que pudiera sentir la persona en concreto. En algunos casos lo sentirá, en otros no; pero, desde luego, lo que no puede alegarse es que, con ello, se *obstaculice o impida* la práctica del aborto. Más bien, se expresan ideas (contrarias a la realización de esas prácticas) tan legítimas (por mucho que no las compartamos) como cualquier otra, y se *intenta influir o convencer* a otra persona, por medios no coactivos ni intimidatorios, a fin de que cambie su decisión y, con ello, *evitar* que lleve a cabo la interrupción del embarazo. Es posible afirmar que la expresión de esos actos comunicativos puede ocasionar (y generalmente lo hace) un *sentimiento de hostilidad, perturbación o incomodidad* en el sujeto al que va destinado, pero, con ello, volvemos de nuevo a perder la perspectiva de protección de bienes jurídicos, para pasar, una vez más, a amparar *sentimientos*.

Un último punto respecto de la incongruencia de lo establecido en el Preámbulo y la regulación específica del tipo penal es el relativo a las denominadas *zonas de seguridad*. Esta afirmación parece implicar que se prohibirá la realización de los comportamientos en un determinado entorno físico, como alrededor de las clínicas, para asegurar la confidencialidad y la tranquilidad, pero el precepto no hace referencia a tal cosa; por el contrario, ni el apartado primero (mujeres) ni el segundo (personal sanitario o facultativo), recoge algún elemento relativo al espacio físico donde se lleven a cabo los actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos. En definitiva, parecería que se trata de impedir que este tipo de manifestaciones se lleven a cabo ante los centros o en sus cercanías, pero desde luego,

tal afirmación no encuentra sustento en la redacción del tipo penal.

Tampoco entiendo que esta limitación espacial pudiera realizarse al amparo de la Constitución, porque esto supondría limitar no solo el derecho a la libertad de expresión (ya afectado por el precepto mismo), sino también los derechos de manifestación y de reunión que, salvo por motivos de orden público, no pueden ser espacialmente circunscritos.

En definitiva, como señala Cuerda Arnau,<sup>48</sup> “se trata de una opción político criminal que no responde a razones de estricta necesidad” y cuya incorporación no resultaba necesaria.<sup>49</sup> De hecho, como se ha señalado ya, con quizás demasiada reiteración, la tolerancia hacia las opiniones de otros, al margen de su contenido, relevancia o expansión, incluso al margen de la existencia de un cierto grado de agresividad verbal, es la esencia de un sistema democrático y, como acertadamente señala Lascurain Sánchez “esta tolerancia tiene una peculiar dimensión para el legislador penal en forma de inacción, in-

48 María Luisa Cuerda Arnau, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral...”, ob. cit.

49 Señala Juan Antonio Lascurain Sánchez, que el hecho de que se comulgue o no con las conductas de otros y que se considere una falta de urbanidad, de educación o de empatía con los demás realizar escraches, gritar consignas o rezar ante clínicas de embarazo no sustenta su criminalización, porque “de ahí a enviar a la cárcel a los ciudadanos que así expresan y manifiestan sus opiniones políticas va todo un mundo, el que nos lleva a las fronteras de lo antidemocrático” (“El delito de rezar”, *El Mundo*, 19 de mayo de 2022).

cluso cuando el que se expresa lo hace con un exceso ilícito”.<sup>50</sup>

Ciertamente puede que no compartamos las acciones que consisten en perturbar a mujeres en el ejercicio de un derecho amparado por la ley con una elevada connotación emocional, pero ello, es decir, tratar de evitar este sentimiento de perturbación o molestia, no es, en modo alguno, un fundamento para vulnerar o eliminar derechos fundamentales. Correcta o no su opinión, digna de compararse o no, sigue siendo parte de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

### **2.3 La criminalización del silencio: el derecho a no declarar contra uno mismo y a no autoinculparse como delito**

#### 2.3.1. Precisiones previas

Otros derechos afectados por la inclusión de tipos penales específicos (que responde a intentos de acallar voces en la sociedad y a la implementación de una determinada “moral”) son los relacionados con el derecho de defensa, en concreto, *a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable*, ambos contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE).

En esencia, cuando afrontemos el breve análisis de cada una de estas figuras delictivas, resultará evidente que no existe un bien jurídico concreto que este proteja, bien porque ya se encuentra amparado por otros tipos penales, o simplemente porque no puede identificarse ningún interés individual que pueda ser objeto de protección. Lo que, en esencia, servirá de fundamento para su

regulación penal será la falta de empatía o solidaridad con las víctimas o sus familiares o la falta de colaboración con la administración para la investigación de otro delito. Pero, en mi opinión, sea quien sea el que no contribuya o no empatee (tanto si es autor del delito previo como si lo conoce y no ha dado noticia de él, lo que implicaría un delito de encubrimiento), su silencio no es sino el ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Obviamente el ejercicio de este derecho obstaculizará de manera innegable la investigación y el posible enjuiciamiento de otras conductas delictivas, pero, por el hecho de dificultar la actividad de la administración de justicia, la investigación o averiguación de otros delitos, no deja de tener amparo constitucional; por el contrario, justamente esa protección fundamenta un Estado de derecho. Desde esta perspectiva, *guardar silencio* no excede, en modo alguno, el contenido del artículo 24.2 de la CE, sino que, por el contrario, es su esencia.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> El Tribunal Constitucional señala en el cuarto fundamento jurídico de la Sentencia 127/2000, del 16 de mayo, que “el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio, la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable” (Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 (Sala Primera), 16 de mayo de 2000 (referencia BOE-T-2000-11459)).

<sup>50</sup> *Idem*.

Ciertamente, la doctrina se ha mostrado plural a la hora de interpretar este derecho,<sup>52</sup> puesto que se entiende que “el derecho a la defensa, al silencio”, a no declarar o declarar falsamente, “a la asistencia letrada”, a no ser obligado a declararse culpable o “a proporcionar información que facilite la investigación de un delito” en el cual se pueda haber participado se encuentran directamente vinculados.<sup>53</sup> En consecuencia y en relación con los tipos penales a los que haremos referencia, el derecho al silencio o a no declarar contra uno mismo está conectado con el *derecho a no colaborar*,<sup>54</sup> que se refiere al derecho que asiste a una persona a no ayudar a otros a lograr un fin, en concreto, el “derecho que asiste al imputado a no ayudar a la acusación a lograr su condena”.<sup>55</sup> Todo ello abarcaría tanto una

actitud pasiva como cualquier iniciativa o actuación que tenga por finalidad obstaculizar la investigación o el proceso.

La consecuencia, en mi opinión, es clara: de ninguna forma puede obligarse, presionarse o coaccionar a un sujeto para que aporte información o datos que impliquen una autoincriminación de cualquier tipo o categoría. Otra cosa distinta vulneraría de manera clara y directa el derecho de defensa y todas sus manifestaciones, en concreto, el derecho a guardar silencio, respecto del cual no existen límites ni temporales ni de contenido. Y precisamente por ello resulta altamente cuestionable la posibilidad de incluir tipos delictivos cuyo contenido esencial radica concretamente en guardar silencio, es decir, en hacer ejercicio legítimo de un derecho fundamental, porque la pregunta es inmediata: ¿cómo puede ser delito ejercer un derecho protegido constitucionalmente dentro de los parámetros legales para ello?

Pues es posible, porque así lo ha establecido la LO 14/2022, del 23 de diciembre, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico dos figuras delictivas: una modalidad de delito contra la integridad moral por ocultar la información respecto del paradero de un cadáver (artículo 173.1, párrafo segundo del CP) y el nuevo delito de enriquecimiento injustificado (artículo 438 bis del CP). Así, sería delito el ejercicio de un derecho fundamental cuyo elemento esencial es precisamente no declarar contra uno mismo y guardar silencio, aunque esto conlleve una falta de colaboración con la administración y la investigación de los delitos.

del derecho tanto de defensa y de no autoincriminación, como a la presunción de inocencia.

52 *Vid.*, por todos, Maydelí Gallardo Rosado, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 263 y ss.

53 Francisco Muñoz Conde, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, Lisboa, Universidad de Coimbra, 2009, págs. 1013 y 1014; Jordi Jaria i Manzano, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en Gonzalo Quintero Olivares y Jordi Jaria i Manzano (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 200.

54 Maydelí Gallardo Rosado, *ob. cit.*, págs. 278 y 279.

55 Víctor Moreno Catena, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Castellón, Universidad Jaume I, 2015, pág. 889. En esta obra, Moreno Catena señala que el derecho al silencio se configura como un elemento básico

### 2.3.2. La concreta criminalización del silencio

#### a) Ocultar información sobre el paradero del cadáver

La LO 14/2022, sanciona en el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP, como modalidad de delito contra la integridad moral, a quienes “teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma”.<sup>56</sup> No me resisto a transcribir alguna de las argumentaciones realizadas en el Apartado IV del Preámbulo de la Ley para justificar la introducción de tal figura delictiva, porque realmente resultan, rocambolescas y confusas.

En principio, este afirma dos veces que se trata de una figura agravada respecto de la contenida en el párrafo primero del art. 173.1 del CP,<sup>57</sup> cuando, en realidad, el párrafo segundo comienza señalando que: “igual pena se impondrá...”. Lógicamente la frase se refiere a la prevista en el párrafo primero que sí establece un marco penal concreto, aunque este quizá sea el menor de los problemas.

Posteriormente, el texto procede a identificar un bien jurídico, lo que es innecesario puesto que el tipo se incluye en los delitos contra la integridad moral y justo ese sería el

bien jurídico protegido.<sup>58</sup> Pero el texto legal señala que se castiga la ocultación del cadáver:

[...] atendiendo al sufrimiento que tal conducta pueda ocasionar en los familiares o allegados de la persona fallecida [...]. Esta modificación obedece a que cuando se produce la muerte de un familiar o allegado, la imposibilidad de disponer del cuerpo para darle las honras fúnebres que nuestras costumbres sociales y religiosas prescriben, supone un dolor añadido que se ve especialmente agravado cuando obedece a la actuación de un tercero que oculta el cadáver deliberadamente. Así, en algunos casos de clara notoriedad en los que los responsables de un homicidio o un asesinato se han negado a revelar el paradero del cadáver de su víctima, incluso cuando ya han sido condenados en firme y cuando, en consecuencia, ningún perjuicio penal podría acarrearles dar razón de su paradero, se produce una acción que causa un daño específico a los familiares y allegados de la víctima y que resulta particularmente reprochable.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Ley Orgánica 14/2022, España, 22 de diciembre de 2022.

<sup>57</sup> El párrafo primero del Apartado IV señala que se castiga la ocultación del cadáver estableciendo una pena *agravada*, con respecto a la prevista en el párrafo primero del artículo 173.1 del CP, y en el párrafo final, se indica que se debe contemplar además *un agravamiento* de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece.

<sup>58</sup> Es distinta la cuestión de si realmente la conducta descrita puede o no afectar, por sí misma, la integridad moral, e incluso en aquellos casos en los que pudiera aceptarse tal afectación, no podría llegar a ser constitutiva de delito porque implica el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, a guardar silencio.

<sup>59</sup> “Preámbulo”, en Ley Orgánica 14/2022, ob. cit. En la cita se está haciendo referencia al caso Marta del Castillo, pero en él, el problema no fue el ocultar el cadáver, ni tampoco no dar lugar o razón de su paradero, sino las distintas versiones inciertas que se produjeron y que determinaron la aplicación de un delito contra la integridad moral por

Y continúa señalando, que:

[...] resulta necesario que, en estos y otros casos parecidos, el hecho de ocultar el cadáver se castigue penalmente, con independencia de la pena que corresponda en su caso por el delito previo que haya ocasionado la muerte, pues se trata de un injusto añadido que merece una respuesta penal diferenciada.<sup>60</sup>

Vayamos por partes porque, en mi opinión, no pueden indicarse mayor cantidad de inconsistencias e incoherencias jurídico-penales en menor espacio.

En primer lugar, parece que se identifica el objeto de tutela con el *sufrimiento que el hecho de no disponer del cuerpo de la víctima puede ocasionar a sus familiares*. En consecuencia, nuevamente estamos ante una protección de lo que no es sino un *sentimiento*, en este caso, *sufrir*.

---

el “incremento voluntario del dolor de los familiares derivado de la zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda en el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito, fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver” tal como sostuvo la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P). Sin embargo, es preciso señalar que la Sentencia de la Audiencia Provisional de Sevilla 1/2012 (Procedimiento abreviado), 13 de enero de 2012 (recurso 725/2011), sobre el mismo caso, entendió que no cabía apreciar delito contra la integridad porque no quedaba acreditado que el autor “haya tenido la intención de vejjar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor”.

<sup>60</sup> “Preámbulo”, en Ley Orgánica 14/2022, ob. cit.

Si se pretende argumentar que afecta la integridad moral, esto debe fundamentarse en algo más que el mero sufrimiento derivado de la propia pérdida de un familiar de manera violenta y de la imposibilidad de encontrar su cadáver; se requiere algún tipo de desvalor distinto y, más aún, añadido a la sola ocultación del cadáver y al silencio respecto de dónde se encuentra, incluso si se sostiene de manera reiterada.

El tipo penal solo tendrá sentido cuando la conducta realizada afecte claramente la integridad moral de otra persona,<sup>61</sup> lo que, en modo alguno, puede sostenerse respecto del hecho de ocultación del cadáver y del silencio, incluso reiterado, de quien conoce su paradero. Esto de fundamenta en diversas razones. La primera es que la conducta, por sí misma, entra claramente dentro del ejercicio legítimo del derecho de defensa, el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a guardar silencio, que, por más que pueda producir un mayor dolor o sufrimiento a otros, queda amparado por la CE. La segunda consiste en que el ataque a la integridad moral exige más elementos que la mera realización de la conducta descrita en el tipo penal, que

---

<sup>61</sup> Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo 561/2021 (Sala de lo penal), 24 de junio de 2021 (recurso 3636/2019), la integridad moral se trata del “derecho a no recibir de otro un trato que pueda suponer una situación generadora de humillación, cosificación o envilecimiento”, y ello implica la necesidad de que se trate de: *a*) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, *b*) un padecimiento físico o psíquico de dicho sujeto, y *c*) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

en este caso es ocultar de manera reiterada la información del paradero del cadáver a los familiares. Se requiriere la nota de gravedad que debe constatarse en todas las modalidades de delitos contra la integridad moral; de esta manera, quedarían al margen conductas que pueden generar dolor, malestar o desasosiego, pero no las que tienen la relevancia suficiente para constituir un atentado contra la integridad moral,<sup>62</sup> y, junto con ello, la intención del sujeto de atentar contra la dignidad, provocar humillación y vejación en los familiares. Ninguno de estos elementos se puede deducir automáticamente de la realización de la conducta que se describe en el tipo penal.

De hecho, la incorporación de esta figura delictiva, como ya se expuso, responde a la situación ocasionada en el conocido como Caso Marta del Castillo, pero en él, cuando el Tribunal Supremo dictó una condena por un delito contra la integridad moral, no lo hizo porque se hubiera ocultado el cadáver ni porque se guardara silencio reiterado sobre su paradero, sino justo por lo contrario, por “hablar demasiado”, dando sucesivas y diferentes versiones sobre su paradero.

El sufrimiento y atentado a la dignidad no radica en la ocultación o el silencio reiterado, sino, como señala la STS 62/2013, en:

[...] las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver [...]. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de

los familiares [...]. // Generando continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, dañó la integridad moral de las víctimas [...] al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas *cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa*, despreciando los sentimientos y la dignidad de las víctimas.<sup>63</sup>

Con ello se reconoce que el silencio en sí mismo, incluso reiterado, responde al derecho de defensa y, más concretamente, al derecho a no declarar contra uno mismo.<sup>64</sup> Por ello, afirma Cuerda Arnau que:

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P). Las cursivas son mías.

<sup>64</sup> De hecho, la sentencia continúa afirmando que: “el desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando se proyectó sobre aquellos convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, ‘causando si cabe mayor dolor’ al ya ínsito de la muerte de la menor [...]. Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de prote-

<sup>62</sup> María Luisa Cuerda Arnau, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 26.

[...] son esos matices —y no la mera ocultación— lo que, desde la perspectiva de la integridad moral, permite considerar que, de un lado, esa conducta representa un grave y absoluto desprecio hacia los allegados de la víctima, y, de otro, trasciende los límites del derecho de defensa y puede, por ende, ser objeto de sanción penal.<sup>65</sup>

En mi opinión, a este argumento debería añadirse, cuando se habla de *la mera ocultación del cadáver*, el silencio reiterado. Porque, en realidad, el tipo penal, independientemente de lo que se consigne en la rocambolesca e incoherente fundamentación contenida en el Apartado IV del Preámbulo, no castiga la ocultación del cadáver, y no lo castiga porque no puede hacerlo, ya que no existe ningún injusto añadido. Se trata de un acto posterior copenado en relación con el atentado a la vida, por lo que nos situamos ante un supuesto de autoencubrimiento del delito cometido que, por razones evidentes, es impune si no afecta un bien jurídico distinto de la propia vida y porque, en esencia, obstaculizar que se descubra el delito y las circunstancias que lo rodearon forma parte

---

ger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE)" (STS 62/2013). Como puede apreciarse, el fundamento de la sanción por un delito contra la integridad moral se encuentra en el incremento del sufrimiento ocasionado de manera intencionada cuando se aportan diversas versiones sobre el tema, ya que, según entiende el Tribunal, todo esto resultaba innecesario en aras del ejercicio del derecho de defensa, pero no solo en el hecho de ocultar un cadáver o el de guardar silencio reiterado.

65 María Luisa Cuerda Arnau, "El nuevo delito contra la integridad moral", ob. cit., pág. 28.

del genérico derecho de defensa amparado por la CE. Lo que sí castiga es el *silencio reiterado*, pues hace referencia a la ocultación no del cuerpo, sino de la información sobre el paradero del cadáver, en caso de conocerla.

Cuerda Arnau señala que la *ocultación* a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP puede llevarse a cabo de distintas formas: mediante una afirmación mendaz, disfrazando la verdad o la que, en mi opinión, puede ser más habitual, un comportamiento omisivo que consiste en callar o silenciar.<sup>66</sup> Todas ellas son formas adecuadas de comisión de la ocultación a la que hace referencia el tipo penal. El problema es que también son maneras de ejercer legítimamente, como ya hemos expuesto, el derecho a no declarar contra uno mismo, a guardar silencio y de defensa.

Ciertamente la afirmación previa sobre el autoencubrimiento resulta innegable cuando se trata de los autores o partícipes en el delito contra la vida, al encontrarse directamente amparados por el artículo 24 de la CE. El problema sería respecto de terceros ajenos a la muerte, porque, en el caso de conocer el paradero del cadáver y ocultarlo, más que cometer este delito, estaríamos ante un supuesto de encubrimiento punible, salvo en el caso de los familiares a los que se refiere el artículo 454 del CP. En este caso, Cuerda Arnau sostiene que estaríamos ante un concurso ideal de delitos, ya que "el objeto de tutela de ambas infracciones es distinto y no cabe estimar que estemos ante actos copenados".<sup>67</sup>

El problema, en mi opinión, es doble: en primer lugar, no queda claro cuál es el bien jurídico u objeto de tutela protegido en

---

66 *Ibidem*, págs. 23 y ss.

67 *Ibidem*, pág. 32.

el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP. Esto se debe a que, con el comportamiento descrito en él —salvo por los supuestos sobre la generación de un mayor sufrimiento y humillación de los familiares (que provienen, como hemos señalado, de versiones contradictorias e inciertas)—, no puede identificarse claramente uno. En segundo lugar, de aceptar la existencia de distintos objetos de tutela, podría perfectamente alegarse que la ocultación típica del artículo 173.1 del CP es también la conducta de autoencubrimiento, descrita en el artículo 451 del CP y, en consecuencia, podríamos estar nuevamente ante el ejercicio del derecho de defensa. A ello se une un tercer problema, que sería la posibilidad de entender que todos los casos en los que haya un delito de encubrimiento material que ayude a ocultar el cadáver, de manera automática, producen el delito del artículo 173 en concurso.

En mi opinión, de lo que se trataría es de un concurso de leyes por resolver a favor del delito de encubrimiento, que, entre otras cosas, sí tiene claro su objeto de tutela, que es la administración de justicia. Y respecto de los familiares que quedan exentos de pena en el caso de encubrimiento, creo que tampoco sería aplicable el delito contenido en el artículo 173.1, por el mismo fundamento de la exclusión de pena del artículo 454 del CP, que sería trasladable al delito de ocultación de cadáver.

Tampoco el siguiente elemento que se observa en el tipo penal permite enervar la lesión del genérico derecho de defensa que se está analizando, por lo menos respecto de los casos en los que se mantiene un silencio reiterado o, incluso, cuando se miente de manera reiterada pero manteniendo, en todo momento, la misma versión, porque ello no daría lugar, como hemos visto que sostiene el Tribunal Supremo, a una afección de la in-

tegridad moral, distinta del sufrimiento propio de perder a un ser querido y desconocer dónde se encuentra su cuerpo. Es decir, debe implicar, en primer lugar, una gravedad del comportamiento y, en segundo lugar, un específico desvalor diferente de la pérdida del familiar y no saber dónde se encuentra. Tal como señala Cuerda Arnau: “no basta con cualquier ocultación en sentido estrictamente literal, pues la vileza y el carácter humillante inherente a todo acto contrario a la integridad moral no solo depende del acto de ocultación, sino del modo y del contexto en que éste se produce”.<sup>68</sup>

Desde la perspectiva de todo lo expuesto, en mi opinión, resulta evidente que el nuevo delito introducido por la LO 14/2022, vulnera de manera directa y total los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.2 de la CE a los que hemos hecho reiterada referencia, puesto que el autoencubrimiento consistente en la ocultación del cuerpo en un delito contra la vida debe ser impune, porque no es posible exigir al investigado o imputado autoincriminarse ni colaborar con la justicia para facilitar su incriminación.

En consecuencia, todo tipo de compulsión a atestiguar contra uno mismo debería quedar vedado para la intervención del legislador y, por tanto, las previsiones legales sobre este delito en concreto habrían de considerarse como inconstitucionales por su vulneración a los derechos fundamentales. Y esto podría afirmarse tanto respecto de quien se silencia de manera continua como de quien sostiene una versión incierta reiteradamente. Solo cuando, de manera activa, se realizan comportamientos en los que pueden verse involucrados otros elementos adicio-

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 26.

nales, como que haya diversas versiones que provocan continuas expectativas frustradas o confesiones encaminadas a la humillación y vejación de los familiares, podría afirmarse que estos no responden al derecho de defensa, pero para ello no resultaría necesaria la regulación específica de este tipo penal, pues podría sancionarse conforme al primer párrafo del artículo 173.1 del CP, como delito contra la integridad moral.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Precisamente por ello, Cuerda Arnau comparte la resolución del Tribunal Supremo sobre el caso de Marta del Castillo, ya que entiende que el hecho de “ofrecer reiteradamente versiones mendaces acerca del paradero del cuerpo es completamente innecesario para ejercer su derecho constitucional y, por el contrario, supone un absoluto menosprecio de la dignidad de los familiares y allegados más cercanos, cuyo dolor por la muerte resulta incrementado no sólo por no poder cerrar el duelo, sino por las expectativas frustradas de poder cerrarlo derivadas de cada nueva declaración” (“El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., pág. 37). Sin embargo, discrepa de la resolución en el Caso de Gabriel (Ana Julia Quezada), STS 701/2020, del 16 de diciembre, porque considera que: “la sobreactuación y el fingimiento por parte de la autora de la muerte del niño pese a no ser estrictamente necesarios en términos de defensa, sí son una estrategia para enmascarar la propia responsabilidad y confundir a los investigadores y no parecen dirigidos a vilipendiar de manera mezquina y cruel la dignidad de los familiares” (*Idem*).

### b) Enriquecimiento injustificado

De forma muy breve también quisiera realizar alguna referencia al nuevo delito incorporado en el art. 438 bis del CP por la LO 14/2022, relativo al denominado *enriquecimiento injustificado*<sup>70</sup> y que sanciona a la autoridad que, en diversas circunstancias, “se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los

<sup>70</sup> La tipificación de este comportamiento concreto procede del artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en el que se señala la necesidad de sancionar penalmente al funcionario público que aumente su patrimonio de forma injustificada al afirmar que “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él” (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004, art. 20). Un primer aspecto que quiero resaltar en este punto, aunque posteriormente volvamos sobre él, es que pide que se tipifique el incremento significativo del patrimonio, esto es, la posesión de bienes injustificados que, en muchos supuestos, podrían constituir un delito de blanqueo, siempre (eso sí) que logre establecerse su origen delictivo, lo que no resultará sencillo. Sin embargo, en modo alguno señala que se sancione, como hace nuestro Código Penal, la negativa a dar razón de la procedencia de los bienes que, en esencia, responde exclusivamente a la dificultad probatoria señalada.

requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”. La conducta descrita se configura, así, como un delito de desobediencia y esto, en mi opinión, también puede implicar la vulneración del derecho a no autoincriminarse.

Al respecto, Raga Vives entiende que el nuevo delito no sanciona la posesión ilícita de bienes, sino la negativa reiterada a responder a los requerimientos de los órganos competentes, lo que separa claramente nuestra normativa de las recomendaciones de origen supranacional.<sup>71</sup> Obviamente, la posesión de bienes injustificados de los que se presume un origen ilícito ya encuentra acomodo en el delito de blanqueo, lo que implicaría que, de ser esta la conducta sancionada, nos encontraríamos ante una evidente superposición de normas penales, mediante la aplicación del comiso o, incluso, figuras administrativas. De hecho, lo que sanciona la mayor parte de los países europeos es la *posesión injustificada de bienes*.<sup>72</sup> Precisamente por ello se ha regulado como un *delito de desobediencia* que, en mi opinión, se trata, en realidad, de un delito de sospecha,<sup>73</sup> ya que se castiga la *negativa a dar cumplimiento a los requerimientos*

*de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación*, o dicho de otro modo, se sanciona *no dar razón de la procedencia de los bienes*.

Son muchas las críticas que pueden realizarse respecto del precepto, por ejemplo, la ya señalada configuración como delito de sospecha que conlleva una presunción, altamente cuestionable, de que los bienes tienen un origen ilícito o provienen de una actividad ilícita; pero si hay algo que, al menos desde mi perspectiva, resulta insostenible, es la colisión con un derecho fundamental, en este caso, el derecho a no declarar contra uno mismo, como directa manifestación del derecho de defensa contenido en el artículo 24.2 de la CE.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han opuesto reiteradamente a incluir el delito de enriquecimiento ilícito, porque esto implica importantes problemas de constitucionalidad,<sup>74</sup> debido a que establece proposiciones contrarias al derecho de presunción de inocencia. Por ello, Raga Vives entiende que la actual regulación podría ser legítima constitucionalmente en tanto que:

71 Anna Raga Vives, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 197 y ss.

72 Sobre las distintas regulaciones de Derecho comparado, vid. *Ibidem*, págs. 193 a 197.

73 Este mismo planteamiento fue sostenido por numerosos países, de hecho, casi la totalidad de los pertenecientes a la Unión Europea considerando que se negaba la presunción de inocencia, (*ibidem*).

74 Isidoro Blanco Cordero, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, págs. 20 y ss.; Eduardo A. Fabián Caparrós, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 604 y ss., y entre otras, la STS del 27 de octubre de 2022 (Tol 9284246).

[...] el delito no exige la colaboración del acusado para probar los elementos del delito [...]. Podría parecer que este problema no ha desaparecido ya que, el acusado, bajo amenaza de incurrir en un delito de desobediencia (en un estadio anterior), se verá compelido a declarar sobre el origen de sus bienes. Lo cierto es que, a diferencia de la regulación de la ONU, aquí se parte de que existe una obligación legal, cuando se ostenta una determinada condición de declarar bienes. Esa obligación es el presupuesto de la infracción, aunque ciertamente la cuestión no quede exenta de dificultades.<sup>75</sup>

Precisamente la existencia de esta obligación legal le permite afirmar que no se vulnera el derecho a no autoincriminarse y, para ello, realiza una comparación tanto con el delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, como con otros tipos penales. Así, sostiene que, atendiendo a la STC 161/1997, del 2 de octubre: la obligación de la prueba de alcoholemia no implica que el sujeto esté obligado "a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto" de una "pericia",<sup>76</sup> lo que no lesionaría el derecho a no autoincriminarse. Al margen de que, al menos en mi opinión, esta resolución del Tribunal Constitucional es altamente cuestionable,<sup>77</sup> como también, el tipo penal

contenido en el artículo 383 del CP, en realidad, considero que no es un caso comparable estructuralmente al que se está analizando: no es lo mismo "consentir" una actuación ajena (en este caso, la de la policía, mediante la prueba de alcoholemia), que obligar a una colaboración activa con la administración pública o la administración de justicia. Y entiendo que tampoco resulta sostenible que la existencia de una obligación legal (normalmente administrativa) de colaborar o de ser transparente para determinados sujetos, especialmente vinculados con la administración pública, pueda determinar que la negativa a cumplirla se convierta en delito, so pena de vulnerar el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho de defensa.<sup>78</sup>

---

zado (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia), en realidad, obligaba al sujeto a colaborar con la acusación para descubrir la verdad, lo que resultaba incompatible con el derecho de defensa.

**78** No comparto la postura de Anna Raga Vives, cuando afirma que: "colaborar en una determinada pericia ante el órgano requirente, máxime cuando existe una obligación legal de hacerlo, no parece contrariar la garantía de autoincriminación, sobre todo si se atiende a que el procedimiento se establece justamente para ello y si se tiene en cuenta que, sin esta información, la Administración se encontrará desprovista de las herramientas para cumplir con sus fines" ("El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", ob. cit., pág. 207). Mi desacuerdo se sustenta en varias razones. En primer lugar, porque no estamos ante ninguna pericia, que debería consistir en la obligación de aportar documentación acreditativa de los ingresos y patrimonio de determinados sujetos vinculados y obligados por la normativa sobre

---

**75** Anna Raga Vives, "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", ob. cit., pág. 202.

**76** *Ibidem*, pág. 202, nota 65.

**77** De hecho, en relación con la STC mencionada, existió un voto particular sustentado por los magistrados Ruiz Vadillo y García-Mon, en el que se sostenía que el tipo penal anali-

Pongamos un ejemplo: una autoridad posee un patrimonio injustificado, procedente bien de un delito de cohecho, o bien, de un delito de blanqueo, y se niega a dar razón de la procedencia de los bienes que posee, obviamente debido a que es autor de un hecho delictivo. Está ejerciendo legítimamente su derecho de defensa a no declarar contra sí mismo y a no autoincriminarse porque, de colaborar con la Administración, estaría aportando pruebas en su contra. En este caso, si pudiera esclarecerse la existencia del delito sin su colaboración, debería responder por un concurso de delitos: este y el de enriquecimiento injusto, puesto que no ha justificado sus bienes. En el caso de que no pudiera probarse el delito previo, siempre tendremos el delito de enriquecimiento injusto por su falta de colaboración. En un lenguaje más popular: “la banca nunca pierde”.

A mi juicio, resulta incuestionable que, por mucho que determinados sujetos estén obligados legalmente a colaborar con la administración pública y de justicia en aras de una mayor transparencia y una lucha contra la corrupción, el derecho fundamental a la defensa se encuentra por encima de ello y también, sus manifestaciones instrumentales, que se derivan del artículo 24.2 de la CE: el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminar-

---

transparencia, pero ello implicaría una infracción administrativa, nunca, un delito. En segundo lugar, porque la razón de que se facilita a la Administración lo que, en otro caso, resultaría difícil de probar, no constituye, en mi opinión, ni fundamento ni justificación ni, mucho menos, objeto de tutela respecto de la introducción de un delito específico de desobediencia en este ámbito.

le.<sup>79</sup> Precisamente por ello, considero que no resulta legítimo convertir en delito un comportamiento (guardar silencio o no colaborar con la administración de justicia) que constituye un derecho fundamental amparado constitucionalmente. La cuestión de la valoración de ese silencio o esa negativa por parte del órgano juzgador respecto a la posible imputación de un delito del que traigan origen esos bienes es distinta y no fundamenta la legitimidad de criminalizar el silencio o la falta de colaboración.

Pero sancionar penalmente el silencio o la negativa reiterada a colaborar con la administración, aportando datos de los cuales se pueda derivar la incriminación respecto de otro delito previo, en mi opinión, supone, de manera evidente, la vulneración de un derecho fundamental que no permite avalar la legitimidad de la regulación penal ni siquiera como delito de desobediencia.<sup>80</sup>

#### **2.4 El consentimiento en materia sexual, la presunción de inocencia y el sistema acusatorio**

Un último aspecto que abordaré en este trabajo relativo a la afeción de los derechos fundamentales provocada por las reformas penales desde la perspectiva de la política criminal es el relativo a la modificación de los delitos contra la libertad sexual, llevada a cabo por la LO 10/2022, del 6 de septiembre y de garantía integral de la libertad sexual.

---

**79** Isidoro Blanco Cordero, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., págs. 22 y 23.

**80** *Ibidem*, págs. 34 y 35.

Haré referencia, en exclusiva, a las consecuencias de la definición de consentimiento, que se derivan de este ordenamiento, y a lo que puede implicar para diversos derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la presunción de inocencia, a la inversión de la carga de la prueba y al principio acusatorio, que no se encuentra en cuestión en la potencial reforma que se está tramitando.

Una de las principales "virtudes" ensalzadas por los operadores políticos artífices de esta Ley es que, *por fin, el consentimiento se ha situado en el centro de los delitos contra la libertad sexual*. La afirmación no solo no responde a la realidad de la regulación penal tradicional, sino que es totalmente incierta: el consentimiento siempre ha sido el elemento central de los delitos contra la libertad sexual. De hecho, la existencia de un consentimiento válido, libre y voluntario determinaba la atipicidad del comportamiento, como resulta obvio, debido a que toda persona tiene derecho a ejercer su capacidad de autodeterminarse sexualmente (y en cualquier otro aspecto de su vida), como es-time conveniente.<sup>81</sup>

Tampoco resulta cierto que debiera acreditarse una fuerte oposición o resistencia por parte de la víctima, ni que no fuera suficiente con la negativa de aquella para configurar el atentado contra la libertad sexual; de hecho, el criterio del *no means no* ya lleva mucho tiempo implantado tanto en nuestra doctrina como, lo que es más importante, en nuestra jurisprudencia.

En resumen, la ausencia de consentimiento *siempre* y en todo caso, fuera en el momento que fuera de la relación sexual, ha determinado la concurrencia de un delito sin necesidad de grandes violencias ni resistencias, ni de reiteraciones sucesivas de las negativas. Se trataba y se trata simplemente de *probar* que la conducta del sujeto activo quebranta la libre autodeterminación del sujeto pasivo en material sexual.<sup>82</sup> Ni más ni menos.

Pero justo ese era el problema, la *prueba*, porque obviamente, y salvo casos mediáticos y concretos, los atentados contra la libertad sexual se suelen producir en el ámbito de la intimidad, de manera que solo el agresor y el agredido pueden dar cuenta de lo realmente acontecido y de si hubo o no consentimiento.<sup>83</sup> Se trataba, por lo tanto, de la validez del

<sup>81</sup> Francisco Javier Álvarez García, "Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, pág. 25; María Elena Torres Fernández, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, págs. 28 y 29.

<sup>82</sup> Juan Antonio Lascuraín Sánchez, "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, pág. 56.

<sup>83</sup> En el caso de violencia, la prueba quizá resulte más simple, dado que pericialmente puede demostrarse en la mayoría de los supuestos su existencia. Por ello, afirma Lascuraín Sánchez que "sólo podrá el juez penal afirmar la falta de consentimiento si lo constata inductivamente más allá de toda duda razonable" (*ibidem*).

testimonio de cada uno de los implicados, la cual también había sido claramente acotada por nuestros Tribunales,<sup>84</sup> que exigían la concurrencia de una serie de criterios para determinar la existencia o no del consentimiento: credibilidad subjetiva (inexistencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole), verisimilitud o credibilidad objetiva (que el testimonio guarde lógica y coherencia interna, y que, además, guarde coherencia externa con los datos y medios de prueba que estén al margen de la declaración de la víctima) y persistencia en la inculpación (que implique que no haya variaciones esenciales en las diferentes declaraciones de la víctima, ni existan contracciones o vaguedades).

Justamente la exigencia de estos elementos determinó que cierto sector doctrinal y social afirmase que ello implicaría una revictimización de la persona agredida al tener que revivir en diversas ocasiones el suceso sufrido.<sup>85</sup> No niego que ello sea así, pero también lo es en otros muchos delitos tan o más reprochables que estos y que igualmente “obligan” a la víctima o a sus familiares a volver a revivir una y otra vez el hecho concreto,

y no, por ello, quebrantamos las garantías de un Estado de derecho respecto de los autores del delito en cuestión.

El problema, en mi opinión, es que tanto un delito contra la libertad sexual como cualquier otro delito debe ser probado, y recurrir a esos criterios que se han señalado y adoptado jurisprudencialmente, ya desde hace décadas, se erige en garantía de la presunción de inocencia y en manifestación del principio sobre que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. Esta es la base del sistema acusatorio de nuestro sistema procesal y se refleja en la protección constitucional a la presunción de inocencia. Obviamente la víctima debía pasar por la necesidad de probar la veracidad de su testimonio, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia que debe amparar al acusado, y la carga de la prueba de la existencia del delito recae en quien acusa (la víctima o el Ministerio Fiscal), y esa necesidad probatoria implica necesariamente revivir una situación de sufrimiento y un innegable aumento del dolor, pero no cabe otra posibilidad en aras del respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

La nueva definición de consentimiento, aportada por la LO 10/2022 en el inciso final del artículo 178.1 del CP, modifica notablemente el panorama que se ha expuesto. Sin entrar a analizar detenidamente su contenido y la forma de manifestarse (si expresa o tácitamente, si por actos concluyentes, etcétera),<sup>86</sup> lo que sí resulta innegable es que se ha dado un giro de 180 grados, y del antiguo

<sup>84</sup> Así, por ejemplo, las SSTs del 21 de mayo de 2014 o del 4 de noviembre de 2021, entre otras.

<sup>85</sup> En palabras de Lascuráin Sánchez, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., pág. 56: “sabemos que la presunción de inocencia tiene precio, el de la absolución de acusados culpables y aquí, además, normalmente, el del doloroso testimonio de la víctima [...] me temo que no hay modo de dejar de pagarlo que no sea a su vez más costoso desde la perspectiva de nuestros valores”.

<sup>86</sup> A este respecto, señala Lascuráin Sánchez que, en atención a la regulación legal, “sólo habrá un consentimiento excluyente de la tipicidad cuando el consentimiento sea activo, expreso y claro” (*ibidem*).

“no es no”, que conllevaba la ausencia de consentimiento provocado por la negativa, ya fuera expresa, implícita, por actos concluyentes de rechazo, etcétera, se ha pasado a una perspectiva positiva de “sólo el sí es sí”, de manera que, según establece el texto penal, “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.<sup>87</sup>

Hemos pasado de que cualquier tipo de rechazo o negativa explícita o implícita determinaba la ausencia de consentimiento que configura los delitos contra la libertad sexual, a la exigencia de una manifestación positiva del consentimiento. Y este cambio de eje no es, en modo alguno, irrelevante, porque, en la anterior regulación, la acusación debía probar que no había existido consentimiento y, por tanto, se mantenía la presunción de inocencia, mientras que, con la actual regulación, la ausencia de consentimiento se presume,<sup>88</sup> y solo cuando se demuestre su existencia en los términos indicados en el texto penal, la conducta resultará atípica. Dicho

de otra forma, se exige, aunque no se diga expresamente, que sea el presunto autor de los hechos quien demuestre que la presunta víctima había consentido, en todo momento, la relación sexual. Ya no hay presunción de inocencia, ya no hay sistema acusatorio y la obligación de probar de quien acusa, sino que estamos ante un sistema inquisitivo, en el que se parte de la culpabilidad del sujeto, en el que la carga de la prueba recae en el acusado y se convierte en una *probatio diabólica* porque carecería de medios bastantes y adecuados para ello (no olvidemos que los criterios señalados por la jurisprudencia sirven para dar veracidad a la declaración de la víctima, no a la del imputado).

Con ello, y aunque no se haya establecido así expresamente, se están quebrantando derechos fundamentales derivados directamente del derecho a la presunción de inocencia y de los principios del sistema acusatorio.<sup>89</sup>

Si se quería actuar frente a supuestos en los cuales la víctima se veía imposibilitada de autodeterminarse, y consentir o no consentir, como los casos de vulnerabilidad o sumisión química, por ejemplo, hubiera sido bastante con señalar que, en esas condiciones, en todo caso, se entendería que hubo una agresión sexual derivada de la absoluta indefensión o desvalimiento de la víctima que no podía manifestar en modo alguno su voluntad, ni en sentido positivo ni en sentido negativo.

<sup>87</sup> Ley Orgánica 10/2022, España, 6 de septiembre de 2022.

<sup>88</sup> En Lascuráin Sánchez, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., pág. 57, se indica que se trataría de una presunción *iuris et de iure* de que no concurre consentimiento “si el mismo no se ha manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de participar en la relación sexual”, y en relación con el silencio o la pasividad, se sostiene que estamos ante una presunción *iuris tantum*, que tampoco resulta acorde con el derecho constitucional al implicar que se revierte la carga de la prueba.

<sup>89</sup> María Elena Torres Fernández considera que la inclusión de este concepto afirmativo de consentimiento no implica una reversión de la carga de la prueba (“Notas sobre los delitos contra la libertad sexual”, ob. cit., pág. 29). También indica que la carga de la prueba corresponde a la acusación.

En el fondo, al menos en mi opinión, no se está introduciendo un elemento típico de los delitos contra la libertad sexual, que ya era el eje central en la anterior regulación, sino una norma de valoración procesal de la prueba, en el sentido que se ha señalado: la presunción de que no concurre ante una denuncia y la carga de la prueba en el acusado, que debe desvirtuar la imputación que se la atribuye. En definitiva, la vulneración de la presunción de inocencia.

### 3. Como conclusión: el peligro para el Estado de derecho

Como se ha expuesto a lo largo de todo este trabajo, hay dos ideas centrales sobre las que giran las nuevas tendencias legislativas y de política criminal. Por un lado, la decisión de elevar a la categoría de elemento nuclear y finalidad principal la consecución de una inexistente e inalcanzable seguridad y, para ello, se ha optado por emplear cualquier instrumento de control social, esencialmente el penal, a fin de lograr erradicar cualquier potencial “amenaza” o “percepción de amenaza”, es decir, lo discrepante o contrario o rechazable para la moral social; con ello, la “moral o el sentir social” es el criterio definidor de lo que debe ser o no prohibido. Por otro lado, que para alcanzar esa entelequia de “seguridad absoluta” no existe inconveniente alguno en lesionar, vulnerar o erradicar los derechos y garantías básicas y definidoras de un Estado democrático de derecho.

Con ello puede obtenerse una primera y clara conclusión: la absoluta confusión que tiene el legislador penal en la actualidad entre la moral y el delito, de manera que todo aquello que se desvíe de lo socialmente adecuado es automáticamente concebido como un peligro y sobre esa misma base, crimina-

lizado, a fin de erradicar y volver inocua la amenaza externa que se percibe. El problema es que ni existe el peligro ni existe la amenaza externa para la sociedad o sus bases y sistemas democráticos que se derive de un disidente, discrepante o incluso de un desviado, porque ninguno de ellos tiene, por sí mismo, la idoneidad ni la capacidad de lesionarlos. Por el contrario, sí que constituye una amenaza, esta vez interna, porque procede del propio Estado, que exista una legislación criminalizadora, preventiva y securitaria, en la que no hay inconveniente alguno en vulnerar los derechos y libertades fundamentales y las garantías constitucionalmente reconocidas en aras de “proteger” el sistema. El sistema democrático solo puede ser destruido por el propio sistema democrático y por su legislación, cuando se vulneran los principios que lo informan.

Una clara manifestación de estas tendencias legislativas actuales, que responden a reclamaciones de diversos sectores sociales, políticos y mediáticos y que implican una grave y relevante incidencia en el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales, son los diversos delitos que hemos analizado a lo largo de todo este trabajo. Como he expuesto, estas regulaciones no solo afectan el derecho a la libertad de expresión, el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable o el derecho a la presunción de inocencia hasta el punto de prácticamente erradicarlos, sino que también perjudican el propio sistema democrático y la concepción que como sociedad debemos tener de él. No se puede permitir que, por razones políticas (que no criminales, porque no existe un injusto que deba criminalizarse), releguemos al olvido aquella sociedad del siglo pasado, en la que imperaban esencialmente dos aspectos: la tolerancia con el discrepante y el absoluto respeto y protección de los derechos y

libertades fundamentales y de las garantías constitucionalmente reconocidas.

No podemos, no debemos, abogar ni permitir otra sociedad que no sea la que se sustenta en estos parámetros básicos, porque ello solo implicaría una cosa: que la sociedad democrática, que el Estado democrático, se autodestruyeran a sí mismos para convertirse en cualquier otra cosa, pero, desde luego, no en una democracia.

Por ello, considero que la única opción viable en relación con esa situación es retornar a aquella legislación garantista y respetuosa de los derechos y libertades, lo que no quiere decir que el derecho penal no deba hacer frente a nuevos fenómenos o nuevos ámbitos que deban ser protegidos. Ello significa que esa protección penal debe realizarse solo cuando sea absolutamente necesaria y la única opción posible (*ultima ratio*) y, lo que quizás es más importante, respetando siempre y, en todo caso, el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Para ello, se debe partir de una premisa absolutamente irrenunciable: aquello que es el ejercicio legítimo de un derecho, por mucho que nos desagrade o nos resulte reprobable o reprochable moralmente, nunca, en ningún caso ni supuesto, puede ser constitutivo de delito. Desde esta perspectiva, y como he ido señalando, la única vía constitucional y democrática posible es la derogación de la mayoría de los delitos que hemos expuesto y la reformulación de otros de ellos de manera que sean acordes y respetuosos con los principios básicos de un Estado democrático de derecho.

#### 4. Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 19-27.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás (trads.), Barcelona, Paidós, 1998.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, "El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, "Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes", *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 61, 2020, pp. 30-49.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, enero-abril, 2018, pp. 45-86.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas 'más allá de la provocación y la injuria'", en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

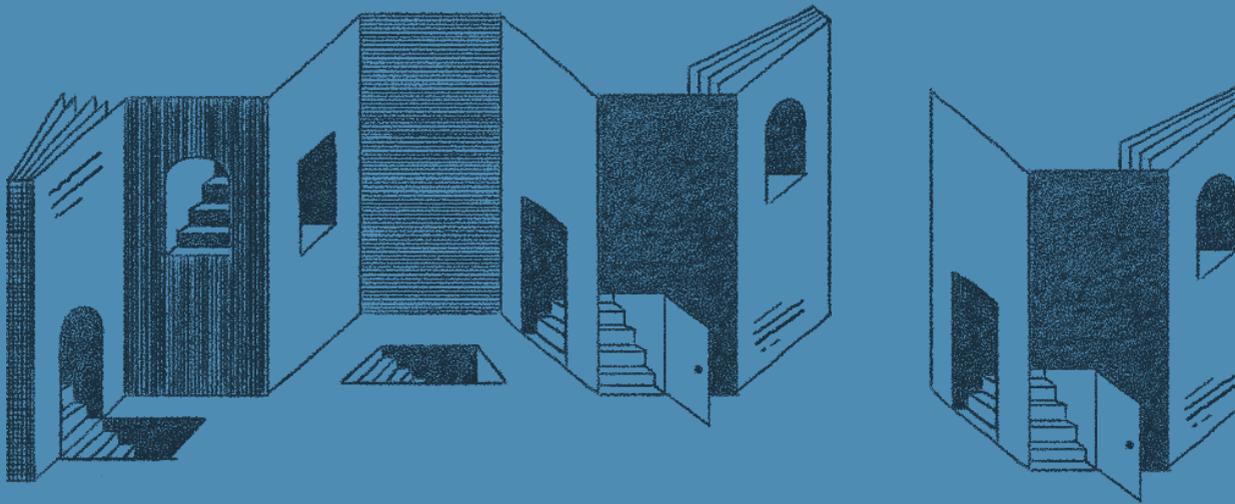
- Código Penal, España, 24 de mayo de 1996, última reforma del 11 de junio de 2024.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004.
- CORRECHER MIRA, Jorge, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CUERDA ARNAU, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en José Luis González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Delitos contra la libertad (y II) amenazas. Coacciones”, en José Luis González Cussac, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed. revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, Miguel, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: necesidad de limitar”, *Boletín. Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo 2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.
- DOPICO, Jacobo, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Boletín Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo, 2018, pp. 15-17.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 595-610.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en José León Alapont (dir.), *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, J M Bosch Editor, 2021, pp. 297-330.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón (coords.), *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro Homenaje a la Profa. Dra. M<sup>a</sup> Isabel Martínez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, tuiteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 245-304.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

- GALLARDO ROSADO, Maydelí, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio", en Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla y Ramón Miguel García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 867-881.
- GARCÍA ARROYO, Cristina, "Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?", en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 145-183.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Política y delito", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 18-45.
- JARÍA I MANZANO, Jordi, "La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales", en Gonzalo Quintero Olivares y Jordi Jaría i Manzano (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", en Jon Mirena Landa Gorostiza y Enara Garro Carrera (dir.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio. Arts. 510 y 22.4º CP 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 61-71.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "El delito de rezar", *El Mundo*, 19 de mayo de 2022.
- LEÓN ALAPONT, José, "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022.
- LEÓN ALAPONT, José, "La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo", en Marco Teijón Alcalá (dir.), *El odio como motivación penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, pp. 207-235.
- Ley Orgánica 4/2022, España, 12 de abril de 2022.
- Ley Orgánica 14/2022, España, 22 de diciembre de 2022.
- Ley Orgánica 10/2022, España, 6 de septiembre de 2022.
- MENÉNDEZ CONCA, Lucas, "Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 22, 2019, pp. 59-106.
- MIRA BENAVENT, Javier, "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo", en Guillermo Portilla Contreras y Ana Isabel Pérez Cepeda (dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, 2016.

- MIRA BENAVENT, Javier, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Miró Llinares, Fernando, *Cometer delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MORENO CATENA, Víctor, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Castellón, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015, pp. 865-894.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios en Homenaje ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, Lisboa, Universidad de Coimbra, 2009.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Aproximación político-criminal a la desinformación”, en León Alapont (dir.), *El Derecho penal frente a las crisis sanitarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 433-459.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 477-579.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 11, 2009.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Navarra, Aranzadi, 2022.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en Alberto Alonso Rimo, María Luisa Cuerda Arnau y Antonio Fernández Hernández (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-94.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.
- Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, ONU, 5 de octubre de 2012. Registro: A/HRC/22/17/Add.4.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 717-753.
- RAGA VIVES, Anna, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 189-234.

- Real Academia Española, “Obstaculizar”, en *Diccionario de la Lengua Española*.
- RODRÍGUEZ MOLINA, Antonio, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- ROIG TORRES, Margarita, *Delimitación entre libertad de expresión y ‘discurso del odio’. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ROLLNERT LIERN, Göran, “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 109, septiembre-diciembre, 2020, pp. 191-228.
- Sentencia de la Audiencia Provisional de Sevilla 1/2012 (Procedimiento abreviado), 13 de enero de 2012 (recurso 725/2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 (Sala Primera), 16 de mayo de 2000 (referencia BOE-T-2000-11459).
- Sentencia del Tribunal Supremo 561/2021 (Sala de lo penal), 24 de junio de 2021 (recurso 3636/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P).
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual”, José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del ‘solo el sí es sí’. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023.
- VALENCIA CANDALIJA, Rafael, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Madrid, Tecnos, 2021.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Garantías constitucionales y terrorismo”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 27-34.





- 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 ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CENSOS PENALES

INACIPE  
**49**  
AÑOS  
1976 • 2025