



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 16-17

Marzo 2019 • febrero 2020

Revista

Penal

MÉXICO

Número 16 • 17
Marzo 2019-febrero 2020
México
ISSN 2007 4700



Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org



REVISTAPENALMÉXICO, año 8, núm. 16 • 17, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, Tel. 5487 1571, página *web*: www.inacipe.gob.mx, *e-mail*: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gerardo Laveaga. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impreso y encuadernado por Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala 19, Col. San Francisco, Alcaldía Magdalena Contreras, C.P. 10810, Ciudad de México. El tiraje consta de 500 ejemplares más sobrantes para reposición.

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.

FE DE ERRATAS:

En número precedente de la Revista Penal México (número doble 14/15) se incorporó el artículo “Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del derecho penal internacional” (pág. 263) que es de exclusiva autoría de la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda. Por un error material se ha mencionado como coautor del artículo al Prof. Dr. Juan Terradillos Basoco, a quien la autora lo dedica.

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL
DE CIENCIAS PENALES

GERARDO LAVEAGA
*Director General del
Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RAFAEL RUIZ MENA
Secretario General Académico

GABRIELA ALEJANDRA ROSALES HERNÁNDEZ
Secretaria General de Extensión

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Directora de Publicaciones y Biblioteca

Número 16 • 17
Marzo 2019-febrero 2020
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

GERARDO LAVEAGA
Director General del INACIPE

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

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

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
Universidad Autónoma de Guerrero

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
El Colegio de México

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

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

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

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Universidad Autónoma de Chiapas

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad De La Salle Bajío

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

EDITORIA DE LA REVISTA

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Instituto Nacional de Ciencias Penales

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

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

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
Universidad Autónoma de Tlaxcala

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

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Universidad Internacional de la Rioja

VICTOR MANUEL MACIAS CARO
Universidad de Huelva y Pablo de Olavide

DOCTRINA

Carta editorial	9
Alfredo Abadías Selma <i>La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España.</i>	11
Mercedes Alonso Álamo <i>Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad)</i>	33
Paz M. de la Cuesta Aguado <i>Inteligencia artificial y responsabilidad penal.</i>	51
Juan Carlos Ferré Olivé <i>Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa</i>	63
Francisco Vázquez Gómez Bisogno <i>Las menores de edad víctimas de violencia sexual. La respuesta inconstitucional del Estado mexicano a través del espejismo generado por la NOM-046.</i>	85
Carmen González Vaz <i>Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano</i>	111
Maximiliano Hernández Cuevas <i>La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad</i>	125
José León Alapont <i>Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en España: estado de la cuestión y propuestas de reforma</i>	141
Alberto Enrique Nava Garcés <i>Objetos en el cielo: los drones. La legislación penal mexicana y las aeronaves no tripuladas</i>	169
Alejandro Ochoa Figueroa <i>El principio "non bis in idem" y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo.</i>	179
José Manuel Paredes Castañón <i>La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas</i>	195

Paula Andrea Ramírez Barbosa	
<i>Análisis del dolo y sus elementos en el delito de homicidio de persona internacionalmente protegida: cuestiones problemáticas.</i>	213
Sinthya de la C. Ramos Guerra	
Daniel Y. Pérez Legón	
<i>Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico- evolutiva</i>	229
Juan Carlos Velázquez Elizarrarás	
<i>Delitos económicos transnacionales y lavado de capitales en el derecho internacional penal y el ius puniendi del Estado mexicano</i>	247
María del Carmen Vera Rivera	
Lyonel Calderón Tello	
<i>Los comportamientos dolosos en el ámbito del tránsito o tráfico rodado: la diferencia entre el dolo y la culpa como solución interpretativa del ámbito de aplicación del art. 371 coip del Ecuador</i>	283
Gustavo Yllanes Bautista	
<i>Estudio comparativo de la función policial.</i>	301
José Zamora Grant	
<i>La crisis del sistema de justicia penal en México. Una revisión crítica desde los fundamentos de la política criminal</i>	315

Una nueva época para Revista Penal México

Al presentar el número 16 y 17 de Revista Penal México y en nombre de todas las instituciones implicadas en este proyecto científico nos complace comunicar que, a partir del próximo número 18 (septiembre- febrero), esta publicación aparecerá exclusivamente en formato digital, de forma abierta y gratuita en nuestra página del Instituto, www.inacipe.gob.mx.

Así, comenzamos una nueva etapa para este proyecto que se inició con ilusión entre el INACIPE y distintas universidades españolas en mayo de 2011, y que a todos ha gratificado. Estamos ante un auténtico referente entre las publicaciones penales de toda América Latina.

Es una muestra más del avance imparable de las nuevas tecnologías y de la preservación del medio ambiente. Por una parte, la revista electrónica estará a plena disposición de los investigadores y de todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, asesores, etc.) de manera inmediata y en cualquier parte del mundo, cumpliendo con las exigencias de calidad que caracterizan a los artículos que aquí se

publican. De esta forma colaboramos con una mayor difusión de las buenas ideas que parten desde México y Europa y se entrelazan en este universo jurídico intercomunicado en el que nos toca vivir. La información científica también contribuye a una aplicación del derecho penal más justa y eficaz, que es lo que todos deseamos. Por otra parte, al evitar las ediciones en papel contribuimos decididamente a preservar un entorno medioambiental mejor aprovechado para aquellos que nos sucederán en el tiempo.

El compromiso por el derecho penal, el derecho procesal penal, la criminología y los derechos humanos que siempre han distinguido a INACIPE y a las universidades que participan en este proyecto se mantendrá vivo y conforme a los últimos avances tecnológicos.

MTRO. GERARDO LAVEAGA

PROF. DR. JUAN CARLOS FERRE OLIVE

CIUDAD DE MÉXICO, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

Alfredo Abadías Selma

Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Internacional de La Rioja, España. Contacto: alfredo.abadias@unir.net

RESUMEN: *En el presente artículo realizamos una aproximación al fenómeno de un tipo de violencia muy sui generis, pues se trata de una violencia intrafamiliar cometida por los menores hacia sus ascendientes.*

Después de una exploración de la bibliografía más relevante a nivel nacional e internacional, se expondrá la diferenciación entre la agresividad y la violencia, para seguir con la evolución que ha ido produciéndose por parte de la comunidad científica a los efectos de consensuar una definición válida y lo más completa posible.

Otra de las cuestiones que abordaremos será la problemática sobre la incidencia de la violencia filio-parental en España, remarcando la dificultad investigadora que existe hoy en día en nuestro país al respecto. Por otra parte, ilustraremos los datos que aportamos con una serie de gráficos para dar luz a una problemática que, en la mayoría de casos, se queda intramuros del seno familiar llegando a enquistarse con consecuencias nefastas.

Finalizaremos el presente artículo con una serie de conclusiones extraídas de las cuestiones planteadas que se combinan con algunas reflexiones que aportamos.

PALABRAS CLAVE: *derecho de corrección, síndrome del emperador, violencia intrafamiliar ascendente, violencia, violencia filio-parental.*

ABSTRACT: *In this article we approach the phenomenon of a very sui generis type of violence, because it is an intra-family violence committed by minors towards their ascendants.*

After an exploration of the most relevant bibliography at national and international level, it will expose the differentiation between aggressiveness and violence, to continue with the evolution that has been produced by the scientific community in order to agree on a valid definition and as complete as possible.

Another issue that we will address will be the problem about the incidence of filio-parental violence in Spain, highlighting the difficulty that exists today in our country in this regard. We will illustrate the data that we provide with a series of graphs to give light to a problem that in most cases remains intramural within the family bosom, becoming encyst.

Let us conclude this article with a series of conclusions drawn from the questions raised that are combined with some reflections.

KEY WORDS: *right of correction, emperor syndrome, ascending domestic violence, violence, filio-parental violence.*

SUMARIO: 1. *Violencia filio-parental. Concepto y delimitación.* 2. *Las agresiones de hijos hacia sus ascendientes: camino hacia una definición.* 3. *La incidencia de la violencia filio-parental en España.* 4. *El estatus legal del menor.* 5. *Conclusiones finales.* 6. *Referencias bibliográficas.*

Rec: 16-09-2019 | Fav: 23-10-2019

1. Violencia filio-parental. Concepto y delimitación

En primer lugar, entendemos que es preciso hacer una distinción entre los conceptos de agresividad y violencia. La agresividad es una potencialidad del ser humano que es innata y sirve para imponerse ante situaciones de la vida que requieren una fuerza no habitual.¹ Esta forma de actuar del ser humano no tiene por qué causar ningún tipo de daño, y forma parte del desarrollo normal del hombre en la vida (Alonso y Castellanos, 2006).

En el Diccionario de Sociología (Giner, Lamo de Espinosa y Torres, 2013) se entiende por violencia aquella interacción social como resultado de la cual hay personas o cosas que resultan dañadas de manera intencionada, o sobre las que recae la amenaza creíble de padecer una agresión.

Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española de la lengua (RAE, 2019), el término violencia aparece como «Acción violenta o contra el natural modo de proceder» en su acepción 3^a.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2017) define la violencia como:

el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte.

Por otra parte, Roperti (2006) distingue entre agresividad y violencia enfatizando en el aprendizaje que existe en las conductas violentas y realiza la siguiente delimitación:

Para entender el fenómeno hay que partir de una distinción: agresividad y violencia no son lo mismo. Si bien la primera es un impulso normal que bulle dentro de cada ser humano, la violencia, en cambio, es una pauta de comportamiento aprendida e inadecuada, una forma de relación y de resolución de problemas que no es algo natural. (23-24).

Cáceres (2012), por su parte, diferencia de forma muy nítida la agresividad de la violencia, matizando que esta última es un atributo negativo del hombre:

La etología nos ha enseñado a diferenciar “agresividad” de “violencia”. La primera es una fuerza, una pulsión, un instinto, un dinamismo biológico que impulsa a los seres vivos a subsistir, o supervivir, a “e-vo-lu-cio-nar”. En otras palabras, la agresividad es una construcción de la naturaleza, de la vida, para continuar avanzando, cerrando círculos, formando cadenas, organizando un equilibrio noosférico imprescindible para la supervivencia de los individuos, de la especie, de la vida misma. En cambio, la violencia es una fuerza destructora, negativa, involutiva que ha creado la cultura para imponer por la fuerza, para competir y vencer como objetivo único, dominante, avasallador, para conquistar el poder, para aplastar, muchas veces inmotivada y gratuitamente, con el solo propósito de dominar. (127)

Pero no toda agresividad es positiva, y entendemos interesante la distinción que hace Herrero (2007) entre agresividad positiva y negativa:

¹ En cuanto a la agresividad, y desde el punto de vista criminológico, (García Andrade, 1982) añade que: «Toda la Criminología gira en torno a la agresividad, que en contra de los sociólogos que la consideran como una respuesta a la frustración engendrada por la vida social y sus necesidades, hay que estimarla como una actitud de lucha preformada biológicamente en todo ser vivo». (p.7)

Agresividad negativa es la representada en una conducta destinada a infligir, de forma directa o vicaria, física o moralmente, daños a las personas (o instituciones), sin que éstas provoquen aquélla de forma suficiente [...] —y sigue en la distinción— [...] la agresividad positiva: La representada por una conducta dirigida a vencer los obstáculos que se oponen a la consecución de los propios objetivos (o de terceros que afectan al agente), en todo caso lícitos, sin intención alguna de causar daños al prójimo. (292-293)

Vemos cómo en esta distinción aparece la licitud como parámetro diferenciador entre la agresividad positiva y negativa.

Si seguimos a Gilinsky (2008), violencia es «causar daño físico, vulnerar la inviolabilidad física. Por violencia se entiende también la actitud hostil hacia el objeto del atentado, plasmada en acciones encaminadas a su destrucción, (daño o eliminación)» (70). Apreciamos aquí también la connotación negativa que tiene la violencia.

Una distinción muy peculiar es la de Gelman de Veinstein (2003), que nos habla de violencia benigna y maligna. Se indica que hay un desequilibrio que sentimos y que está dentro de la tolerancia a la presión de la necesidad, y cuando se cuenta con recursos para adaptarnos, se genera un estado de estrés positivo o eustrés, que moviliza respuestas adecuadas para volver a establecer un nuevo equilibrio que deviene en desarrollo y cambios positivos (violencia benigna). Por el contrario, cuando esos desequilibrios por presión intolerable o por debilidad de las respuestas se convierten en estados de distrés, no hay posibilidad de adaptación, y se manifiestan los desbordes emocionales (estados violentos) que llevan a acciones de daño hacia sí mismo o hacia los otros (violencia maligna).

Un ejemplo de agresividad podría ser el momento en el que un atleta ha de imponerse a sus rivales con un plus de fuerza realizando un esprint final en una competición de 100 metros lisos. La agresividad es innata en el hombre, mientras que la violencia es algo que se aprende y que es fruto de un proceso socializador y cultural. Aquello que se aprende depende de la sociedad y del código moral de cada momento temporal, y si además nos encontramos en una “sociedad líquida” (Bauman, 2007) impregnada de relativismo, el hecho de definir los límites de los comportamientos violentos se convierte en una tarea ardua, en este sentido:

La amplia variedad de códigos morales imperantes en los distintos países hace de la violencia una de las cuestiones más difíciles de abordar en un foro mundial. Todo esto viene complicado por el hecho de que la noción de lo que son comportamientos aceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que van evolucionando los valores y las normas sociales. (OMS, 2002: 3)

2. Las agresiones de hijos hacia sus ascendientes: camino hacia una definición

Actos violentos contra el natural modo de proceder se llevan a cabo con demasiada frecuencia, y entre los que se producen dentro de las familias, los que más trascienden hoy día son los llamados de violencia de género. Sin embargo, hace algunos años, la violencia de hijos hacia sus ascendientes también era noticia en los *mass media*, con más repercusión mediática que con fundamento científico. En España se suele situar aproximadamente el año 2005 como en el que de alguna forma “saltan las alarmas” para poner de manifiesto que dentro de las familias hay un tipo de violencia que afecta a la estabilidad y a la paz interna del núcleo más primario y natural del ser humano: son los hijos los que se rebelan contra sus padres o abuelos con agresiones de todo tipo, generando cierto desconcierto entre los profesionales y estupor ante la opinión pública. Pero las agresiones de hijos hacia sus ascendientes no eran algo nuevo.

Este tipo de agresiones contra progenitores suscitan el interés de la comunidad científica ya desde 1957 cuando Sears, Maccoby y Levin (1957) intentan definir este tipo de conductas denominándolas como *síndrome de los padres maltratados*. En 1958 también son pioneros en el estudio de las agresiones de hijos a padres Robinson, Davidson y Drebot (2004).

En 1979 Harbin & Madden (1979) hablan de ataques físicos o amenazas verbales y no verbales o daño físico. En ese mismo año Straus (1979) amplía el concepto a determinados comportamientos violentos, como morder, golpear, arañar, lanzar objetos, empujar, maltrato verbal u otras amenazas.

Años más tarde, una serie de investigadores empiezan a estudiar el fenómeno analizando las tasas de prevalencia del mismo, así Agnew y Huguley (1989); Browne y Hamilton (1998); Cornell y Gelles (1982); Kratkoski (1985); Peek, Fischer y Kidwell (1985), y

ya más de una década más tarde se investiga el origen de esta problemática tan *sui generis* (Browne y Hamilton, 1998; Kratkoski, 1985; Paulson, Coombs y Landsverk, 1990). (Wilson, 1996) hace referencia a la violencia filio-parental (VFP) como un tipo de agresión física que se repite a lo largo del tiempo. La repetición de actos violentos que configuran la VFP aparece también en Laurent y Derry (1999). Observemos que aquí solamente se contemplaban las agresiones físicas y no las de carácter psicológico ni de otra tipología.

Es fundamental destacar a Cottrell (2001), que entiende la VFP como cualquier acto de los hijos para obtener poder y control, que provoque miedo en los padres y que tenga como objetivo causar daño físico, psicológico o financiero a estos. Esta definición es de las más aceptadas y reseñadas entre la literatura científica. Cottrell y Monk (2004) abordaron la tarea de dar una explicación a la etiología del fenómeno desde el llamado *modelo ecológico anidado*.

Chinchilla, Gascón, García y Otero (2005) hablan de la VFP como un *fenómeno emergente* y recogen en su estudio una definición, en la que se señala que los protagonistas de la VFP son aquellos niños o adolescentes que maltratan a su madre o padre, sin padecer ningún tipo de enfermedad mental. Los mismos autores se refieren también a los nietos que agreden a sus abuelos, ampliando así el concepto.

Garrido (2005) acuñó el término de *síndrome del emperador* para referirse a niños maltratadores de sus padres con ausencia de conciencia, y hace especial referencia a los factores genéticos. Uno de los investigadores pioneros en la VFP en nuestro país es Pereira (2006), que habla de la VFP refiriéndose a las conductas reiteradas de violencia física (agresiones, golpes, empujones, arrojar objetos...), verbal (gestos amenazadores, ruptura de objetos preciados) dirigida a los padres o adultos que ocupen su lugar. Este autor excluye casos relacionados con el consumo de tóxicos, la psicopatología grave, la deficiencia mental o el parricidio. Pereira habla de los comportamientos violentos de los hijos hacia sus padres dentro de una relación enfermiza, patológica, que denomina literalmente como *patología del amor*, pues en la gran mayoría de conflictos violentos de este tipo los padres no quieren un castigo, quieren ser ayudados en la solución de la problemática, pues están inmersos en una contradicción de sentimientos muy intensa (*vid.* a mayor abundamiento Pereira, 2011).

Urta (2017), al hilo de lo dicho, afirma repetidamente que, a pesar de la violencia que existe entre padres e hijos en sus relaciones, “quieren quererse”, y lo expresa así:

Quieren quererse. Sí, nos lo dicen las lágrimas de padres y de hijos. Las palabras no pueden reflejar el sufrimiento de padres e hijos, cuando entre ellos se interpone el desamor, anida el rencor o incluso se recrea el odio. Querer quererse es darte un lugar en mi corazón, para que te quedes como padre, madre, hijo, y saber que en el tuyo hay un lugar para mí. (párr. 6)

Urta (2006) incide más en factores educativos, sociales, de dinámicas familiares y habla del *Pequeño dictador*,² un auténtico *best seller*, así:

Lo que más moldea la personalidad del niño es el aprendizaje en la familia. Lo observado, lo experimentado en el hogar, en el microcosmos familiar, predispone a los demás y hacia sí mismo. La familia es una micro-sociedad donde el niño comienza a utilizar los valores de interrelación social que le van a marcar las pautas de conducta a utilizar cuando se vea inmerso en la sociedad en general. (p. 175)

Este autor califica a estos menores como auténticos tiranos.

Naouri (2005)³ también utiliza el adjetivo de *tirano* para referirse a estos niños que gozan de una excesiva permisividad y que de mayores extrapolarán su comportamiento anómalo a la sociedad, siendo también problemáticos para con sus semejantes.

Ibabe (2007) hace una clasificación de este tipo de violencia intrafamiliar haciendo referencia a maltrato físico, maltrato psicológico o emocional y maltrato

² Este autor (Urta, 2015) sigue abordando el maltrato de hijos a padres en 2015 y publica un nuevo título como continuación: *El pequeño dictador crece*.

³ Naouri relaciona las confrontaciones entre padres e hijos de los actuales modelos familiares con la realidad sociopolítica de la Europa de la segunda mitad del siglo XXI. Este pediatra francés indica que en este momento de la historia no estaba bien visto ningún tipo de autoritarismo, y ello se trasladó a las dinámicas filio-parentales, pues a los hijos dejó de imponerse límites. Naouri indica que los comportamientos de estos hijos tiranos son causa de la falta de una educación en la frustración, pues los hijos son objeto de deseo y se les colma de todo tipo de prestaciones y bienes so pretexto de ser unos padres “tolerantes”. Este autor propone como solución volver a valores educativos familiares tradicionales y a roles filio-parentales marcados, en los que el padre es el que pone orden y la madre ha de velar, además, por la calidad de la vida de pareja.



económico. En este mismo año, Kennair y Mellor (2007) utilizan el término de *padres maltratados* para referirse a la VFP.

Desde la Asociación Altea-España (2008),⁴ definen la VFP como “todo acto realizado por los hijos contra sus padres, tutores o guardadores, con la finalidad de utilizarlos o tiranizarlos” (15).

Royo (2009) define a los hijos que maltratan a sus padres como *los rebeldes del bienestar*. Remarca que estos jóvenes quieren ser autónomos, pero que esta autonomía sea subvencionada por los padres dentro de unas relaciones familiares marcadas por una dinámica de negociación continuada. Nada se puede imponer dentro de las familias, todo se ha de negociar por exigencia de los hijos, y ello se convierte en un problema familiar, pero que tiene raíz también en una sociedad sobrada de recursos materiales: la sociedad del bienestar.

Aroca (2010) entiende el fenómeno como:

VFP es aquella donde el hijo/a actúa intencional y conscientemente, con el deseo de causar daño, perjuicio y/o sufrimiento en sus progenitores, de forma reiterada, a lo largo del tiempo, y con el fin inmediato de obtener poder, control y dominio sobre sus víctimas para conseguir lo que desea, por medio de la violencia psicológica, económica y/o física. (136)

Ya en 2011 se habla de la VFP como de *violencia invertida* en Barbolla, Masa y Díaz (2011). Estos autores ponen de manifiesto que los hijos adoptivos son más proclives a ser autores de conductas violentas para con sus ascendientes, un dato que nos parece muy relevante y que sería preciso corroborar mediante investigaciones empíricas a lo largo del tiempo, a efecto de conocer con más profundidad el fenómeno y llevar a cabo acciones preventivas.

Por su parte, Agustina y Romero (2013), haciendo referencia al maltrato económico, discrepan e indican que:

en relación al maltrato económico parece dudoso que la mayoría de dichos supuestos pueda calificarse como violencia filio-parental (en adelante, VFP) sin forzar el sentido literal de los términos, al menos en casos de hurto o de prodigalidad. (235)

Con relación al maltrato económico podemos pensar en conductas disruptivas del menor consistentes en, *ad exemplum*: hurtos, robos, engaños para conseguir dinero, realizar apuestas deportivas en salas de juego, apostar por Internet, extorsionar violentamente a un hermano/a para conseguir dinero, extorsionar a la madre (como figura *prima facie* más débil) en ausencia del padre para obtener dinero, gastar sumas de dinero de forma continuada en telefonía, etc. Este tipo de comportamientos, que buscan obtener sumas de dinero a través de la violencia y el engaño continuados, entendemos que podrían estar dentro de la esfera de la VFP.

Agustina y Romero (2013) hablan también de otra forma de concreción de la VFP: el maltrato sexual. Se refieren a este tipo de maltrato como «el posible abuso sexual de un hijo hacia su madrastra mientras permanece dormida» (235).

La Sociedad Española para el Estudio para la Violencia Filio-Parental (SEVIFIP), con el ánimo de consensuar una definición completa entre especialistas de todo el país,⁵ presentó en su I Congreso de Violencia Filio-Parental, realizado en abril de 2015 en Madrid, una definición de VFP. Con todo, la definición y el alcance de lo que es el fenómeno de la VFP no es cuestión pacífica ni en absoluto cerrada, y desde esta sociedad de investigación se creó un grupo de trabajo coordinado por Pereira *et al.* (2017) con la intención de alcanzar un consenso científico al respecto, llegándose a la siguiente definición:

Conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que

⁴ La Asociación Altea-España para la Investigación y Formación en la Acción Social es una organización sin ánimo de lucro, constituida en junio de 1996, entre cuyos objetivos se encuentran: la formación permanente de profesionales y voluntarios que desarrollan su actividad en distintos ámbitos de la acción social y la promoción de líneas de investigación que ayuden a mejorar la calidad de los servicios prestados en dicho ámbito.

⁵ En octubre de 2014 se propuso a los socios de SEVIFIP iniciar un debate para consensuar una definición de VFP que pueda ser utilizada por todos sus miembros y difundida en los países de habla hispana. Participaron en el debate Eduardo Atares, Josu Arrospide, Lorena Bertino, Esther Calvete, Ana Calvo, Joana del Hoyo, Marimar Gutiérrez, Ismael Loinaz, Yadira Montes, Jose Luis Sancho y Roberto Pereira.

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

desaparecen cuando esta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinaciones), las causadas por alteraciones psicológicas (transitorias o estables) (el autismo o la deficiencia mental severa) y el parricidio sin historia de agresiones previas.

Vemos, pues, que el maltrato de hijos a padres y, en su caso, a abuelos y hermanos, es objeto de diversas definiciones, si bien, a lo largo de los años se ha ido delimitando el concepto. Estamos ante una conducta violenta y reiterada de los hijos a lo largo del tiempo, de carácter físico o psicológico, que busca atemorizar, empoderarse de las relaciones intrafamiliares, con el objetivo, las más de las veces, de conseguir bienes o prestaciones materiales.

3. La incidencia de la violencia filio-parental en España

Cuando abordamos la incidencia real de la VFP en España, surgen una serie de cuestiones que invitan a la reflexión. ¿Desde cuándo empieza a ser un problema para nuestra sociedad la VFP?, ¿se trata de un fenómeno nuevo?, ¿quizás es una problemática sobredimensionada por los medios de comunicación en casos muy escabrosos?, ¿cuál es la dimensión real del problema? Ante estas incógnitas, se impone realizar un análisis del fenómeno de la VFP de forma muy medida, a los efectos de no caer en sensacionalismos ni alarmismos sin fundamento empírico.

En 1999 Infante *et al.* (1999) indicaban sobre la relación entre los medios de comunicación y la VFP que:

Este tipo de situaciones se relatan con una gran espectacularidad, y comportan las mayores dosis de escándalo y ruptura. Son casos en los que la violencia no parece ajustarse a ningún patrón de orden, y lejos de discurrir en una única dirección (de arriba a abajo) se dispersa y gira en múltiples direcciones: de hijos a padres, de padres a hijos, entre hermanos. (200)

Es preciso contar con estadísticas de carácter oficial que recojan datos a lo largo de los años. Precisamente en España, la criminología no la ha tenido nada fácil para poder tomar datos contrastados de fuentes oficiales. Profesores eruditos y apasionados, como Alfonso Serrano Gómez, han llevado a cabo durante años estadísticas de forma personal buscando la ver-

dad contrastada, supliendo incluso carencias de servicio público, y así lo expresa Serrano (2009) cuando indica que:

La Revista de Derecho Penal y Criminología, fundada por A. Serrano Gómez, incluye desde 1991 una sección sobre estadísticas que ha tratado de cubrir, en la medida de sus modestísimas posibilidades, dicho vacío, publicando muchos y diversos datos, algunos de ellos, incluso inéditos. Está muy claro que dicho esfuerzo —absolutamente personal— no es la opción óptima: una nación moderna no puede permitirse vacíos de esta categoría. (146)

Si además nos adentramos en la búsqueda de datos en la esfera de las infracciones cometidas por menores, nos encontramos con factores como la privacidad, la protección de datos,⁶ los derechos de los menores, la poca publicidad que se da en la mayoría de casos en los que intervienen menores, etc. Es preciso proteger los derechos de los menores, pero también es cierto que no se puede confundir la privacidad con la opacidad, y menos cuando lo que el investigador busca son solamente datos de carácter cuantitativo que, si se tratan bien, ayudarán a comprender problemas sociales como en el que nos ocupa en el presente artículo. Entendemos que se impone encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos del menor, la transparencia y la seguridad jurídica.

Ya en la esfera de los actos de VFP cometidos por menores, las memorias de la Fiscalía General del Estado no especifican hasta 2005 si se trata de hijos agresores o padres agresores dentro de la violencia doméstica. De esta carencia se hacía eco Jiménez Barca (2005) cuando indicaba que:

⁶ La recogida, cesión y tratamiento automatizado de datos de carácter personal de los menores, solo podrá realizarse en ficheros informáticos de titularidad pública dependientes de las entidades públicas de protección de menores, Administraciones y Juzgados de Menores competentes o del Ministerio Fiscal, y se registrará por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus normas de desarrollo; en concordancia con los artículos 12.4 y 48.3 de la Ley Orgánica LORRPM. Además, todos los agentes que intervengan en la ejecución de la medida han de mantener la oportuna reserva de toda la información relativa a los menores y no facilitarla a terceros ni durante ni una vez finalizada la ejecución. Una vez que se ha terminado el tiempo de estancia en el centro, este remite a la entidad pública todo el expediente del menor y no se puede quedar copia.

En la memoria de 2004, el Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido, alerta sobre el aumento “desmesurado” de casos de maltrato familiar infligido de hijos a padres. El número exacto es difícil de cuantificar, ya que en la estadística anual de la fiscalía este fenómeno queda englobado (y difuminado) en el más general de lesiones acaecidas dentro del hogar.

Y en la actualidad nos encontramos con que sí hay una discriminación de datos entre la violencia doméstica y la VFP, pero no todas las fiscalías de cada comunidad autónoma (C.A.) tratan el tema de la VFP en sus memorias. Nos encontramos con fiscalías territoriales que hablan del problema en su zona, e incluso indican posibles carencias, causas y soluciones al respecto, mientras que en otras comunidades autónomas (CC. AA.) no mencionan este tipo de maltrato tan específico.

Podemos pensar que en el ámbito de las agresiones de hijos hacia ascendientes hay una cifra negra que escapa a los investigadores, pues estamos ante un tipo de conductas que no se denuncian hasta que la situación es muy crítica e insostenible, o bien porque hay una actuación de oficio.⁷ Los padres aguantan lo indecible antes de exponer su problema ante las autoridades,⁸ pues denunciar a un hijo que se ha traído al mundo es un trance siempre traumático, cuando no dramático.

Los padres, en la mayoría de casos, se encuentran desorientados, atemorizados, desconcertados, culpabilizados y llenos de celos, pues no se trata de denunciar a un delincuente que te ha hecho daño y que normalmente se busca que “pague por lo que ha hecho”, se está frente a un hijo ante el que lo normal es que se le quiera con locura, pero que se sabe es peligroso y que impide la convivencia familiar. No se busca el castigo, sino más bien ayuda para que las agresiones no se vuelvan a repetir, y así lo manifiesta también la Fiscalía de Asturias (2016) cuando indica que:

Los padres no desean una condena para el hijo y rechazan totalmente la idea de someterlo a una pena de aislamiento e incomunicación, y mucho menos de prisión, deseando tan solo que se les someta a un tratamiento terapéutico adecuado, que evite la reiteración de las conductas. (129)

Cuando no se denuncia, que es en la mayoría de los casos, la VFP se queda en las tutorías de profesores, centros de salud de atención primaria, consultas de psicólogos o de psiquiatras, servicios sociales o incluso intramuros, dentro de las relaciones familiares minadas por la violencia. Ello hace pensar que los casos que salen a la luz pública son la “punta del iceberg” del fenómeno de la VFP.

Existe un amplio consenso en los estudios criminológicos sobre violencia intrafamiliar en apuntar que la cifra negra, es decir, aquella que no aparece en modo alguno recogida en las estadísticas (por no haberse tenido conocimiento de los hechos por parte de los operadores sociales o judiciales), supera ampliamente al número de denuncias que, por esta causa, se reciben en la Fiscalía y los Juzgados de Menores. En este sentido, se afirma que el porcentaje de denuncias tramitadas sólo significan la punta del iceberg, reflejando los datos oficiales publicados una pequeña porción del problema real. (Agustina y Romero, 2013: 231)

Dicho esto, vamos a intentar hacer una aproximación a la magnitud real del problema de la VFP en España.

Según Echeburúa y De Corral (1998), la violencia familiar es una epidemia, pues ha crecido a un ritmo más rápido que los accidentes de coche, las agresiones sexuales y los robos.

En 2004 la Fiscalía General del Estado publica una consulta en la que ya alerta sobre los comportamientos de maltrato de hijos hacia sus ascendientes, siendo esta consulta una respuesta a la Reunión sobre violencia doméstica de fiscales españoles e iberoamericanos,⁹ celebrada en Madrid del 16 a 18 de octubre de 2002. En esta consulta se indica que:

⁷ Vid. la clasificación de tipos invisibles u ocultos “delitos invisibles u ocultos” (*hidden crime; invisible crime*) propuesta por Jupp *et al.* (1999) en *The features of Invisible Crimes*; y en Jupp, V. (2007) en McLaughlin, E., Muncie, J. *The Sage Dictionary of Criminology*, p. 203.

⁸ *Ad exemplum*, en el caso más violento de los que aparecen en las memorias de la Fiscalía (joven que rompe las costillas a su madre) el agresor era menor de 14 años y los padres no quisieron presentar denuncia. Puede verse en (Fiscalía País Vasco, 2016: 90).

⁹ En esta reunión se alcanzó como conclusión 20a la de que se constataba que el maltrato nunca debe ser utilizado como castigo, ni como método para educar a los niños y niñas. Sin embargo, se reconocía el fenómeno *in crescendo* de agresiones de hijos adolescentes contra sus padres.

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

Tabla 1. Evolución de casos de VFP

	2009	Incremento decremento	2010	Incremento decremento	2011
Nº familias	25	+ 96 %	49	+ 8%	53
Nº adolescentes	25	+ 96 %	49	+ 8%	54
Nº familiares en el programa	55	+ 95 %	107	-2%	105
Nº familiares agredidos	36	+ 100 %	72	+ 32 %	95

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la web de la Diputación Foral de Bizkaia [<http://www.bizkaia.eus/>]

debe ponerse de relieve el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre. (Fiscalía General del Estado, 2004: 1)

A mediados de la década del 2000, las administraciones se hacen eco de la problemática y empiezan a realizar estudios para conocer el fenómeno y su alcance cuantitativo. Así, en Cataluña, en un estudio realizado por el Centre d’ Estudis Jurídics de la Conselleria de Justícia de la Generalitat de Catalunya, y presentado el 7 de junio de 2005 por Antolín, Cánovas, Melero y Romero (2005), se señaló que se detectaba un “crecimiento exponencial” del maltrato de jóvenes hacia sus padres. Los datos que argumentan este crecimiento son los siguientes: con la calificación de violencia física sobre familiares, en el año 2001 en toda Cataluña se abrieron 23 expedientes; en 2002, 43 expedientes, y en 2003, fueron 63. Con la calificación de violencia psíquica sobre familiares o maltrato familiar se abrieron en 2001 tres expedientes; en 2002, seis, y cuatro en 2003.

En el País Vasco, según un estudio encargado en 2007 por la Consejería de Justicia del Gobierno Vasco sobre menores que agreden a sus progenitores, se constató que las agresiones habían pasado de 31 a 49 de 2003 a 2007, en un incremento del 58%. La investigación fue dirigida por Ibabe Erostarbe y contó

con la participación y seguimiento de la Dirección de Ejecución Penal (Ibabe, Jauregizar y Díaz, 2007).

Ante la constatación del incremento de casos de VFP que se detecta y valora en 2007, la Diputación Foral de Bizkaia diseña en 2008 un programa específico para este tipo de agresiones que se implementa en enero de 2009. Se trata de un programa de acceso gratuito con una duración aproximada de 12 meses y siempre adaptable a cada caso. En un principio, el programa estaba destinado a hijos de 10 a 18 años que agredían a sus padres. Más tarde, y ante la necesidad de abordaje de estos casos en edades más tardías, se amplió la edad de acceso hasta los 21 años.¹⁰

En la tabla 1 puede apreciarse el incremento de casos atendidos entre los años 2009 y 2011.

¹⁰ Aparte de posibilitarse la forma de acceso directo a todos los habitantes del Territorio Histórico de Bizkaia, se derivan casos desde diversas instancias, como: Servicio de Infancia de la Diputación Foral de Bizkaia, desde las Entidades Judiciales, desde los Servicios Sociales y desde otras entidades o instituciones (módulos psicosociales, centros de salud, SAV, etc.), además de aquellos otros casos que sean determinados desde el Servicio de Mujer e Intervención Familiar de la Diputación Foral de Bizkaia.

Un dato de este programa a tener en cuenta es el incremento de casos en los que los menores agresores son chicas, mientras que los chicos disminuyen. La evolución es la siguiente:

Tabla 2. Evolución de casos de VFP distinguiendo sexos

	2009	%	2010	%	2011	%
Chicas	7	28 %	20	41 %	30	56 %
Chicos	18	72 %	29	59 %	24	44 %

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la web de la Diputación Foral de Bizkaia [<http://www.bizkaia.eus/>]

Por otra parte, el Centro de Investigación en Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha, en colaboración con la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, llevó una investigación de carácter descriptivo sobre el periodo 2001-2006, en la que identificó un total de 146 menores maltratadores, con un total de 194 actuaciones. De todos los datos expuestos en este estudio se llegó a la conclusión de que con base en los datos de 2006 sobre población general de menores de 0 a 17 años, la tasa de sujetos agresores en el hogar era de 42.9 agresores por cada 10 000 habitantes de este grupo de edad (Rechea *et al.*, 2009).

En 2009, en Cantabria, se llevó a cabo un estudio realizado por Garrido Genovés, por encargo del Gobierno de esta comunidad autónoma.¹¹ Este estudio finalizó en 2009 y se presentó en 2011 sobre una muestra de 93 menores y más de 100 medidas judiciales (Garrido *et al.*, 2009). El citado estudio queda solapado por otro del mismo investigador, que empezó en 2008 y se publicó en 2012. En este último, se analizaron expedientes de 25 menores de Cantabria relativos a casos de violencia intrafamiliar ascendente o filio-parental. Aquí se demostró que la problemática estaba en claro aumento y se elaboró un programa específico para el abordaje de este tipo de conductas anómalas: el denominado *Modelo Cantabria*, que al día de hoy se está aplicando con éxito (Garrido *et al.*, 2012).

¹¹ En este estudio se busca introducir un Protocolo de Actuación Unificado mediante unas nuevas herramientas que se detallan en el mismo (entrevistas estructuradas, cuestionarios, acopio de información, evaluaciones, valoraciones y seguimientos o programas prosociales de intervención, entre otros).

El 24 de abril de 2009 la violencia filio-parental entra en el circuito mediático de la mano del programa de televisión *Hermano Mayor*. No podemos dejar de citar este fenómeno televisivo, pues demuestra que la VFP es objeto de mucho interés por parte de los hogares españoles, ya que se llegó a audiencias de más de dos millones de telespectadores.¹² Es de resaltar que el interés, aunque sea morboso, sigue, pues este programa, que empezó en 2009, acaba de cumplir diez años de emisión.¹³

En 2010 la Fiscalía General del Estado hace pública una circular *ad hoc* que versa sobre la violencia filio-parental y su tratamiento jurídico, es la Circular 1/2010 de 23 de julio sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes.¹⁴ En este documen-

¹² La pedagoga Aroca Montolío, al hilo del éxito de programas de televisión que tienen como temática la VFP, hace una muy interesante reflexión: "... es preciso que plantee, como pedagoga, qué parte de responsabilidad tenemos los profesionales de la educación, en qué forma podemos contribuir a que tantas madres y padres dejen de sufrir situaciones tan vergonzosas al ser víctimas de sus propios hijos, qué estamos haciendo mal para que la violencia filio-parental sea un tema televisivo de máxima audiencia por la multitud de casos existentes con la aparición de programas televisivos al respecto..." (Aroca, 2013: 23).

¹³ La primera temporada de *Hermano Mayor* se estrenó en Cuatro, el 24 de abril de 2009, con un 16 por ciento de *share*, fue el mejor estreno de un *coach* en la historia de Cuatro. En su primera temporada, se emitió entre abril y junio de 2009 los viernes en *prime time* y la media de audiencia fue del 14.6% de cuota de pantalla con más de dos millones de espectadores. El 3 de mayo de 2013, el programa contaba con 1 875 000 espectadores de media y un *share* del 10.3%. Se trata de datos de audiencia y de años de duración que indican que es un programa de mucho éxito, realizado sobre la problemática de la VFP. *Hermano Mayor* lideró en el *target* comercial de Cuatro y en el tramo de edad de 13 a 44 años. *Vid.* <http://www.cuatro.com/hermano-mayor/>

¹⁴ Esta Circular hizo referencia a la Conclusión número 21 de las adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

to se indica que «En el ámbito del Derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que como mínimo cabría calificar de preocupante» (FGE, 2010: 1).

En 2011 los casos que fueron derivados desde el sistema judicial solamente representaron un 33%, hecho que corrobora la resistencia que muestran los progenitores a denunciar. De los denunciados, se destaca que las madres lo hicieron en un 88% de los casos, mientras que los padres solamente representaron un 6%, y los casos de denuncia conjunta fueron también un 6% (Díaz, 2011).

El fiscal Fierro Gómez (2012) señala, con fina ironía, que esta problemática empieza a dar señales “allá por el dos mil y pico”:

La Ley 4/1992 estaba entonces vigente. Había fiscales y jueces de menores, pero los jóvenes perturbados y perturbadores debían de estar hibernando o un virus no detectado, con componentes de hiperactividad, despotismo, trastorno disocial, etc. se incubó por las gestantes de la última década del siglo pasado o se incrustó, cual alien cualquiera, en el cerebro de los adolescentes. Así que quien esto escribe estaba de brazos cruzados sin niños que le dieran la tabarra, y se dedicaba a delincuentes más talludos, cuando la eclosión de los menores incordiando en todos los ámbitos de su referencia allá por el dos mil y pico, le pilló desprevenido. (1-2)

En noviembre de 2013, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid, presentó el *Programa de tratamiento educativo y terapéutico por maltrato familiar ascendente* (García-Vera et al., 2013).¹⁵

de fiscales españoles e iberoamericanos, celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002, en las que se apuntaban una serie de causas de las conductas de VFP, a saber: una sociedad permisiva, falta de límites, impedir la correcta maduración de los hijos, falta de respeto a los padres, menoscabo de la autoridad de los maestros, la policía y ciudadanía (Fiscalía General del Estado, 2010: 1380).

¹⁵ El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI), tiene implementado el programa de abordaje para la VFP. El programa, en desarrollo desde 2007, se ejecuta en el Centro de Ejecución de Medidas Judiciales (CEMJ) El Laurel. El programa cuenta con tres manuales de intervención, dirigidos al menor, a la familia y a los padres. Dicho manual fue publicado durante el año 2013 y se encuentra disponible en la web de la Agencia (<http://www.bit.ly/ARRMI-ProgramaMaltratoFamiliarAscendente>).

El juez de menores, Emilio Calatayud, el 18 de noviembre de 2013, afirmaba en el diario *ABC* que:

... no se cansa de advertir a todos, a la sociedad, que los casos de malos tratos de hijos a padres se han disparado en España [...] compara esta escalada de violencia familiar con el mismo monstruo de mil cabezas de la violencia de género. Entre el 20 y 25% de los delitos que juzga son casos de maltrato de hijos a padres. —¿Esto ocurría hace treinta años? —No. Se ha disparado en los cinco últimos años. Esto antes no ocurría, ni de broma... (Pérez-Barco, 2013)

El defensor del menor de Andalucía, en su Informe de 2014, también habla del incremento de casos de VFP en estos términos:

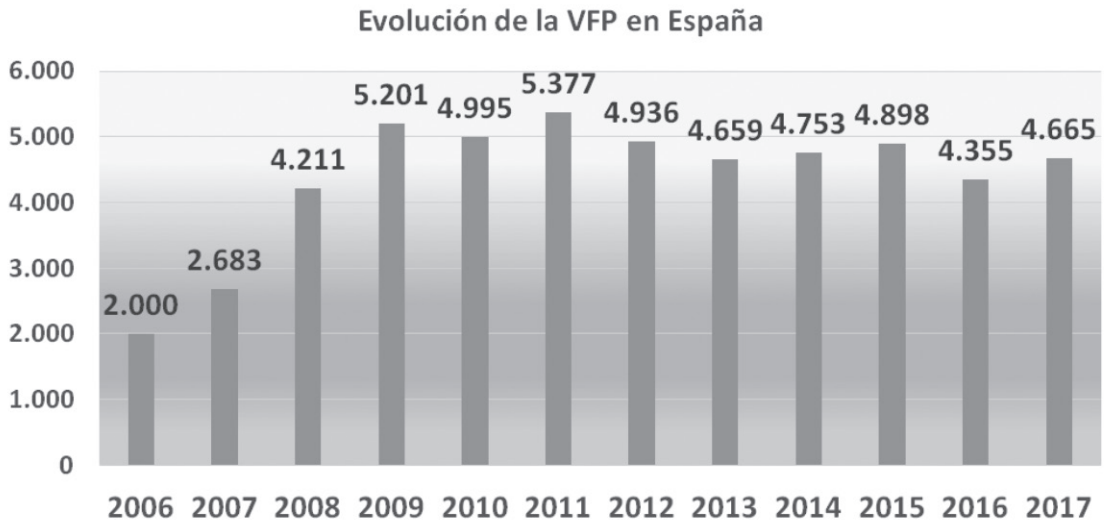
El aumento constatado de los casos de violencia filio-parental en los últimos años ha sido puesto de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial. Así, este organismo destaca que en Andalucía se ha producido un destacado incremento en el número de sentencias impuestas a menores de 14 a 17 años por violencia en el ámbito familiar, de modo que de las 302 resoluciones judiciales en 2007 se pasaron a 510 en el año 2013, lo que representa un incremento aproximado del 60 % de este tipo de infracciones. (Defensor del menor de Andalucía, 2015: 214)

Si acudimos a la memoria del ARRM¹⁶ del Gobierno de la Comunidad de Madrid de 2016, podemos ver que se indica que se han atendido a 430 menores por VFP:

En lo relativo a los datos de 2016, cabe destacar: En los distintos regímenes de internamiento se ha atendido a 45 menores con delitos relacionados con el maltrato ascendente. Desde su implantación, han pasado por el centro 430 menores, de los que un 40% son mujeres, lo que se puede considerar ya un dato suficientemente estable en base al número total de menores atendidos. (ARRMI, 2017: 62)

¹⁶ En la Comunidad de Madrid, corresponde a la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI) la ejecución de las medidas adoptadas por los órganos judiciales en aplicación de la legislación sobre responsabilidad penal de los menores.

Figura 1. Casos de violencia filio-parental incoados por las fiscalías



Fuente: elaboración propia con datos extraídos de las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado.

Según las últimas memorias de la Fiscalía General del Estado, podemos ver la siguiente evolución de asuntos incoados por VFP.¹⁷ (Ver figura Figura 1)

Si tomamos los datos del año 2006, en relación con los de 2015, podemos apreciar un incremento de casos incoados del 144.9%; sin embargo, hay que advertir que no hay una discriminación de los mismos de forma clara en las distintas memorias hasta 2010. Además, las cifras de los años 2007 a 2010 incluían tanto violencia doméstica sobre ascendientes como los casos de violencia de género. Si relacionamos los datos que aparecen en 2010 con los de 2015, podemos observar que hay una pequeña disminución de casos incoados del 1.9 por ciento.

Los datos que aparecen en la tabla *ut supra* hacen referencia a menores de edad imputables penalmente, que son los que cuentan con 14 o más años de edad y menos de 18; sin embargo, los menores de 14 años inimputables penalmente también son autores de casos de VFP y cada vez más, como señalan las últimas

memorias de la Fiscalía General del Estado y las fiscalías territoriales.

Muchos casos llegan a Fiscalía por derivación de los diferentes servicios sociales de las distintas CC.AA., así, “No es infrecuente (Segovia, Teruel) que los progenitores acudan a Fiscalía derivados por los propios Servicios Sociales para que les den solución a los problemas de convivencia, referidos incluso a menores de menos de catorce años” (Fiscalía General del Estado, 2014: 443).

Asimismo, la Fiscalía General del Estado hace referencia a estos menores en la Memoria de 2015, indicando que existe un incremento de casos “Sí se constata por varias Fiscalías que se han incrementado entre menores de edades inferiores a catorce años los casos de violencia filio parental (León, Pontevedra).” (Fiscalía General del Estado, 2015:502).

Esta problemática también está referenciada en la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de 2016 (respecto a datos de 2015), en la que además se señalan posibles causas y la necesidad de ampliar y reforzar las plazas de convivencia mediante un grupo educativo en centros especializa-

¹⁷ Los datos de cada Memoria hacen referencia a asuntos incoados el año anterior. Vid. la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014 (Fiscalía General del Estado, 2014:442).

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

dos que cuente con personal con formación y capacidades específicas:

Es necesario, un año más, destacar la incidencia de los delitos de violencia intrafamiliar con especial frecuencia la violencia de los hijos contra padres que comprenden la mayoría de los delitos de esta naturaleza. Se observa que en algunos casos la violencia se ha iniciado con anterioridad a los 14 años. Aunque no pueden apuntarse causas específicas para este tipo de delito dado que pueden existir múltiples factores que interaccionan entre sí, podemos sugerir modelos educativos paternos inadecuados con fallos severos en la educación desde la infancia, excesiva concesión de caprichos y permisividad, escasa exigencia de responsabilidades, ausencia de comunicación o no adecuada, falta de diálogo, ausencia de normas y límites claros. (84 y 85)

Estos colectivos de menores inimputables escapan a la ley penal y han de ser tratados desde el sistema de protección de menores con especial atención, pues de no corregirse estas conductas violentas en edades tempranas, cabe pensar que serán un problema para sus familias y para la sociedad durante largo tiempo.

No podemos olvidar el caso del menor de 13 años que el 21 de abril de 2015 mató a su profesor e hirió a cuatro personas tras irrumpir en un instituto de Barcelona armado con una ballesta construida por el mismo. Entre los heridos hubo dos profesoras y dos alumnos. La víctima fue un profesor sustituto de Ciencias Sociales que apenas llevaba una semana en el centro y que tenía 35 años. Además, el menor portaba un machete de montaña y un cóctel molotov. Posteriormente, se comprobó que la habitación del menor estaba repleta de simbología nazi y de elementos que denotaban su comportamiento violento (ABC, 2015). Cabe pensar aquí si los padres ejercieron debidamente con la obligación que tienen de velar por su hijo que preceptúa el Código Civil:

Artículo 154

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Cabe hacer inciso en la culpa *in vigilando* que tienen los padres y los tutores ex Art. 1903 del Código Civil. La obligación que impone el artículo es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Es importante indicar la aplicación del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y que se aleja del régimen general contenido en el artículo 1.903 del Código Civil, que pese a la presunción de culpa, establece la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, señalando que dicha responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, pero, ¿lo hicieron en este caso?

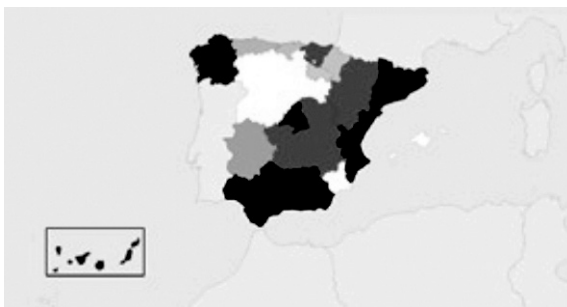
Cuando los padres no pueden aguantar más y la problemática de esta violencia se ha apoderado de las relaciones intrafamiliares, es posible acudir al auxilio judicial a tenor del artículo 154.2 del Código Civil (cc): “Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. El auxilio judicial se encuentra regulado en el Título VII del Libro I del Código Civil, en el que se regulan las relaciones paterno-filiales, en los artículos 154 a 171 del cc, los cuales se tienen que completar con las normas establecidas en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor. Conviene decir también que el auxilio judicial del artículo 154 del Código Civil es un recurso legal que se utiliza raramente en casos de VFP, muy posiblemente por falta de asesoramiento de los padres y porque son muy reacios a acudir a instancias judiciales, ya sean penales o civiles.

La VFP también está presente en las consideraciones de la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2016, en donde hace expresa referencia a un ligero aumento de casos respecto al año anterior y al desbordamiento que supone el problema, respecto al ámbito jurisdiccional:

Un año más, incluso a pesar de las correcciones registrales efectuadas, las cifras de violencia intrafamiliar, lamentablemente, se mantienen, en este caso con un ligero aumento, ya que se ha pasado de 4.753 procedimientos en 2014 a 4.898 en 2015. Se dan por reproducidas las consideraciones reflejadas en Memorias precedentes sobre la insuficiencia de los esfuerzos desplegados desde la Fiscalía, Juzgados de Menores y Entidades públicas de reforma, para atajar un problema social de una magnitud que desborda el ámbito de la jurisdicción, pues es el resultado de un modelo educativo fracasado, carente de pautas de autoridad y de valores definidos. (Fiscalía General del Estado, 2016: 537)

Si analizamos el gráfico anterior, vemos que hubo dos picos, uno en 2009 y otro en 2011. En la actualidad, parece ser que los casos están a la baja si valoramos los datos de 2015 en relación con 2016, donde habría un descenso de alrededor del 11%. Sin embargo, con todo y la disminución de casos que se aprecia entre estos dos años comentados, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, aparece una serie de observaciones muy preocupantes: por una parte, se vuelve a indicar que cada vez hay más menores maltratadores por debajo de la edad de 14 años y que, por lo tanto, son inimputables penalmente; y por otra parte, se señala que los menores agresores son consumidores de tóxicos a edades cada vez más tempranas. Además, la citada Memoria señala que hay zonas geográficas como La Coruña y Orense, en las que se echa en falta una labor institucional de terapia preventiva que evite en muchos casos desembocar en la vía judicial. (Fiscalía General del Estado, 2017: 593-594).

Figura 2. Sobre la incidencia de la VFP en las CC.AA. Mapa de la VFP en España 2015



Fuente: Fundación Amigó

Según el mapa *ut supra*, podemos ver de forma gráfica las zonas de España con casos registrados de VFP por las diferentes fiscalías territoriales. En intensidad más oscura, apreciamos las zonas con más casos, y con menos intensidad de color, vemos las zonas con menor cantidad de casos registrados. En el caso de las zonas de Castilla y León y Murcia, que aparecen en blanco, lo son de este color porque las respectivas fiscalías territoriales no emitieron datos al respecto en 2015.

Tabla 3. Casos de VFP año 2015 por CC.AA.

C. Valenciana	1 056
Andalucía	926
C. de Madrid	406
Cataluña	310
Galicia	298
Canarias	191
Castilla La Mancha	154
País Vasco	148
Aragón	145
Extremadura	77
Navarra	61
Asturias	57
Cantabria	45
La Rioja	17
Castilla y León	No hay datos
Baleares	No hay datos
Murcia	No hay datos

Fuente: Memorias de la FGE.

Hay muchos casos que no llegan jamás a la justicia ni son tratados por profesionales de otros ámbitos, como la psicología, la psiquiatría o la educación social, pues los padres suelen tener muchas contradicciones a la hora de pedir ayuda al “exterior” de la familia, pues se entiende que podría haber una verdadera intromisión en lo más íntimo de las relaciones familiares. Y es que las más de las veces, hay un convencimiento a ultranza de que todo lo que sucede dentro de la familia es de carácter privado y que no ha de salir afuera, y suena el adagio popular de “los tra-

pos sucios se lavan en casa”. Este factor, mal entendido, puede producir situaciones de invisibilización de ilícitos penales que escapan al control de la justicia; así, Pereda *et al.* (2012) nos habla del concepto de no intromisión.

concepto de no intromisión en la vida familiar, que todavía permanece vigente en la actualidad y que dificulta enormemente el trabajo de los profesionales dedicados a la protección de la infancia, que son percibidos, tanto por la familia como por la sociedad en la que esta se encuentra, como agentes externos que interfieren en la dinámica de lo que debería ser un núcleo cerrado al exterior y con sus propias normas... (12)

Otro de los problemas que tiene la administración de justicia es la dispensa de la obligación de declarar de los padres conforme al artículo 416 LECrim. Cuando se llega a instancias judiciales, en las más de las veces, los sentimientos de miedo y culpabilidad hacen que los progenitores no declaren contra sus hijos violentos y se produzcan el archivo de las actuaciones.

La Memoria de la Fiscalía Provincial de Madrid hace referencia a que la dispensa de la obligación de declarar recogida en el artículo 416 LECrim sigue siendo uno de los más grandes escollos con los que se encuentran los fiscales y los jueces en la persecución y castigo de los culpables de los delitos de violencia de género y doméstica. En atención a que normalmente las relaciones familiares pueden derivar en relaciones de desigualdad o sometimiento, se mantiene la acusación cuando se cuenta con elementos de prueba suficientes diferentes a la propia declaración, si bien ello plantea problemas de valoración de la prueba por los tribunales, que en ocasiones conduce a sentencias absolutorias.

Así las cosas, la VFP ha dejado de ser un problema emergente, pues se constata que cada vez hay más casos, llegando a afectar ya a entre un 7 y 10% de los hogares españoles (Abadías, 2016: 421).

4. El estatus legal del menor

Los menores no siempre han gozado de los mismos derechos de los que disfrutaban hoy día, y es por ello que se impone realizar una somera revisión histórica para darnos cuenta de que el estatus legal que tienen

hoy ha sido fruto de una larga evolución del ser humano en diferentes culturas.

En el Antiguo Testamento podemos ver el pasaje cuando Dios pidió a Abraham que sacrificase a su hijo en prueba de su fe: “...Y dijo: Toma ahora tu hijo, tu único, Isaac, a quien amas, y vete a tierra de Moriah, y ofrécelo allí en holocausto sobre uno de los montes que yo te diré” (Génesis: 22-2).

El Código de Hammurabi es el primer conjunto de leyes de la historia. En una Estela se hallan grabadas las 282 leyes del mismo, enumerando las leyes que ha recibido del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes. Entre las normas que contiene aparece que “Si un hijo ha golpeado a su padre se le cortará la mano”.

En la Antigüedad había tribus que sacrificaban a los niños para ofrecerlos a sus dioses. Ejemplo de ello es el mayor sacrificio de niños de la América prehispánica que ha salido a la luz en Perú (cerca de Chan Chan), para revelar una hecatombe sin precedentes, donde murieron de manera simultánea 140 niños acompañados de 200 llamas. Si bien se sabe que hay evidencias de sacrificios de niños, entre civilizaciones precolombinas, como acreditan varias momias encontradas en las cúspides de los Andes, no hay ninguno en número y magnitud como este, pues se trató de un asesinato ritual y muy sistemático.¹⁸

En el derecho romano podemos ver cómo los poderes del padre sobre sus hijos era de carácter absoluto y unitario, extendiéndose, al principio, por igual sobre personas y cosas. La *Patria potestas* o *manus* (Miquel, 2016) era muy amplia, y comprendía las siguientes facultades:

- *Ius exponendi*: derecho a aceptar o no dentro de la familia al recién nacido.
- *Ius vitae necisque*: derecho a ordenar la muerte de cualquiera de los hijos.
- *Ius vendendi*: el paterfamilias podía vender al hijo, y esta venta tenía distintos efectos según se hiciera fuera o dentro de Roma. Fuera de Roma (*trans Tiberim*) provocaba la caída del hijo en la esclavitud.
- *Noxae deditio*: cuando el hijo de familia cometía un delito, el padre podía, a su elección,

¹⁸ National Geographic (s.f.). *Exclusiva: Este podría ser el mayor sacrificio infantil masivo antiguo del mundo*. Recuperado el 7 de agosto de 2018 de: <https://www.nationalgeographic.es/historia/2018/04/exclusiva-este-podria-ser-el-mayor-sacrificio-infantil-masivo-del-nuevo-mundo>

asumir la responsabilidad o liberarse de ella, simplemente entregando al autor del delito a la víctima (*noxae datio o deditio*).

Charles Dyckens en su novela *Oliver Twist* realiza un auténtico relato y retrato social, pues llama la atención a los lectores sobre varios males sociales de la época de la Revolución Industrial, tales como el trabajo infantil o la utilización de niños para cometer delitos. Además, se reflejan las penosas circunstancias en las que vivían los niños en los orfanatos (hoy vendrían a ser centros de protección) de la época, que estaban abarrotados de niños abandonados.

El primer caso del que tenemos documentación sobre victimización de niños y niñas es el de Mary Ellen Wilson, en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX. Sabemos que Mary Ellen era una niña de unos 8 años de edad que aparentaba tener 5, y que había padecido maltrato físico y psicológico duradero y muy severo por parte de sus padres. Una trabajadora de la caridad, Etta Angel Wheeler (trabajadora social de hoy día), se enteró del caso y quiso ayudar a la menor, acudió a varios juzgados y recibió como respuesta que los hijos son propiedad de sus padres, y el trato que reciban de ellos, sea cual sea, es un asunto privado que no incumbe a nadie más. Etta vio cómo en su país no había ninguna legislación que protegiese a los niños. La citada trabajadora por recomendación de una familiar acudió a la Society for the Prevention of Cruelty to Animals (Asociación por la prevención de la crueldad hacia los animales), y desde allí, con la ayuda de su líder, Henry Berg, consiguió demostrar el maltrato de la menor comparando el maltrato animal con el de la niña. Finalmente, Etta Angel Wheeler consiguió la guarda y custodia de la menor, y Berg impulsó la Society for Prevention of Cruelty to Children (Sociedad para la Prevención de la Crueldad en los Niños).

Etta describió la situación de la niña de esta forma:

Vi a una niña pálida y delgada, descalza, con un vestido delgado y escaso, tan andrajoso que pude ver que solo llevaba una prenda. Era diciembre y el clima era extremadamente frío. Al otro lado de la mesa yacía un látigo brutal de hebras retorcidas de cuero y los escasos brazos y piernas del niño tenían muchas marcas de su uso. (Shelman *et al.*, 1998)

En la actualidad en España podemos ver que la situación legal del menor ha tenido un cambio radical a través de los años. Con el paso a una sociedad democrática, después de la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), los menores van a convertirse en seres que gozarán cada día de más derechos y protección. En 2007, mediante la Ley 54/2007, se modificó el artículo 154 del Código Civil que permitía a los padres corregir a los hijos de forma razonada y moderadamente y se abolió este derecho. Esta reforma suprimió el derecho de corrección, justificándose en el Comité de Derechos del Niño, que mostró su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección, de padres y tutores, pudiera conculcar el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989,¹⁹ no sin que hubiera polémica social.

No podemos olvidar que en nuestra tradición cultural judeocristiana, el derecho a la corrección de los padres está expresamente previsto en varios pasajes, *ad exemplum*: “Corrige a tu hijo y te dará descanso, y dará alegría a tu alma” (Proverbios 29:17), “Corrige a tu hijo mientras hay esperanza, pero no desee tu alma causarle la muerte” (Proverbios 19:18), “El que escatima la vara odia a su hijo, mas el que lo ama lo disciplina con diligencia” (Proverbios 13:24). El versículo 8 de Hebreos 12 remarca la misma idea cuando dice: “Pero si se os deja sin disciplina, de la cual todos han sido participantes, entonces sois bastardos, y no hijos”.

El llamado *cachete a tiempo* era algo que en la sociedad española gozaba de cierto predicamento de forma inveterada, pero el paradigma del derecho a la corrección, las formas de educar y las relaciones paterno-filiales han cambiado de forma vertiginosa. Como no podía ser de otra forma, nuestra legislación penal también ha tenido que ir evolucionando conforme a las demandas sociales, y así en el Código Penal de 1822 ex artículo 625, para distintos hechos que en la actualidad incluimos dentro del concepto y ámbito de la violencia doméstica, se preceptuaba lo siguiente:

¹⁹ El artículo 19 de la citada Convención expresamente dispone: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...”.

La violencia filio-parental: cuestiones en torno a su definición, concepto e incidencia cuantitativa en España

los padres o abuelos que excediéndose en el derecho de corregir a los hijos o nietos cuando cometan una falta, maten a uno en el arrebato del enojo, serán considerados siempre, y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza.

Por otra parte, en el artículo 658 del citado Código penal se indicaba, en relación a un hecho mucho menos grave que la muerte, que los que: “excediéndose de sus facultades (padres, abuelos) lisiasen a alguno [...] si incurrieran en este delito, sufrirán un arresto de seis días”.

De esta forma, se permitía a los padres la utilización del castigo físico, con todo y que pudieran dañar de forma grave —“lisiasen...”—, y ello comportaba una pena que hoy resultaría injusta e irrisoria, pues era un arresto de seis días.

En España, la jurisprudencia relativa a la causa de justificación que daba cobertura legal a dichas conductas y que se incluía en el artículo 20.7 del Código Penal ha evolucionado como consecuencia de los cambios socio-culturales de las últimas décadas, y se limitaban sobremanera los límites del derecho de corrección que podían ejercer padres y educadores.

Es preciso indicar que, si bien se abolió el derecho de corrección del Código Civil español, este se mantiene en vigor en las comunidades autónomas de Aragón,²⁰ Cataluña²¹ y Navarra²² mediante sus respectivos derechos forales. En la actualidad este tipo de correcciones está proscrito en la mayoría de las legislaciones occidentales y encuentran la correspondiente sanción penal.

En relación a la violencia filio-parental, por el momento no hay evidencias empíricas de que la supresión o el mantenimiento del derecho de corrección haya hecho incrementar o disminuir las conductas violentas de los menores hacia sus ascendientes, pero lo que sí es obvio es que estos saben que no se les puede corregir de forma física. Suena quizás con demasiada prevalencia aquella frase que se escucha a los

menores cuando dicen: “A mí no me toques que te denuncio...”. Y es que los más pequeños de la casa conocen hoy día muy bien sus derechos, pero se olvidan o desconocen sus obligaciones para con sus padres, como preceptúa nuestro Código Civil en la obligación de alimentos del artículo 143 y ss., o lo que estipula el artículo 155 del mismo cuerpo legal que indica:

Los hijos deben:

- 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.
- 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

Y compartimos las reflexiones de Agustina Sanllehí y Romero Blasco (2013: 35) cuando afirman:

En realidad, parece como si se hubieran derogado en la práctica los deberes y obligaciones que recoge el Código Civil en sus artículos 154 y 155. En el discurso social y pedagógico sólo se estima conveniente referirse a los derechos y libertades del menor, pero no a sus deberes. De esta forma, se fomenta un descuido en su formación y educación por la vía del debilitamiento progresivo del estatus de los padres. Es más, si los padres no poseen las herramientas necesarias para educar y sujetar a sus hijos, ¿cómo se les puede hacer responsables civilmente de los daños ocasionados por ellos?

5. Conclusiones finales

Es preciso delimitar la diferencia entre agresividad y violencia, pues mientras el primer concepto se refiere a la capacidad del hombre de utilizar una fuerza inusual para imponerse en ciertos momentos de la vida de forma legítima, en la violencia coincide gran parte de la doctrina en que se trata de una forma de actuar aprendida, una forma de relación y de resolución de conflictos antinatural, consecuencia de un proceso socializador y cultural que carece de legitimidad.

En España empiezan a aparecer los primeros estudios sobre la violencia de los hijos hacia sus ascendientes en 2005, pero la violencia filio-parental no era algo nuevo, pues desde 1957 consta que ya hubo investigadores que se interesaron sobre el fenómeno en los Estados Unidos.

²⁰ Art. 65 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011.

²¹ Art. Artículo 236-17.4. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

²² Ley 63.1 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. BOE núm. 134, de 5 de junio de 1987.

En los primeros estudios sobre el maltrato de hijos hacia sus ascendientes se contemplaba solamente la violencia física, pero con posterioridad se fue ampliando el espectro de los estudios y se incluyó la violencia psíquica, algo que, por otra parte, es complejo de demostrar. Con el paso del tiempo, y a través de diversos estudios, se ha ampliado el concepto de este tipo de violencia para incluir también el maltrato de carácter económico.

En España, desde mediados del 2000, se realizan una serie de investigaciones que buscan concretar el fenómeno de la VFP, y se llega a consensuar una definición sobre esta tipología de maltrato por gran parte de la comunidad científica y por iniciativa de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia filio-parental (SEVIFIP).

Para poder investigar la VFP es indispensable contar con datos cualitativos y cuantitativos, y ello actualmente es una tarea muy ardua, pues muchos de los actores que disponen de ellos no acceden a revelarlos, amparándose en la protección de datos y el derecho a la intimidad de los menores. Entendemos que es necesario que existiese un organismo que pudiera aglutinar datos procedentes de diversas instancias como la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Instituto Nacional de Estadística, el Ministerio de Sanidad, etc. Creemos que sería algo muy interesante el crear un observatorio para la VFP dirigido por un equipo interdisciplinar formado por miembros de las distintas administraciones y especialistas que abordan esta problemática desde diversas ramas del saber.

Las cifras sobre incidencia de VFP en nuestra sociedad se reflejan en las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, pero todavía en 2005 este tipo de maltrato quedaba englobado en la violencia intrafamiliar sin discriminación alguna. Paulatinamente, las distintas fiscalías territoriales han ido emitiendo datos cuantitativos sobre la VFP; sin embargo, no lo hacen todas ellas, y ello es un problema para la investigación. Si a ello añadimos que los padres en la mayoría de ocasiones no denuncian, cuando lo hacen no ratifican la denuncia y además ello se produce cuando el problema es muy grave y está enquistado en el seno familiar, cabe pensar que existe una alta cifra negra que escapará a los investigadores.

A partir de 2005 algunas administraciones empiezan a percatarse sobre la VFP y de todos los problemas

que acarrear en la sociedad y se fomentan varias investigaciones, algunas de las cuales culminan en programas específicos para su abordaje. Es ya en 2010 cuando la Fiscalía General del Estado publica una Circular específica que versa sobre la VFP, calificando esta problemática como “preocupante”.

Según datos de las distintas memorias de la Fiscalía General del Estado, hubo dos años en los que destaca el aumento del maltrato de hijos a ascendientes, que son el 2009 y 2011. Entre 2016 y 2017 hubo un ligero aumento de casos de VFP, y además las fiscalías territoriales apuntan que en los últimos años se están viendo cada vez con más frecuencia casos de menores agresores de menos de catorce años que, además, consumen tóxicos, que son inimputables penalmente y que es preciso dotar a las comunidades autónomas de medios materiales y personales para atajar la problemática en edades tempranas a los efectos de que la violencia no se enquiste.

Otra de las cuestiones que hay que tener en cuenta a la hora de contabilizar casos de VFP es que no todas las fiscalías territoriales emiten datos sobre esta problemática, y ello dificulta la tarea de los investigadores y especialistas que buscan posibles soluciones.

Por otra parte, no es infrecuente encontrar a padres y madres que están desbordados, e incluso llegan a afirmar “dimito en la educación de mi hijo, no puedo más...”. La *dimisión de padres* entendemos que no es posible desde el punto de vista legal, pues el Código Civil preceptúa la responsabilidad de los progenitores en la educación de los hijos y les hace responsables de la misma. La responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad está explícitamente contemplada en la legislación penal del menor.

Es posible también acudir al recurso del auxilio judicial cuando la situación es insostenible y los padres ya no saben qué hacer, pero es poco frecuente la utilización de este recurso legal, que seguramente evitaría casos que terminan en la jurisdicción penal.

La dispensa de declarar de los padres, que se contempla en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un factor que en muchas ocasiones impide que la administración de justicia pueda ayudar a las familias, pues se archivan muchos casos por ello. No obstante, si existen otros medios de prueba que puedan demostrar que el menor ha agredido de forma grave a sus padres, se podrá mantener la acusación, si

bien con problemas probatorios que suelen terminar con la absolución.

En otro orden de cosas, el estatus legal de los menores ha cambiado de forma radical en el último siglo y, concretamente en España, incluso se ha llegado a reformar el Código Civil para ir de consuno con la legislación mundial y europea en aras de prohibir las correcciones físicas, más conocidas como *cachete*, si bien ello era algo muy arraigado y normalizado en nuestra sociedad.

En nuestro país, en la actualidad los menores conocen muy bien sus derechos, pero desconocen o no aplican los deberes que preceptúa el Código Civil, y entendemos que por ello sería preciso educar a los mismos desde las familias y escuelas en edades tempranas.

Ya desde principios del siglo XX, diversos países empiezan a preocuparse por el maltrato infantil, y se crean tratados e instrumentos jurídicos internacionales y europeos para erradicar esta problemática. España de forma progresiva ha ido suscribiendo los distintos convenios, incorporándolos a nuestro ordenamiento jurídico para adaptarse al resto de la comunidad internacional.

En otro orden de cosas, para poder sancionar a un menor infractor, es preciso seguir todo un proceso que empieza con una denuncia y que al final puede terminar en una sentencia judicial. Ya desde el comienzo de todo el *iter* procesal, el mismo ha de estar presidido siempre por los principios de reeducación y reinserción del menor, pues lo que verdaderamente se persigue no es el castigo, sino la recuperación del menor para con su familia, para con la sociedad y en definitiva para consigo mismo. Cabe decir también que durante todo el procedimiento los agentes que intervienen en el mismo, de conformidad a nuestra legislación, han de tener una preparación específica para abordar los casos en los que intervienen menores, pues se trata de sujetos activos que son especialmente sensibles y vulnerables, y que además son tributarios de un trato especializado y muy personal.

Es importante resaltar el trabajo que realizan los equipos técnicos de menores que están al servicio de la administración de justicia siempre para buscar la mejor de las soluciones siempre personalizadas para los menores que son agresores.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal, que es el *dominus procedendi* del proceso penal de los menores, po-

drá graduar de forma muy personalizada la respuesta penal mediante el principio de oportunidad, el desistimiento, la conciliación, la reparación y la mediación, si bien, en la VFP será una tarea harto compleja, pues prácticamente siempre habrá violencia que impedirá, por ejemplo, el recurso a la mediación (Abadías, 2019: 244 y ss).

En cuanto a la responsabilidad civil del menor, se produce un auténtico conflicto de intereses, pues los padres, *prima facie*, son los responsables de los hijos en cuanto a los delitos que estos cometan, pero a la vez también son las víctimas de los maltratos.

La respuesta penal a la VFP la podemos encontrar en la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 del 12 de enero, que se aplicará en relación al Código Penal de los adultos.

El artículo del Código Penal que mejor recoge las conductas de la VFP entendemos que es el 173.2, que contempla las agresiones físicas y psíquicas habituales contra los ascendientes, y que de consuno es acorde con la definición de este fenómeno por parte de los especialistas más reputados y con más experiencia del país.

Esperamos que en tiempos venideros el poder político emprenda acciones legislativas claras para ayudar a la familias que sufren la VFP en lo más interno de las mismas, y puedan encontrar, si no soluciones, al menos comprensión y recursos físicos y materiales.

6. Referencias bibliográficas

- Abadías Selma, A. (2016). *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor: consideraciones penales y criminológicas*. Barcelona: Bosch.
- Abadías Selma, A. (2019). “La violencia filio-parental: aspectos penales y criminológicos”, en *La violencia filio-parental. Análisis, evaluación e intervención*. Madrid: Alianza editorial.
- ABC diario (2015). «Un alumno con una ballesta mata a un profesor en Barcelona». *ABC diario*. Disponible en: <https://www.abc.es/catalunya/20150420/abci-profesora-muerta-varios-heridos-201504201016.html>, (fecha última consulta, 7 de agosto de 2019).
- Agnew, R. y Huguley, S. (1989). “Adolescent violence toward parents”. *Journal of Marriage and the Family*, 3(51), 699-711.

- Agustina Sanllehí, R. y Romero Blasco, F. (enero de 2013). “Análisis criminológico de la violencia filio-parental”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (9), 225-266.
- Alonso Varea, J.M. y Castellanos Delgado, J.L. (2006). “Por un enfoque integral de la violencia familiar”. *Intervención Psicosocial*(15), 253-274.
- Antolín Martínez, M., Cánovas Amenós, C., Melero Merino, A. y Romero Blasco, F. (2005). *La violència dels joves en la família: Una aproximació als menors denunciats pels seus pares*. Barcelona: Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada Departament de Justícia Generalitat de Catalunya.
- Aroca Montolio, C. (2010). *La violencia filio-parental: una aproximación a sus claves*. Tesis doctoral. Valencia: U. Valencia, Ed.
- Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, ARRMI. (2017). *Memoria 2016*. Recuperado el 30 de agosto de 2017, de Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM019489.pdf>
- Asociación Altea-España (2008). *Violencia intrafamiliar: menores que agreden a sus padres*. Madrid. Recuperado el 18 de agosto de 2017, de <http://www.altea-europa.org/documentos/PublicacionLibrodaphneII.pdf>
- Barbolla Camarero, D., Masa Muriel, E. y Díaz Bastos, G. (2011). *Violencia invertida. Cuando los hijos pegan a sus padres*. Barcelona: Gedisa.
- Bauman, Z. (2007). *Tiempos líquidos, vivir en una época de incertidumbre*. Barcelona: Tusquets.
- Browne, K. y Hamilton, C. (1998). “Physical Violence between young adults and their parents: associations with a history of child maltreatment”. *Journal of Family Violence*, 1(13), 59-79.
- Browne, K. y Hamilton, C. . (1998). “Physical violence between young adults and their parents: associations with a history of child maltreatment”. *Journal of Family Violence*, 1(13), 59-79.
- Cáceres Velásquez, A. (2012). *Psicología de la criminalidad*. Lima, Perú: Universidad Alas Peruanas.
- Chinchilla, Ma. J., Gascón, E., García, J. y Otero, M. (2005). *Un fenómeno emergente: Cuando el menor descendiente es el agresor*. Obtenido de Unizar: http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf
- Cornell, C. & Gelles, R. (1982). “Adolescent to parent violence”. *Urban Social Change Review*, 15. (1) 8-14., 1(15), 8-14.
- Cottrell, B. (2001). *Parent abuse: the abuse of parents by their teenage children*. Canada: Family Violence Prevention Unit.
- Cottrell, B. y Monk, P. (2004). “Adolescent-to-parent abuse: A qualitative overview of common themes”. *Journal of Family Issues*, 8(25), 1072-1095 .
- Cuervo García, A. y Rechea Alberola, C. (2009). *Menores agresores en el ámbito familiar (estudio de casos)* nº 17. Centro de Investigación en Criminología. Universidad Castilla-La Mancha.
- Defensor del menor de Andalucía (2015). *Informe anual 2014*. Sevilla: Defensor del menor de Andalucía.
- Díaz Arbesú, B. (2011). *Programa foral de intervención en violencia filio-parental*. Recuperado el 26 de agosto de 2017, de <http://www.bizkaia.eus/>: http://www.bizkaia.eus/home2/Archivos/DPTO3/Noticias/Pdf/topaketa%20PRESENTACI%C3%93n%20datos_20_01_2012.pdf?hash=daaca843471cec084f7ec2b808a2165b
- Echeburúa Odriozola, E. y De Corral, P. (1998). *Manual de violencia familiar*. Madrid: Siglo XXI.
- Fierro Gómez, A. (2012). “Menores maltratadores causas, remedios y justicia penal”. *Diario La Ley*, (7836), 1-2.
- Fiscalía Asturias (2016). *Memoria 2016 (Ejercicio 2015)*. Oviedo: Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia.
- Fiscalía General del Estado (2004). Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores. Madrid: Fiscalía General del Estado.
- Fiscalía General del Estado (2010). Circular 1/2010, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes. Madrid: FGE.
- Fiscalía General del Estado (2014). *Memoria anual*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia.
- Fiscalía General del Estado (2015). *Memoria 2015*. Madrid: FGE.
- Fiscalía General del Estado (2016). *Memoria 2016*. Madrid: FGE.

- Fiscalía General del Estado (2017). *Memoria*. Madrid: FGE.
- Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (2016). *Memoria anual*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia.
- Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía (2011). *Memoria 2011*. Sevilla: Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia, 144
- García-Vera, M.P. et al. (2013). *Programa de Tratamiento Educativo y Terapéutico por Maltrato Familiar Ascendente*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/ARRMI.
- Garrido Genovés, V. et al. (2009). *La prevención y la intervención con los menores infractores: un estudio en Cantabria*. Cantabria: Gobierno de Cantabria Consejería de Empleo y Bienestar Social.
- Gelman de Veinstein, S. (2003). "Hacia una pedagogía preventiva y correctora de las violencias malignas", en Del Río Sadornil, D. et al. (Coords). *Orientación y educación familiar*. Madrid: UNED.
- Gilinsky, Y. (2008). "Violencia social: teoría y la realidad rusa", en Serrano Maíllo, A., Guzmán Dálbora, J.L. (Eds.), *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: Dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson.
- Giner Vidal, S., Lamo de Espinosa, E. y Torres Albero, C. (2013). *Diccionario de sociología*. Madrid: Alianza Editorial.
- Harbin, H. T. y Madden, D. J. (1979). "Battered Parents: A New Syndrome". *American Journal of Psychiatry*, 136(10), 1288-1291.
- Herrero Herrero, C. (2007). *Criminología (Parte general y especial)*. Madrid: Dykinson.
- Ibabe Erostarbe, I., Jauregizar Alboniga-Mayor, J. y Díaz García, O. (2007). *Violencia Filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco/Departamento de Justicia Empleo y Seguridad Social.
- Jupp, V., Davies, P. y Francis, P. (1999). "The features of invisible crime". In Davies, P., Francis, P. y Jupp, V. (Eds.), *Invisible crimes: Their victims and their regulation*. London: Macmillan, 1-28.
- Jupp, V. en McLaughlin, E., Muncie, J. (2007) *The Sage Dictionary of Criminology*, p. 203.
- Infante, L. et al. (1999). "Hijos contra padres: la violencia sin ley o el espacio del terror", en Asociación Pro Derechos Humanos, *La violencia familiar actitudes y representaciones sociales*. Madrid: Fundamentos colección ciencia, 200.
- Jiménez Barca, A. (30 de octubre de 2005). "Cuando el hijo pega al padre", en *El País*.
- Kennair, N. y Mellor, D. (2007). "Parent Abuse: A Review". *Child Psychiatry and Human Development*, 3(38), 203-219.
- Kratkoski, P. (1985). "Youth violence directed toward significant others". *Journal of Adolescence*, (8), 145-157.
- Laurent, A. y Derry, A. (1999). "Violence of French adolescent toward their parents". *Journal of Adolescent Health*, 1(25), 21-26.
- Miquel González de Audicana, J.M. (2016). *Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.
- Naouri, A. (2005). *Padres permisivos, hijos tiranos*. Barcelona: Ediciones B.
- OMS (15 de agosto de 2017). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/topics/violence/es/>
- Paulson, M. Coombs, R.H. y Landsverk, J. (1990). "Youth who physically assault their parents". *Journal of Family Violence*, 2(5), 121-133.
- Peek, C.W., Fischer, J.L. y Kidwell, J.S. (1985). "Teenage violence toward parents: a neglected dimension of Family violence". *Journal of Marriage and the Family*, 4(47), 1051- 1058 .
- Pereda Beltrán, N., Abad Gil, J. y Guilera Ferré, G. *Victimología del desarrollo Incidencia y repercusiones de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada Generalitat de Catalunya. Recuperado el 7 de agosto de 2018 de: http://www.ub.edu/grevia/assets/victimologia_desenvolupament_cast.pdf
- Pereira Tercero, R. (2006). "Violencia filio-parental: un fenómeno emergente", en *Revista Mosaico*, (36), 8-9.
- Pereira Tercero, R. (2011). *Psicoterapia de la violencia filio-parental: Entre el secreto y la vergüenza*. Madrid: Morata.
- Pereira Tercero, R., Loinaz Calvo, I, Hoyo-Bilbao Del, J., Arrospide Erkoreka, J., Bertino Menna, L., Calvo Álvarez, A., Montes, Y. y Gutiérrez Jiménez, Mª Mar. (2017). "Propuesta de defini-

- ción de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)”, en *Papeles del Psicólogo*, 38(3), 216-223. <https://doi.org/10.23923/pap.psi-col2017.2839>
- Real Academia de la Lengua Española, RAE (15 de agosto de 2017). *Real Academia Española de la Lengua*. (R.A. Lengua, Productor) Obtenido de Real Academia Española de la Lengua: <http://dle.rae.es/?id=brdBvt6>
- Rechea Alberola, C. y Cuervo García, A.L. (2009). *Menores agresores en el ámbito familiar, Informe nº. 17*. Centro de Investigación en Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, 14.
- Robinson, P.W., Davidson, L.J. y Drebot, M.E. (2004). “Parent abuse on the rise: a historical review”. *American Association of Behavioral Social Science Online Journal, (revista electrónica)*, 58-67.
- Roperti Páez-Bravo, E. (2006). *Padres víctimas, hijos maltratadores*. Madrid: Espasa Calpe.
- Royo Isach, J. (2009). *Los rebeldes del bienestar. Claves para la comunicación con los nuevos adolescentes*, 3a ed. Barcelona: Alba.
- Sears, R., Maccoby, E. y Levin, H. (1957). *Patterns of child rearing*. Nueva York: Atheneum.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo A. (2009). *Derecho Penal, parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Shelman, E.A. y Lazoritz, S. (1998). *Out of the Darkness: la historia de Mary Ellen Wilson*. Lake Forest, California: Dolphin-Moon Press .
- SOCIEDAD ESPAÑOLA PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL, SEVIFIP (2013). *Definición de violencia filio-parental*. Recuperado el 18 de agosto de 2017, de SEVIFIP: <http://sevifip.org/index.php/2013-10-26-21-53-45/publicaciones/17--1/file>
- SOCIEDAD ESPAÑOLA PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL, SEVIFIP (2015). “Convenio de Colaboración entre SEVIFIP y la Fiscalía General del Estado”. <http://www.sevifip.org/index.php/2015-04-17-15-40-51/noticias-actividades/182-convenio-de-colaboracion-entre-sevifip-y-la-fiscalia-general-del-estado>. (Fecha última consulta: 18 de agosto de 2019).
- Straus, M.A. (1979). “Measuring intrafamily concept and violence: The conflict tactic scales (CTS)”. *Journal of marriage and the family*, 1(41), 75-88.
- Urra Portillo, J. (2006). *El pequeño dictador: Cuando los padres son las víctimas*. Madrid: La esfera de los libros.
- Urra Portillo, J. (2015). *El pequeño dictador crece*. Madrid: La esfera de los libros.
- Urra Portillo, J. (19 de agosto de 2017). *S.O.S. en conflicto con mi hijo*. Recuperado el 19 de agosto de 2017, de S.O.S. en conflicto con mi hijo. El blog del programa recurra-ginso: <http://recurra.es/>
- Wilson, J. (1996). “Physical abuse of parents by adolescent children”. En D.M. Busby (Ed.), *The impact of violence on the family: Treatment approaches for therapists and other professionals*. Need-ham Heights, USA: Allyn & Bacon.

Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad)

Mercedes Alonso Álamo

Universidad de Valladolid

RESUMEN: El principio de solidaridad es relevante en ámbitos diversos del derecho penal. Aquí nos ocupamos de su incidencia restringida en el estado de necesidad y en la omisión del deber de socorro. Por otra parte, nos ocupamos también de la fundamentación de determinados bienes jurídicos colectivos a partir de derechos de solidaridad.

PALABRAS CLAVE: solidaridad, estado de necesidad, omisión del deber de socorro, bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

ABSTRACT: The principle of solidarity is relevant in several areas of Criminal Law. Here we hold the view of a restricted impact of the principle of solidarity on necessity and the omission of the duty to rescue. We are also concerned with solidarity rights as a foundation for some collective protected interests.

KEY WORDS: solidarity, necessity, omission of the duty to rescue, collective protected interests of solidarity.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestión previa: precisiones conceptuales. 3. Fundamento de la juridificación de la solidaridad. 4. De cómo el deber de virtud de solidaridad deviene en deber jurídico en situaciones de peligro para bienes jurídicos individuales; 4.1. Estado de necesidad agresivo y defensivo: diversificación; 4.2. Omisión del deber general de socorro y omisión de garante: diversificación. 5. Del principio ético-político y jurídico de solidaridad a los bienes jurídicos colectivos de solidaridad: derechos constitucionales y derechos humanos de solidaridad. 6. Bienes jurídicos colectivos de solidaridad. 7. Re-capitulación.

Rec: 12-01-2017 | Fav: 10-05-2017

1. Introducción

El principio ético-jurídico de solidaridad se proyecta en el derecho penal en diferentes ámbitos. En primer lugar, despliega su eficacia en el delito de omisión del deber de socorro y en la justificación de la conducta típica en situaciones de estado de necesidad agresivo. En estos casos, la juridificación de un deber de virtud, el de solidaridad, posibilita la protección plena de bienes jurídicos individuales. La solidaridad se eleva a deber jurídico de cada uno para con los demás dada una situación de desamparo o de necesidad y la incapacidad del Estado de dispensar protección al bien jurídico en peligro.

En segundo lugar, el principio ético-jurídico de solidaridad se halla detrás de determinados bienes jurídicos colectivos. Dicho principio se corresponde con postulados ético-políticos que no son privativos de posiciones colectivistas, sino que están presentes en corrientes filosóficas distantes entre sí. De él emergen derechos humanos y constitucionales de solidaridad que constituyen el referente de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

En los dos ámbitos mencionados, la relación entre solidaridad y derecho penal plantea problemas diferentes. De ambos nos ocupamos aquí separadamente, si bien partiendo de su entronque común.

Cuando se trata, ante todo, de la protección de intereses individuales en peligro, se debate la cuestión —que restringimos al deber de actuar en el delito de omisión del deber general de socorro y al deber de soportar un daño en el estado de necesidad agresivo justificante— de si la solidaridad constituye un especial título de imputación, si es la *ratio legis* o si es el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro. En otras palabras, pretendemos examinar si la solidaridad, al ser elevada a deber jurídico desde su originaria condición de deber de virtud, deviene en título extraordinario de imputación, pero también indagar si la solidaridad es el objeto jurídico de protección. Pues el examen de la literatura penal muestra que la solidaridad se invoca a veces para fundamentar el delito de omisión pura (al igual que se invoca para fundamentar el deber de soportar el daño en el estado de necesidad) y, otras veces, se eleva a bien jurídico protegido en dicho delito, cuando no se pretende hacer de la solidaridad un nuevo título de atribución de responsabilidad penal.

Por su parte, cuando se trata de la protección de bienes jurídicos colectivos que tienen como referente los derechos de solidaridad, el centro de la discusión se traslada a otro terreno: a la existencia y fundamentación de derechos humanos y constitucionales de solidaridad que implican la elevación del principio ético-político de solidaridad a principio ético-jurídico, y, reconocidos y delimitados los derechos colectivos de solidaridad, a la delimitación de específicos bienes jurídico-penales colectivos que emergen a partir de dichos derechos.

Vamos a ocuparnos de estas cuestiones separando los dos ámbitos mencionados: el que afecta a la protección de intereses individuales y el que afecta a la emergencia de bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

2. Cuestión previa: precisiones conceptuales

El concepto de solidaridad que importa al derecho no se refiere al comportamiento altruista, desinteresado, realizado por compasión, caridad, benevolencia o por motivos morales o religiosos, sino al comportamiento externo, objetivo, consistente en hacer o soportar un daño, en un contexto de peligro para un bien jurídico. Esto significa entender la solidaridad referida al aspecto externo del comportamiento solidario, el único en el que el ordenamiento jurídico puede entrar estableciendo deberes. Tal concepto es el que se halla también detrás de determinados bienes jurídicos colectivos, como se verá.

En relación con la preservación de bienes jurídicos de terceros, el derecho puede exigir y esperar que socorramos a quien está desamparado y en peligro manifiesto y grave cuando podamos hacerlo sin correr riesgo propio ni ajeno, o que soportemos un daño para que se salvaguarde un bien jurídico de titularidad ajena de rango mejor; pero no puede, en ningún caso, exigir que lo hagamos por motivos elevados o altruistas, por amor o por compasión, o que nos sintamos en unión espiritual con el afectado. La solidaridad que al derecho importa es la solidaridad secularizada, desprovista del aspecto subjetivo o espiritual que acompaña al concepto de solidaridad en tanto deber de virtud o moral. Esto ha sido visto con claridad por FRISCH, quien señala que “generar ciertas actitudes o sentimientos [...] queda fuera del poder del Derecho, como así también de aquello a lo que el Estado

está autorizado”, lo que le lleva a hablar, a efectos jurídicos, solo de conductas “cuasi-solidarias”.¹

El concepto de solidaridad referido a la conducta objetiva de auxilio a otro debe entenderse, por otra parte, en sentido restringido. Esto implica dejar fuera del concepto de solidaridad que al derecho penal importa aquellas situaciones de riesgo o peligro para un bien jurídico originadas por el propio sujeto obligado a actuar o a soportar un daño (injerencia) o aquellos supuestos en los que el sujeto ha asumido autónomamente una posición especial. En tales casos, el deber de actuar o de soportar el daño se legitima al margen de razones de solidaridad o, dicho de otra forma, no es preciso acudir a la solidaridad para fundamentar el deber.

En relación con los derechos de solidaridad, el concepto experimenta una evolución semejante a la señalada.² La idea de benevolencia o de altruismo, incluso de caridad, que acompaña al concepto en su dimensión ética o moral, da paso a una objetiva ayuda mutua entre personas, próxima al significado etimológico del término como unión con otro o unión con la causa común. Al propio tiempo, el concepto se colectiviza y erige en principio ético-político y jurídico, otorgándose a los poderes públicos la función de velar por la preservación de los derechos que responden a dicho principio. Los derechos de solidaridad devienen así en rasgo distintivo del Estado social, configurándose el constitucionalismo del Estado social como un constitucionalismo estructuralmente solidario.³ Los derechos sociales y, en general, los derechos de solidaridad constituyen la base o el soporte, el referente, de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

3. Fundamento de la juridificación de la solidaridad

1. Tratándose de la preservación de bienes jurídicos individuales que se hallan en peligro, la juridificación del deber de solidaridad plantea problemas específicos. No es suficiente para la elevación de deber ético a deber jurídico el que la solidaridad se objetive y se haga recaer en la ayuda a otro con independencia del ánimo, sentimiento o actitud subjetiva. El Estado no puede imponer, sin más, el deber de ayudar a otro ni siquiera si circunscribe el deber al comportamiento externo. Si lo hace, ha de ser por una razón especial, excepcional, en atención a la concurrencia de situaciones extraordinarias de peligro para un bien jurídico y a que el propio Estado no pueda controlar directamente dicho peligro con los recursos que tiene a su disposición. Según FRISCH, solo estará justificada la juridificación cuando resulte necesaria para el cumplimiento de las *tareas* que le han sido *delegadas* al Estado por los ciudadanos y siempre que se observen las reglas que “los miembros autónomos de la comunidad solidaria” se impondrían razonablemente a sí mismos “para la superación de tales casos de necesidad frente a la tensión entre la libertad (propia de cada uno) y la seguridad como reglas generales (esto es, para todos) válidas dentro de un discurso reflexivo”.⁴ La fundamentación remite, pues, a la incapacidad del Estado para controlar el peligro en la situación concreta.⁵ Es la previsión de esa eventual incapacidad lo que justifica la juridificación de un deber de virtud que se legitima discursivamente en la cesión de parte de la libertad de los sujetos autónomos en el marco del contrato social “de la comunidad solidaria”.⁶ Individualismo y colectivismo convergen en el reconocimiento de cierto colectivismo que fundamenta deberes jurídicos de solidaridad a fin de preservar los intereses de cada uno de los miembros de la colectividad. Una solidaridad (acaso egoísta) surgi-

¹ Frisch, “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, traduc. por Ziffer/Rojas, *InDret* 4/2016, p. 7.

² Una importante síntesis del tránsito de la solidaridad de los antiguos a la solidaridad de los modernos, en Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 30 y ss.

³ De Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 45; González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, pp. 16 y 21 y s.

⁴ Frisch, “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, traduc. por Ziffer/Rojas”, *InDret* 4/2016, pp. 8 y 14.

⁵ En sentido semejante, señala Robles Planas que “allí donde el Estado no alcanza a prestar el auxilio, esto es, no puede aunque quiere, tiene pleno sentido obligar a los ciudadanos a ser solidarios entendiendo que son ellos mismos quienes habrían consentido en la ‘estatalización’ de la solidaridad”, Robles Planas, “Deberes de solidaridad”, *InDret* 1/2012, p. 2.

⁶ Así, Frisch, “Derecho penal y solidaridad”, *op. cit.*, p. 14.

ría, por tanto, del egoísmo altruista.⁷ De manera que la solidaridad intersubjetiva, que implica un sacrificio de libertad y de autonomía, se halla mediada por la solidaridad institucionalizada.⁸ Tal cesión de libertad ha de ser necesariamente restringida, limitada a supuestos excepcionales. Esto significa que las previsiones legislativas que incorporen un deber de actuar o de tolerar un daño por razones de solidaridad han de ser extraordinarias y estar delimitadas legislativamente mediante la descripción precisa del contexto del que surge el deber.

No todas las situaciones de necesidad de las que emerge un deber de actuar o de soportar un daño responden a razones de solidaridad, esto es, a la juridificación de un deber moral. Cuando el peligro para un bien jurídico procede del comportamiento previo del obligado (supuestos de injerencia), o cuando el omitente se halla en otra especial posición de garantía, no hay que acudir al criterio de la solidaridad para legitimar la existencia de un deber de actuar o de soportar un daño. En tales casos, el deber de actuar o de soportar un daño no responde a consideraciones de auxilio o ayuda mutua. En otras palabras, no todo deber de actuar ni todo deber de tolerancia es un deber de solidaridad.

2. Tratándose de la preservación de bienes jurídicos colectivos que tienen como referente los derechos colectivos de solidaridad, el problema se plantea en términos esencialmente distintos. Los derechos colectivos de solidaridad se conforman históricamente. Tanto si se parte de un liberalismo solidario como si se parte de un socialismo liberal,⁹ cabe hallar un punto de confluencia entre posiciones colectivistas y po-

siciones respetuosas con la autonomía individual.¹⁰ El principio ético-político de solidaridad no es privativo de posiciones colectivistas, sino que está presente en posiciones filosóficas muy diversas.¹¹ Pero, con independencia de la tensión entre individualismo y colectivismo, lo peculiar de los nuevos derechos de solidaridad es su afirmación en el marco de los cambios sociales y de la lucha por su reconocimiento.

En el seno del derecho público, los derechos sociales colectivos de solidaridad están llamados a limitar el poder político,¹² lo que permite hablar de la solidaridad altruista del Estado social y democrático de derecho. De tales derechos derivan deberes de los poderes públicos de acuerdo con los principios rectores de la política social y económica y, a la vez, deberes individuales. Lo mismo cabe decir de otros derechos de solidaridad que, como el derecho al medio ambiente, comportan a la vez el deber de los poderes públicos de velar por su preservación y el deber de los particulares de no lesionarlo o ponerlo en peligro.

La juridificación del deber de solidaridad discurre en estos casos por un camino distinto del que sigue la

⁷ Sobre esta terminología, Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s.

⁸ En este sentido señala Alcácer Guirao que es inherente a la noción de solidaridad cierto grado de comunitarización del individuo y de sacrificio de la libertad y de la autonomía individual, Alcácer Guirao, "Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 367 y ss. Distinguiendo la perspectiva contractualista, de un lado, y la institucionalista, de otro, Silva Sánchez, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1011 y ss.

⁹ Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s. Sobre el reconocimiento de la solidaridad en la tradición liberal y en el comunitarismo, Varona Gómez, *Derecho Penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 105 y ss.

¹⁰ Cortina, "Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad", *Sistema*, nº 96, 1990, pp. 6 y ss. Sobre la evolución histórica del solidarismo y el solidarismo como tercera vía, Losano, "La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina", en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis, Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 17 y ss. y 20 y ss.; y el mismo, "Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de derechos fundamentales económicos", en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis, Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 37 y ss. Críticamente, Alcácer Guirao, "Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2000, p. 365, quien afirma que en la tensión dialéctica entre la autonomía personal y la solidaridad "difícilmente puede llegarse a una síntesis", si bien luego matiza esta afirmación señalando la existencia de posibilidades argumentativas de incorporar el pensamiento de la solidaridad en la doctrina liberal de los derechos personales, p. 369.

¹¹ Al respecto, Figueroa/Michelini (comps.), *Filosofía y solidaridad. Estudios sobre Apel, Rawls, Ricoeur, Lévinas, Dussel, Derrida, Rorty y Van Parijs*, ed. Universidad A. Hurtado, Chile, 2007. También, Rorty, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, traduc. por Vergés Gifra, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 2008, pp. 212 y s.; Guisán, *Una ética de libertad y solidaridad: John Stuart Mill*, Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 40 y ss.; Cortina, "Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad", *Sistema*, nº 96, 1990, p. 10. A propósito de la fundamentación de deberes jurídicos de solidaridad desde una perspectiva kantiana, SILVA Sánchez, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal", en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, p. 159.

¹² Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s.

juridificación *ad hoc* de un deber de virtud en situaciones de necesidad de un tercero, pues ya no se trata tanto de una intromisión en la esfera de libertad de otro obligándole a hacer algo o a soportar un daño, cuanto de prohibir o, en su caso, preceptuar acciones¹³ en orden a proteger bienes jurídicos colectivos que hunden sus raíces en razones de solidaridad.

En los apartados siguientes (4, 5 y 6) nos ocupamos separadamente de ambas cuestiones.

4. De cómo el deber de virtud de solidaridad deviene en deber jurídico en situaciones de peligro para bienes jurídicos individuales

Tratándose de la necesaria protección de bienes jurídicos individuales que se hallan en peligro, procede hacer referencia, de un lado, al estado de necesidad y, de otro, al delito de omisión del deber de socorro, a fin de precisar en qué términos y en qué medida están vinculados al deber (positivo, general) de solidaridad juridificado.

4.1. Estado de necesidad agresivo y defensivo: diversificación

En relación con el estado de necesidad,¹⁴ la solidaridad es el fundamento del deber positivo de soportar o tolerar un daño para la salvaguardia de bienes de un tercero.¹⁵ Esto es así, a nuestro juicio, solo en el estado de necesidad agresivo justificante (por ejemplo, delito contra la propiedad para salvar una vida).

Una primera limitación pudiera proceder de restringir la base solidaria del estado de necesidad a los

supuestos en que este concurre en delitos contra bienes jurídicos individuales. Sin embargo, el Código Penal español, al referirse en el artículo 20.5 al que “para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, abre las puertas, en relación con la infracción de un deber, a la posible apreciación del estado de necesidad en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales (por ejemplo, un delito contra la seguridad vial para salvar una vida).¹⁶ En estos casos, la solidaridad adquiere perfiles propios. Se trataría de una solidaridad difusa o difundida en la colectividad, por lo que habría que ir a una fundamentación paralela del deber de soportar el daño.¹⁷ Pero aquí nos vamos a limitar a aquellas situaciones de necesidad que concurren en la comisión de delitos que afectan a bienes jurídicos individuales.

En segundo lugar, es preciso distinguir dos supuestos a la hora de examinar la incidencia de la solidaridad en la fundamentación del deber de soportar el daño. Tales supuestos permiten tratar diferenciadamente el estado de necesidad desde la perspectiva de su base solidaria. Por una parte, los casos en que el obligado no ha originado la situación de necesidad; en estos casos puede hablarse de una genuina solidaridad pasiva en relación con su deber de soportar el daño. Por otra parte, los casos en que media una intervención del obligado que genera la situación de necesidad, casos de injerencia en los que, a nuestro juicio, no es la solidaridad el fundamento del deber de soportar el daño. A esta conclusión llegamos a partir del concepto de solidaridad y del fundamento de la juridificación del deber de solidaridad en los términos antes expuestos. Vamos a tratar de mostrar que, de acuerdo con ellos, no hay inconveniente en principio en establecer un nexo entre la solidaridad y el deber de un tercero de soportar un daño en un contexto de estado de necesidad agresivo; y que, en cambio, es muy problemático que se pueda fundamentar en la solidaridad el estado de necesidad defensivo y, por ende, que se pueda aceptar un deber de solidaridad más intenso en el estado de necesidad defensivo: pue-

¹³ Como bien recuerda Robles Planas, tanto los deberes negativos como los positivos pueden infringirse por acción y por omisión, Robles Planas, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, p. 4.

¹⁴ Sobre la incidencia de la solidaridad intersubjetiva en la resolución de conflictos de intereses en situaciones de necesidad es fundamental la monografía de Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.

¹⁵ No entramos aquí en la debatida cuestión de si cabe el estado de necesidad para salvaguardar intereses supraindividuales, ni en el correspondiente deber de soportar un daño para la salvaguardia de tales intereses. Sobre los obstáculos a que se enfrenta, fuera de la colisión de deberes, el estado de necesidad para salvar “intereses comunitarios, o del Estado”, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 409. Partidario de que en casos graves se permita actuar en estado de necesidad para salvar intereses colectivos, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 476.

¹⁶ Al respecto, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 410. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 477.

¹⁷ Sobre la necesidad de reformular los principios cuando intervienen bienes jurídicos supraindividuales, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 100 y ss.

de haber un mayor deber de tolerancia pero este no será un deber de solidaridad.

Por último, procede hacer otra restricción en el estado de necesidad desde la perspectiva de su base solidaria: la relación entre solidaridad y estado de necesidad no puede ser aceptada en el estado de necesidad agresivo en todos los casos, sino que siempre que se parta de la teoría de la diferenciación o doble naturaleza del estado de necesidad —lo que no es cuestión pacífica en la doctrina— será preciso diferenciar entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.¹⁸

Por tanto, en el estado de necesidad, el rol de la solidaridad debe ser examinado distinguiendo entre estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo¹⁹ y, también, de aceptarse la diferenciación, entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.

Veamos, en primer lugar, el estado de necesidad agresivo y, en particular, la cuestión de si la solidaridad despliega su eficacia en todos los supuestos de estado de necesidad agresivo o solo en los casos en que se lesione un bien de inferior rango que aquel que se trata de salvaguardar. Nos referiremos después al estado de necesidad defensivo y en particular a la cuestión de si el deber de soportar el daño en supuestos de estado de necesidad defensivo es un deber jurídico intensificado de solidaridad o si el deber de tolerancia se fundamenta en tales casos por otro camino.

4.1.1. El estado de necesidad *agresivo* comprende aquellas situaciones en que el sujeto, para evitar un peligro propio o ajeno, menoscaba los intereses de un tercero que, sin haber contribuido a la aparición de dicho peligro, es obligado, sin embargo, a soportar el daño. Se suele aceptar que el fundamento del deber de soportar el ataque a sus intereses hay que buscarlo en un deber de solidaridad juridificado.²⁰ Este deber, que

necesariamente ha de ser (de)limitado, fundamenta la causa de justificación desde la *perspectiva del tercero* ajeno al acontecimiento y afectado por la acción,²¹ fundamento que se adhiere al fundamento del estado de necesidad desde la *perspectiva del sujeto agente*, a saber, la salvaguardia de bienes jurídicos o el principio de protección de bienes jurídicos buscando el menor perjuicio.²²

La juridificación del deber moral de solidaridad se justifica en el seno del Estado social de derecho —que parte de la autonomía personal, pero adopta también posiciones colectivistas— en aquellos casos en que el propio Estado no puede cumplir por sí mismo con el deber de proteger los bienes jurídicos. En la confluencia de autonomía personal y colectivismo surge y se justifica el deber de solidaridad intersubjetiva de soportar un daño ante una situación de necesidad. Así pues: deber de tolerancia y, más precisamente, deber de solidaridad, de un lado, y derecho de necesidad, de otro. Como dice Baldó Lavilla, esferas organizativas autónomas quedan vinculadas unas con otras por criterios de solidaridad.²³ La infracción de aquel deber puede incluso dar lugar a responsabilidad penal.²⁴

El deber de terceros de soportar el daño en una situación de estado de necesidad agresivo no es ilimitado. Su justificación tiene sentido en los casos en que se lesiona un bien de inferior valor que el que se trata de salvaguardar. Si son equivalentes “el espíritu de solidaridad desaparece, de manera que el afectado

Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1011 y ss.

²¹ Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 267, Ropero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, p. 57.

²² Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 267, Ropero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, p. 98.

²³ Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 91.

²⁴ Acerca de si el deber de tolerar es un deber positivo de solidaridad pasiva, si es un deber positivo de intensidad equiparable a la de los deberes negativos, o si constituye un deber negativo, discutiendo la cuestión de si su infracción puede dar lugar a un delito de resultado, Silva Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1016 y ss.

¹⁸ Crítico con la interpretación que la doctrina española hace de la teoría de la diferenciación o doble naturaleza del estado de necesidad, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 467 y ss. También, Ropero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en Derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, pp. 8 y ss.

¹⁹ Sobre la distinción, Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 121 y ss. Sobre la referencia del estado de necesidad agresivo a la solidaridad general intersubjetiva, el mismo, *loc. cit.*, pp. 90 y ss.

²⁰ Sobre las diferentes explicaciones de la juridificación del deber moral de solidaridad en el estado de necesidad agresivo, Silva

se ve desligado de su deber de tolerancia”.²⁵ La justificación del deber moral de solidaridad se restringe y circunscribe así a un deber mínimo y general de soportar el daño en situaciones de estado de necesidad *justificante*, lo que se aviene bien con la teoría de la diferenciación o doble naturaleza jurídica del estado de necesidad —teoría que, como ya hemos dicho, no es unánimemente aceptada—. Partiendo de dicha teoría, solo cuando el estado de necesidad es causa de justificación es dable acudir a la solidaridad para fundamentar el deber de soportar la lesión del interés inferior. Cuando los bienes son del mismo valor, el estado de necesidad exime de responsabilidad al autor por razones de culpabilidad y, en tal caso, no surge para el tercero ajeno al conflicto (recordemos que nos estamos refiriendo al estado de necesidad agresivo) ningún deber jurídico de solidaridad por el que tenga que soportar el daño. Habrá estado de necesidad excluyente de la culpabilidad pero no un deber jurídico de solidaridad erigido frente a todos de soportar el daño.

4.1.2. En el estado de necesidad *defensivo*, lo peculiar es que la situación de necesidad ha sido creada precisamente por el sujeto cuyos intereses son lesionados por la acción que salvaguarda el bien puesto en peligro.²⁶

Se discute si, siendo graduables los deberes de tolerancia, cuando se injerta el peligro surge un deber de tolerancia más intenso, y si este puede ser caracterizado como deber intensificado de solidaridad.²⁷ Coca Vila, partiendo de la proximidad estructural y material entre estado de necesidad defensivo y delito de omisión de socorro agravado u omisión pura de

garante, suscita la cuestión de si, al igual que Silva Sánchez habla de infracción de deberes intensificados de solidaridad en relación con las omisiones puras de garante (en las que es el propio omitente, el que con su comportamiento fortuito o imprudente, hace surgir el peligro para un bien jurídico y luego omite el socorro, a diferencia de la omisión pura, general, que estaría basada en la infracción del deber de solidaridad mínimo o intersubjetivo),²⁸ en el estado de necesidad defensivo habría supuestos en los que el deber de tolerancia impuesto se fundamentaría en la infracción de deberes de solidaridad superiores al mínimo o general intersubjetivo. Se trataría entonces de deberes de tolerancia intensificados fundados en la solidaridad.²⁹

Es muy dudoso, sin embargo, que, cuando se ha generado el peligro, el fundamento del deber (de actuar o de soportar un daño) responda a genuinas razones de solidaridad. En situaciones de injerencia, no hay que acudir a la solidaridad intersubjetiva para fundamentar el deber de soportar el daño.³⁰ La decisión sobre el alcance o el peso que pueda tener la solidaridad intersubjetiva en supuestos en que se ha intervenido en la causación de la situación de necesidad, obliga a examinar la relación entre solidaridad e injerencia, toda vez que una intervención causal en la fuente de peligro se precisa siempre para que se pueda hablar de estado de necesidad defensivo,³¹ al igual

²⁵ Así, Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 268.

²⁶ Si se rechaza la teoría de la diferenciación, se tratará de un estado de necesidad justificante, incluso, si se lesiona un bien del mismo valor que el salvaguardado. Así dice Mir Puig que puede admitirse estado de necesidad justificante “aunque el bien salvado *no sea mayor* que el lesionado cuando el peligro que da lugar a la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado “estado de necesidad defensivo”); Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 481.

Cuando los bienes afectados pertenezcan al agresor ilegítimo se tratará, dice Luzón Peña, de legítima defensa y no de estado de necesidad, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 410.

²⁷ Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 461 y ss.

²⁸ Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 345 y ss., el mismo, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CCRP, 4, 1999, pp. 160 y s., Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *Indret*, 1/2011, p. 34.

²⁹ Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *Indret*, 1/2011, pp. 34 y s., donde destaca asimismo las dificultades para fundamentar el plus de solidaridad. También, Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 462.

³⁰ Más matizadamente, sostiene Baldó Lavilla que en situaciones de estado de necesidad defensivo hay que partir del principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador, si bien ulteriormente modulado, con una función limitadora, por el principio de solidaridad general intersubjetiva, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 74 y ss.

³¹ Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 459, señalando que no es suficiente estar “al lado” de la fuente de peligro para que se pueda

que se precisa para que se pueda hablar de omisión pura de garante.

Quien injerta un peligro en un bien jurídico ajeno *limita simultáneamente la propia esfera de libertad* al inmiscuirse en el ámbito de libertad del otro. En atención a tal autolimitación de la propia libertad, cabe exigirle jurídicamente que soporte un daño (o, en su caso, que realice una acción) para evitar la lesión del bien jurídico. Desde luego, que desde un punto de vista formal, tal exigencia jurídica evoca la unión a otro, a quien se ayuda o auxilia, pero esta no es la solidaridad objetiva a la que el Estado se ve abocado a acudir excepcionalmente ni la solidaridad altruista del Estado social de derecho. El deber de soportar o de tolerar un daño (deber de tolerancia) remite, en tales casos, no a la solidaridad, sino al comportamiento propio que ha generado el peligro.³²

Como dice Lascurián Sánchez, “somos garantes de la inocuidad de nuestros propios comportamientos peligrosos”. Esta afirmación no solo es válida cuando se trata de fundamentar los deberes de garantía en los delitos de comisión por omisión.³³ Es válida también en las omisiones puras de garante y en el deber de soportar el daño en situaciones de necesidad causadas (imprudente o fortuitamente) por el obligado. En todos estos casos, el fundamento del deber reside en la intromisión previa en la esfera de libertad de otro —con la consiguiente autolimitación de la propia libertad— sin que quepa entender que si la causación del peligro fue fortuita cesa la posición “de garantía” y que el deber ha de ser fundamentado por otra vía, no la de la responsabilidad por la intromisión en la esfera de otro, sino la de un deber de solidaridad intensificado.

En un contexto de estado de necesidad no existe un deber jurídico *de solidaridad* más intenso para quien injerta el peligro. La solidaridad, en tanto juridificación de un deber moral bajo determinados presupuestos, no está en función de lo que el sujeto del que se espera el comportamiento solidario haya realizado anteriormente, sino que es objetiva y se establece frente a todos. Esto no significa que el deber de so-

lidad no pueda graduarse. Significa tan solo que en situaciones de injerencia como las mencionadas no concurre propiamente la graduación de un genuino deber de solidaridad, sino un deber de tolerancia más intenso que no responde, a nuestro juicio, a razones de solidaridad.³⁴

La juridificación del deber de solidaridad se justifica por la existencia objetiva de la situación de necesidad siempre que el interés salvaguardado sea superior al lesionado y que el peligro no haya sido generado por quien soporta la lesión. En estos casos extraordinarios, cuando el Estado es incapaz de proteger con sus medios el bien jurídico en peligro, está justificada la juridificación de un deber moral. Pero cuando el obligado ha causado el peligro no es preciso recurrir a la solidaridad intersubjetiva porque entonces el deber surge de la intromisión en la esfera de libertad de otro, la cual acarrea la autolimitación de la propia esfera de libertad.

Por otra parte, la fundamentación del deber de soportar el daño a partir de la responsabilidad por el propio comportamiento —y no por razones de solidaridad— permite fundamentar de forma unitaria el estado de necesidad defensivo *desde la perspectiva del tercero* afectado por la acción, con independencia de que se acepte o no la teoría de la diferenciación. Tratándose de estado de necesidad defensivo, tanto si el bien salvaguardado es de mayor valor como si es de igual valor al lesionado, en todo caso, el que ha injertado el peligro en el bien jurídico tiene por ello, en atención a que ha autolimitado su libertad, el deber jurídico de soportar, *tolerar*, el daño.

El deber positivo general de solidaridad, entendido en los términos expuestos, cumple con la conceptualización que hace Garzón Valdés de los deberes positivos generales: “aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatarios y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”.³⁵ El deber positivo general de so-

hablar de estado de necesidad defensivo.

³² Importante estudio sobre autonomía y solidaridad en los derechos de necesidad y defensa, en Wilenmann Von Bernath, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, *InDret* 3/2014, pp. 8 y ss.

³³ Lascurián Sánchez, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, p. 80.

³⁴ Matizadamente, sobre la graduación de deberes de *tolerancia*, Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzán Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 461 y ss.

³⁵ Garzón Valdés, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n° 3, 1986, pp. 17 y 28 y ss., considerando que la fundamentación de los deberes positivos generales es la misma que la de los deberes negativos



lidaridad requiere un sacrificio trivial que se traduce en el estado de necesidad en el deber de soportar un daño (deber pasivo) para evitar otro mayor. Un sacrificio que se requiere de cualquiera.

Quien ha originado el peligro no tiene un deber de solidaridad positivo general más intenso, ni siquiera un deber de solidaridad, sino un deber jurídico que se fundamenta por otro camino, en atención a la injerencia y a la consiguiente autolimitación de la propia esfera de libertad.

4.2 Omisión del deber general de socorro y omisión de garante: diversificación

Como se deriva de lo ya expuesto, el deber positivo general de solidaridad fundamenta el delito de omisión del deber general de socorro, pero no las omisiones de garante. Silva Sánchez destaca con acierto la existencia de una categoría intermedia entre la omisión de socorro y la comisión por omisión a la que denomina “omisión de garante”. Él mismo señala que pertenecen a esta categoría intermedia el delito de omisión de socorro agravado, del artículo 195.3 del Código Penal, que sería una omisión *pura* de garante, y el delito de omisión cualificada por la infracción de deberes específicos del ámbito sanitario, del artículo 196 del Código Penal, cuya sanción “se condiciona a la producción de un resultado de peligro”, que sería una omisión de garante *referida a resultado*. En tales omisiones lo peculiar es que el omitente, o bien ha injertado el peligro, o bien se halla en una posición de garantía en torno a la que se conforma un espacio diferente al de los genuinos delitos de comisión por omisión contra la vida o contra la salud o la integridad física o corporal.³⁶ Se trata, en definitiva, de omisiones no equivalentes a la acción pero que merecen una

pena mayor que las omisiones puras generales.³⁷ Silva Sánchez entiende que dicha categoría intermedia se fundamenta en consideraciones de solidaridad cualificada entre ciudadanos “que surgen cuando estos ocupan una determinada posición de deber especial”, y que la solidaridad se erige así en un *título de imputación* o de atribución de responsabilidad, que se situaría al lado de la atribución de responsabilidad penal por la organización de la propia esfera jurídica de libertad en la comisión activa y en la comisión por omisión, cuando los sujetos se hallan vinculados no solo por su pertenencia a la comunidad, sino también “por lazos especiales, especialmente institucionales”.³⁸ También Jakobs invoca la responsabilidad por solidaridad o como garantía de la solidaridad en la infracción de deberes de sacrificarse vinculados a relaciones de confianza especiales, etc., señalando que “la garantía de los bienes o de que no se produzcan peligros se ve flanqueada en estos deberes por la garantía de las instituciones”.³⁹

Cuando se fundamentan las omisiones de garante en la juridificación de la solidaridad se abren peligrosamente las puertas del derecho penal a la extensión de las posiciones de garantía en los delitos de comisión por omisión. Dicho en otros términos, la vía de la solidaridad puede llevar, pensamos, a una extensión desmesurada de tales delitos.

En las llamadas omisiones de garante el deber positivo de actuar es más intenso que el deber general. Pero, a nuestro juicio, no es un deber de solidaridad más intenso, ni siquiera un deber de solidaridad, pues en tales casos es el propio individuo el que con su comportamiento anterior, que causa el peligro culpable o incluso fortuitamente (artículo 195.3), o con su posición especial autónomamente asumida (artículo 196), hace surgir el deber de actuar, un deber que descansa en la autolimitación de la propia esfera de libertad y no en razones de solidaridad: no es preciso acudir, en estos casos, a la juridificación de un deber de virtud.

generales: la protección de bienes. Sobre ello también, Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1/2011, pp. 34 y s., nota 109.

³⁶ Silva Sánchez, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, pp. 153 y ss. En relación con el artículo 196, un examen crítico de las diferentes posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del delito en Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 del Código Penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 18 y ss., y en Esquinas Valverde, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada, 2006, pp. 15 y ss.

³⁷ Robles Planas, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, p. 17.

³⁸ Silva Sánchez, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código Penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, pp. 156 y 158.

³⁹ Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traduc. por Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 949 y 993 y ss.

Crítico también con la postura de Silva Sánchez, Dopico Gómez-Aller señala que en los casos de injerencia imprudente difícilmente puede negarse la imputación objetiva y que se trata entonces de daños surgidos de una defectuosa organización de la propia esfera.⁴⁰ Aunque la fundamentación puede ser más difícil, también en los casos de causación fortuita del peligro el sujeto se sitúa en una posición especial y limita su propia esfera de libertad, con lo que surge para él un deber de actuar no por solidaridad, sino por haber injertado un peligro, siquiera fortuitamente, para el bien jurídico. No se puede hablar propiamente de una defectuosa organización de la esfera propia pero sí de autolimitación de la propia libertad. Hay aquí una línea delicada entre la responsabilidad por tal autolimitación de la libertad y la responsabilidad objetiva, pero la línea existe toda vez que no se trata de hacer responder por la generación fortuita del peligro, sino por la no realización de la acción que el ordenamiento jurídico espera del sujeto tras la generación del peligro.

En cambio, en el genuino delito de omisión pura del deber general de socorrer, cuando no se ha causado el peligro, es la solidaridad intersubjetiva el fundamento de la incriminación y de la imputación de responsabilidad penal. En dicho delito, nos hallamos ante un deber positivo de socorrer, de solidaridad activa, dado el contexto de peligro que el tipo describe (desamparo y peligro manifiesto y grave y posibilidad de socorrer sin riesgo propio ni de tercero): si el Estado no puede prestar directamente con sus medios el auxilio, se eleva a deber jurídico un deber de virtud.

La solidaridad no deviene por ello en un nuevo título de imputación o de atribución de responsabilidad penal. La responsabilidad *penal* es responsabilidad por el hecho realizado (omitido) y no por lo que se deba hacer.⁴¹ En el delito de omisión del deber de socorrer se responde por la no realización de la acción esperada, la acción preceptuada por el ordenamiento jurídico, cuando el sujeto *puede* actuar sin riesgo propio ni de tercero. En ese *poder*, que se mueve dentro

de la propia esfera de libertad, se halla la base de la imputación, y no en que el comportamiento sea insolidario o no responda al deber de solidaridad. La solidaridad cumple por ello una *función fundadora* del deber pero *meramente complementaria* en el marco del tipo penal —y lo mismo cabe decir, y con mayor razón, respecto de su función en el marco del estado de necesidad agresivo justificante donde está referida al sujeto que debe soportar el daño y no a quien realiza la acción—.

En el delito de omisión de socorro, la solidaridad no es tampoco el bien jurídico protegido. El delito se asienta sobre la juridificación de un deber de virtud, la solidaridad, que es parte de la *ratio legis*. Pero de ello no se deriva en absoluto que sea el bien jurídico protegido. De acuerdo con una concepción material, no metodológica del bien jurídico, cabe decir que el delito se orienta a la protección de los bienes jurídicos individuales en peligro (y que la realización de la acción esperada podría salvaguardar). No es esta una cuestión pacífica en la doctrina, en la que se han sostenido posturas muy diferentes entre sí: desde la consideración de la solidaridad como bien jurídico directamente protegido, o como bien jurídico intermedio para la protección de un bien jurídico individual, pasando por la consideración de que es la seguridad de la vida, la salud o la integridad el objeto de la protección penal, hasta la consideración de que el delito se orienta directamente a la protección de la vida, la salud o la integridad,⁴² sin que falte quien entienda que los bienes individuales son la *ratio* del precepto y la solidaridad del bien jurídico protegido.⁴³

⁴² Ampliamente sobre las diferentes posiciones doctrinales, Molina Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, V. II, Bajo Fernández (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 142 y ss.; Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 30 y ss.; Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 135 y ss.; Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 84 y ss.

Acerca de si el delito se extiende al peligro para otros bienes jurídicos individuales como la libertad, o la autodeterminación sexual, Molina Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, V. II, Bajo Fernández (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 144 y s.; Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 57 y ss.

⁴³ García Albero, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 413 y s.

⁴⁰ Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 640.

⁴¹ Seelmann, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho Penal?”, traduc. por Montiel, en Seelmann, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 82. Acerca de la “responsabilidad por lo que se ha de hacer: el deber del poder”, Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, traduc. por Fernández Retenaga, Herder, Barcelona, 1995, pp. 163 y s.



La solidaridad en tanto deber jurídico, juridificación de un deber de virtud, no está en condiciones de ser un bien jurídico-penal. Su elevación a bien jurídico-penal conduciría a entender el delito como lesión de un deber y a sostener una concepción metodológica, no material, del bien jurídico.⁴⁴ A veces se intenta superar la abstracción, evanescencia y connotaciones morales de la solidaridad, objetivándola en torno a la ayuda o asistencia.⁴⁵ Pero ello lleva a entender que se protegen también los bienes jurídicos individuales en peligro y, en definitiva, a hacer del delito un delito pluriofensivo.

Por el contrario, hacer de los bienes jurídicos individuales el exclusivo objeto de la protección penal, y no de la solidaridad, es acorde con la materialización del bien jurídico. Responde además a la exigencia de que la juridificación del deber de solidaridad —que, a nuestro juicio forma parte de la *ratio legis* del delito— sea limitada: el marco del tipo se restringe al poder dejar fuera del mismo tanto aquellos casos en que el omitente es absolutamente incapaz de controlar o disminuir el peligro por carecer de preparación o de medios como aquellas omisiones insolidarias momentáneas que tienen lugar al comienzo de la aparición del peligro en supuestos en que este se transforma inmediatamente en lesión.⁴⁶

5. Del principio ético-político y jurídico de solidaridad a los bienes jurídicos colectivos de solidaridad: derechos constitucionales y derechos humanos de solidaridad

La aparición de deberes sociales que inciden en la organización política trajo consigo la consagración de la solidaridad como criterio rector de carácter político y jurídico⁴⁷ y el reconocimiento progresivo de

derechos sociales de solidaridad. También las últimas generaciones de derechos humanos son derechos de solidaridad (derecho al medio ambiente, derecho de los pueblos, derecho a la paz...). En los derechos de solidaridad se halla el fundamento de los bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad. El reconocimiento de derechos de solidaridad —y de bienes jurídico-penales colectivos delimitados a partir de ellos— no implica otorgar la supremacía a las concepciones comunitaristas ni la subordinación del individuo a la colectividad. Lejos de ser manifestación de un colectivismo rígido, se trata del reconocimiento de intereses colectivos al servicio de la persona en el marco de un individualismo solidario o de un colectivismo abierto a la autonomía personal.⁴⁸

El constitucionalismo del Estado social, se ha dicho, es un constitucionalismo estructuralmente solidario.⁴⁹ En relación con la Constitución española, podemos distinguir con la doctrina constitucionalista preceptos que responden al principio de solidaridad, aunque en ellos no se mencione expresamente la solidaridad y preceptos en los que la solidaridad sí se menciona expresamente.

En atención a su especial significación a los efectos de fundamentar y delimitar específicos bienes jurídico-penales colectivos, cabe recordar, en primer lugar, que la Constitución española establece en su artículo 33 que la función social de la propiedad delimitará el contenido del derecho a la propiedad privada. La relativización de los derechos privados en atención a su función social es una característica de la solidaridad del Estado social.⁵⁰ El delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social halla en ello su fundamento.

Cabe mencionar también el artículo 31 de la Constitución, que se refiere a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos y a la asignación equitativa de los recursos públicos a través del gasto. Dice el Tribunal Constitucional, como recuerda González Sánchez, que “el principio de solidaridad sirve

⁴⁴ En relación con la vinculación histórica del delito al derecho penal nazi construido en torno a la violación de deberes, Portilla Contreras, “La omisión del deber de socorro”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, p.1666.

⁴⁵ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 296 y s., Portilla Contreras, “La omisión del deber de socorro”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1669.

⁴⁶ Ampliamente, Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 69 y s.

⁴⁷ Así, González Sánchez, *El principio de solidaridad en la*

Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano), Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 28.

⁴⁸ Cortina, “Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad”, *Sistema*, nº 96, 1990, pp. 6 y ss.

⁴⁹ De Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 45.

⁵⁰ Sobre la evolución del derecho de propiedad desde su carácter absoluto hasta la concepción actual, Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 326 y ss.

de orientación al sistema tributario y de fundamento al deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas”, lo que “es algo como decir que constitucionalmente el principio de solidaridad justifica la exigencia de tributos”.⁵¹ En él hallamos la base constitucional del bien jurídico protegido a través de los delitos contra la Hacienda Pública.

Igualmente, cabe recordar lo previsto en el artículo 35.1. de la Constitución sobre el derecho al trabajo, así como principios y derechos sociales de solidaridad entre los que se encuentran, siguiendo la clasificación propuesta por González Sánchez, el principio de política económica, radicado ante todo en los artículos 40 y 131, y una amplia gama de derechos sociales que corresponde garantizar y/o promover a los poderes públicos y que acarrear deberes positivos para los ciudadanos, como el derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos (artículo 41), el derecho a la protección de la salud, (artículo 43), y los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51), entre otros.

Mención aparte merecen el derecho al medio ambiente (artículo 45, que hace referencia a que los poderes públicos se apoyarán a fin de protegerlo en la indispensable solidaridad colectiva),⁵² y el derecho al patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46). En relación con ellos, la Constitución establece mandatos expresos de criminalización.

En estos y otros derechos de solidaridad hallamos las bases constitucionales de específicos bienes jurídicos colectivos.

Pero el marco constitucional mencionado, siendo importante, no es el definitivo marco referencial de los bienes jurídico-penales. En el ámbito de los derechos humanos hallamos también una base imprescindible para la fundamentación de los bienes jurídico-penales, con la ventaja de que dichos derechos no están sujetos al encorsetamiento constitucional y no se verían afectados por una eventual involución constitucional. Esto es aplicable también a la fundamentación de los bienes jurídico-penales colectivos. Los derechos humanos de reciente generación son de-

rechos de solidaridad. Entre ellos se halla el derecho a la paz, los derechos de los pueblos al patrimonio común de la humanidad, al derecho al medio ambiente, etcétera.⁵³

De manera que, a grandes rasgos, cabe distinguir, de un lado, derechos colectivos sociales y otros derechos de solidaridad de base constitucional y, de otro lado, derechos humanos colectivos de solidaridad llamados a encontrar acomodo en el marco constitucional. En todos ellos cabe hallar el referente de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

6. Bienes jurídicos colectivos de solidaridad

Sin pretensión de exhaustividad, señalamos a continuación algunos de los bienes jurídicos colectivos que, a nuestro juicio, pueden ser caracterizados como bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad.

1. Empecemos recordando que la Constitución española requiere que el derecho a la propiedad privada se delimite atendiendo a su función social (artículo 33). En el ámbito del derecho civil, la solidaridad del Estado social trajo consigo la relativización de los derechos privados mediante su función social.⁵⁴ En el derecho penal, ello da lugar a la incriminación de la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (artículo 289 del Código penal). El daño en cosa propia es un delito realizado por el propietario contra la función social de la propiedad, concreción de un interés colectivo de solidaridad.⁵⁵

2. Los delitos contra los consumidores se orientan a la protección de un bien jurídico supraindividual, colectivo, difuso o difundido entre los miembros de la colectividad, distinto de la protección del interés general a la salud y del interés individual del adquirente de bienes económicos. Tal interés se concreta en el interés del colectivo de los consumidores a la veracidad, autenticidad, calidad, cantidad y valor de los productos ofertados en el mercado, y exención de riesgos adicionales.⁵⁶ Como recuerda Torío López,

⁵³ Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 27 y ss., 34 y 232.

⁵⁴ Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, traduc. por Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 90 y s.

⁵⁵ Sobre el bien jurídico protegido con la incriminación de este delito, por todos, Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 412 y ss.

⁵⁶ Así, Torío López, “Reflexión sobre la protección penal

⁵¹ González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 45.

⁵² González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 46 y ss. y 55 y ss., especialmente pp. 60 y ss.

el derecho general de los consumidores se ha desenvuelto como un derecho de lucha o como un derecho de clase dirigido a atribuir al colectivo de los consumidores la posibilidad de controlar la producción, distribución y venta de productos en la sociedad de masas.⁵⁷ La elevación de los consumidores a sujeto central de la sociedad se hallaba en el centro de las teorías económicas y jurídicas del solidarismo,⁵⁸ y aunque el solidarismo no alcanzara su objetivo último de transformar la sociedad capitalista y fuera criticado por la izquierda revolucionaria por demasiado contractualista,⁵⁹ no parece cuestionable que el progresivo reconocimiento de los derechos de los consumidores sea un importante paso adelante referible a los derechos de solidaridad.⁶⁰ Como tampoco parece cuestionable que tales derechos de solidaridad constituyen el referente de los bienes jurídico-penales colectivos, difusos, protegibles a través de la incriminación de los delitos contra los consumidores.

3. Entre los bienes jurídicos colectivos de solidaridad cabe mencionar también aquellos que representan prestaciones básicas del sistema social. Se trata de bienes jurídico-penales que consisten en funciones útiles para el conjunto de la sociedad,⁶¹ como por ejemplo la función recaudatoria o la función de gasto de la Hacienda Pública. La protección penal de funciones plantea problemas.⁶² Por ello requiere una técnica jurídica rigurosa y una precisa descripción típica que contemple las acciones más intolerables que

atenten contra el bien jurídico. Solo los ataques más graves deben tener cabida en los tipos penales.

Los delitos contra la Hacienda Pública permiten observar lo que queremos decir. La funcionalidad de la Hacienda Pública puede ser atacada tanto por comportamientos activos como por comportamientos omisivos que atenten contra la función recaudatoria (fraude fiscal, obstruccionismo fiscal) o contra la función de gasto (fraude de subvenciones). La protección penal de la función recaudatoria y de gasto remite al deber de contribuir al mantenimiento de las cargas públicas y de no atentar contra la justa redistribución de los recursos (y al correlativo derecho social, colectivo, de solidaridad), con independencia de que dichas funciones puedan ser referidas también al interés general a mantener el orden público económico.⁶³ Ahora bien, el recurso al derecho penal se debe limitar a los ataques más graves atendiendo al alcance del comportamiento y, en su caso, a la cuantía de la defraudación.

Lo dicho es válido también para los delitos contra la Seguridad Social. La protección del orden económico y de los derechos de los trabajadores se realiza en este particular sector mediante la incriminación de conductas que atentan contra la función recaudatoria y la función de gasto de la Seguridad Social,⁶⁴ lo que igualmente remite a los derechos de solidaridad.

de los consumidores”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2ª ed., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 143.

⁵⁷ Torío López, “Reflexión sobre la protección penal de los consumidores”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2ª ed., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 140 y s.

⁵⁸ Losano, “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 25 y s.

⁵⁹ Losano, “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 28 y s.

⁶⁰ Ordóñez Solís, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006, pp. 190 y ss.

⁶¹ Sobre la función social de los bienes jurídicos colectivos, es fundamental la obra de Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 231 y ss. y 244 y ss.

⁶² Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo liberal”, en *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Silva Sánchez, ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 116 y 120 y ss.

⁶³ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 901 y ss. Diferenciando entre un bien jurídico mediato y un bien jurídico inmediato, Ferré Olivé, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel (coord.), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2016, pp. 578 y ss. Sobre el debate acerca de la incriminación del fraude de subvenciones y la problemática del bien o bienes jurídicos protegidos con la incriminación de este delito, Asúa Batarrita, “Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boe, Madrid, 1995, pp. 125 y ss., Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 697 y ss., Gómez Rivero, “Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales”, *Revista Penal*, nº 38, 2016, pp. 109 y ss.

⁶⁴ De Vicente Martínez, “El nuevo mapa de los delitos contra la Seguridad Social”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Bacigalupo Saggese, Feijoo Sánchez, Echano Basaldua (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1428 y ss., con especial referencia a los tipos penales orientados a la protección de la función recaudatoria de la Seguridad Social.

4. La protección penal de los derechos de los trabajadores nos lleva asimismo a los principios y derechos de solidaridad. Como señalan Baylos/Terradillos, la Constitución española no solo establece cuáles han de ser los criterios directores de la actuación del Estado en materia laboral, de seguridad social y sindical, sino que también fija “una serie de derechos (arts. 28, 35.1, 37.2), cuya protección compete de modo obligatorio, dado su carácter fundamental, al legislador ordinario”.⁶⁵ Recordemos también que, entre los principios de política social y económica, el artículo 40 de la Constitución establece que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. Pues bien, la protección penal del trabajo —al igual que la constitucionalización del mismo— remite a los derechos de solidaridad y, por tanto, a la solidaridad del Estado social de derecho que, como se ha dicho, no es ya la solidaridad basada en la benevolencia. Los tipos penales no se dirigen a proteger “a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la ‘fuerza de trabajo’” de carácter supraindividual o colectivo.⁶⁶

5. La protección penal del medio ambiente remite asimismo a los derechos colectivos de solidaridad. A efectos de los delitos medioambientales, la solidaridad que al derecho penal le importa es la solidaridad *intrageneracional*. No se trata de proteger penalmente el disfrute del ambiente por las generaciones futuras, sino ya por las generaciones actuales: en el contexto de la trama de la vida,⁶⁷ el interés a no mediatizar la interacción en que esta consiste es un interés de todos en cada momento presente. Ahora bien, la protección debe restringirse mediante la adecuada selección de conductas penalmente significativas. Hay que evitar que la ley dé entrada a delitos de peligro incierto o delitos de riesgo (con la posible excepción de hipó-

tesis extremas de incierto riesgo catastrófico en las que, por lo demás, habría que contar con los posibles sesgos cognitivos vinculados al miedo). Tampoco deben incriminarse acciones insignificantes acudiendo a la técnica de los delitos por acumulación (salvo que se exija que cada acción comporte un peligro posible o hipotético para el medio ambiente, que los efectos acumulativos sean esperables de forma realista y que sea alta la probabilidad de que se realicen nuevas acciones).⁶⁸

6. Cabe plantear también si en específicos delitos contra la seguridad colectiva del Título XVII del Libro II del Código Penal (delitos de riesgo catastrófico, incendios, delitos contra la salud pública y delitos contra la seguridad vial) se dispensa protección directa a intereses supraindividuales que tienen como referente derechos de solidaridad, independientes de los intereses individuales o colectivos que puedan hallarse en su base (vida, salud, integridad física, patrimonio, o medio ambiente). Así, la protección penal de la salud pública, interés o bien jurídico distinto de la salud individual, remitiría a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución a tenor del cual compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública. La doctrina constitucionalista ve en ello el reconocimiento de un derecho social relacionado con el principio de solidaridad.⁶⁹

7. Asimismo, cabe examinar la posible relación entre los derechos de solidaridad y determinados delitos contra la función pública y contra la función jurisdiccional. Superadas las viejas concepciones sobre la protección del deber del cargo o del prestigio de las instituciones, los nuevos delitos contra la Administración Pública y contra la administración de justicia parten de que ambas se hallan al servicio de los ciudadanos e impregnadas del contenido de los derechos.⁷⁰ Que estos sean derechos de solidaridad es

⁶⁵ Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Valladolid, 1997, p. 27.

⁶⁶ Destacan la dimensión colectiva de los bienes jurídicos protegidos a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores, Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Valladolid, 1997, p. 50; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 792 y s. En sentido diverso, a favor de su carácter individual, Ortubay Fuentes, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 78 y ss.

⁶⁷ Alonso Álamo, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Serrano Piedecabras/Demetrio Crepo (dir.), Colex, Madrid, 2010, pp. 161 y ss. y 164 y ss.

⁶⁸ Von Hirsch/Wohlers, “Teoría el bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, traduc. por Spínola Tártalo, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 300 y s.

⁶⁹ González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 49.

⁷⁰ Más ampliamente, Alonso Álamo, “Protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional dentro del marco referencial de los derechos humanos”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Maqueda Abreu/ Martín Lorenzo/ Ventura Püschel (coord.), Servicio de Pu-

una cuestión distinta y problemática, que no puede resolverse en abstracto sino partiendo del examen de los diferentes delitos en particular.

Con carácter general, importa recordar que en los artículos 103 y 117 de la Constitución española se encuentra una base para la protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional.⁷¹ De aquí se derivan las exigencias de objetividad, transparencia, imparcialidad, eficiencia, agilidad, etc., que permitirían hablar de un buen o correcto funcionamiento de la administración. También podrían hallarse bases de la protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional en los derechos humanos de solidaridad. Los derechos humanos de última generación poseen una dimensión colectiva y otra individual. Son derechos colectivos que hacen posible la satisfacción de intereses individuales.⁷² Desde luego que el buen funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de Justicia está llamado a posibilitar la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. De ahí que, como señala Soto Navarro, el titular del bien jurídico no sea el Estado, sino la sociedad, y que, en determinados casos, pueda ser sujeto activo no solo el funcionario sino cualquier particular.⁷³ Pero que la protección penal de las funciones pública y jurisdiccional remita a derechos de solidaridad es algo que solo puede resolverse a partir del examen de los concretos tipos penales. La respuesta a esta cuestión en relación con cada delito particular pasa por el reconocimiento, o no, de que la solidaridad forme parte internamente del “correcto funcio-

namiento” de la Administración, como, por ejemplo, podría suceder en aquellos delitos en los que se espera de los ciudadanos que contribuyan a la eficiencia de la misma.

Ante la imposibilidad de hacer aquí un estudio exhaustivo de la regulación legal, vamos a tomar como base para la ejemplificación de lo que tratamos de decir los delitos de omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Tipificados entre los delitos contra la Administración de Justicia, en el artículo 450 del Código Penal, la regulación se distancia de lo previsto en el artículo 195, de la omisión del deber de socorro, y, aunque la sistemática legal no sea vinculante para el intérprete, sí puede tomarse como punto de partida en el examen del bien jurídico protegido a través de aquellos delitos. Esta es una cuestión discutida. Las posiciones doctrinales van desde entender que se protege el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia hasta entender que se protegen los bienes jurídicos individuales mencionados en el artículo 450 (los afectados por el delito que no se impide o cuya persecución no se promueve), pasando por quienes entienden que se protege la solidaridad humana en situaciones de peligro para bienes personales.⁷⁴

La regulación gira en torno al deber de colaborar con la justicia. Quintero Olivares ve en dicho deber un deber cívico comparable al deber de contribuir a la Hacienda Pública o al de participar en mesas electorales,⁷⁵ lo que, a la vez permite hablar de un deber de solidaridad, distancia sustancialmente estos delitos del de omisión del deber de socorro, pues el reconocimiento de un deber de solidaridad no lleva a que la solidaridad sea el bien jurídico protegido, pero sí abre las puertas a la posible intelección de la función jurisdiccional desde la perspectiva de los derechos de solidaridad.

A nuestro juicio, la solidaridad vendría en consideración en los delitos ahora examinados desde dos puntos de vista que terminan condicionándose mutuamente. Por un lado, el deber de actuar impidiendo

blicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 2016, pp. 421 y ss.

⁷¹ A propósito de los delitos contra la Administración Pública, Asua Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asua Batarrita (ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 20 y ss. En relación con el amplio concepto de Administración Pública en el Código penal italiano, y con las modernas posiciones doctrinales que hacen esfuerzos interpretativos atendiendo a los principios constitucionales, Javato Martín, *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pp. 233 y ss., especialmente p. 237.

⁷² Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 480 y s.

⁷³ Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 265 y ss., donde examina los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia desde la perspectiva del ataque a funciones sociales básicas, útiles para la sociedad en su conjunto.

⁷⁴ Amplia información sobre el debate doctrinal con consideraciones de *lege ferenda*, en Sola Reche, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999, pp. 17 y ss., Rubio Lara, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 3003, pp. 58 y ss.

⁷⁵ Establece este paralelismo Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 10ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 1827.

un delito o promoviendo su persecución es un deber de solidaridad. Por otro lado, la solidaridad informaría internamente el bien jurídico protegido, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. La eficiencia de la Administración de Justicia puede requerir en ocasiones de la colaboración de los ciudadanos; y así como de estos se espera que cumplan con el deber de colaborar, la función jurisdiccional, por su parte, entendida al servicio de los ciudadanos, se hallaría impregnada por el contenido de los derechos de solidaridad. La cuestión no es, por tanto, si se protege la solidaridad o, alternativamente, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. La protección de la Administración de Justicia y de la solidaridad no son intereses que se excluyan entre sí, sino intereses interconectados en el ámbito de estos particulares delitos. Aunque la vinculación no sea tan evidente como en la protección de la función recaudatoria y de gasto de la Hacienda Pública, también en la protección de la función jurisdiccional el bien jurídico remitiría, así, a derechos de solidaridad.

Entendida la solidaridad formando parte, internamente, del bien jurídico colectivo protegido penalmente, es claro que no estaríamos ante la juridificación *ad hoc* de deberes de solidaridad preceptuando la realización de una acción (impedir un delito o promover su persecución) en orden a la preservación de bienes jurídicos individuales; tampoco ante un delito pluriofensivo; sino, lo que es distinto, ante la elevación a bien jurídico colectivo de la función jurisdiccional atendiendo a la imprescindible solidaridad colectiva que no solo se dirige a los ciudadanos, sino que tiñe o colorea la propia función jurisdiccional al servicio de los ciudadanos.

Con todo, es preciso reconocer que el debate viene en alta medida mediatizado por la posición sistemática de estos delitos. Dado que la sistemática legal no es vinculante para el intérprete, se comprende la disparidad de criterios doctrinales sobre el bien jurídico protegido, antes referida, y la discusión sobre la conveniencia de que estos delitos permanezcan entre los delitos contra la Administración de Justicia.

8. Los delitos de genocidio y de lesa humanidad pueden ser referidos también a los derechos de solidaridad, además de a la igual dignidad. La protección del interés a la existencia de grupos o colectivos que se hallan en situación de desventaja es un interés supraindividual, independiente de los bienes jurídicos

individuales que simultáneamente pudieran verse afectados por la acción. Lo mismo cabe decir de los delitos de odio, hoy regulados dentro de los delitos contra la Constitución. Los llamados delitos de odio se orientan, a nuestro juicio, a la protección del interés a la existencia en la diversidad de diferentes grupos o colectivos,⁷⁶ un interés colectivo que parte de la igual dignidad pero que es referible a derechos que miran a la colectividad, caracterizables como derechos de solidaridad.

7. Recapitulación

En síntesis, estas son las posiciones fundamentales mantenidas en este trabajo:

1. El fundamento de la juridificación del deber de solidaridad a efectos penales se diversifica según se trate (a) de la protección de bienes jurídicos individuales (omisión de socorro) o prioritariamente individuales (estado de necesidad), o (b) de la protección de bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

En el primer supuesto (a), la juridificación del deber de virtud se fundamenta en la incapacidad del Estado para salvaguardar un bien jurídico en peligro en el marco del contrato social de la comunidad solidaria.

En el segundo supuesto (b), el deber ético-político de solidaridad se transforma en principio jurídico y en el reconocimiento de deberes y derechos sociales y otros derechos colectivos de solidaridad, en los que descansan los bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad. El reconocimiento tiene lugar en la historia en el marco de los cambios sociales que limitan el poder político afirmando paralelamente los derechos sociales de solidaridad y los derechos fundamentales y humanos de solidaridad.

En ambos supuestos se produce, con singularidades, un encuentro o convergencia de individualismo y colectivismo (individualismo solidario o colectivismo al servicio de la persona).

⁷⁶ Sobre la intelección del bien jurídico protegido en los delitos de odio desde la perspectiva de la dignidad, el honor, la igualdad y el derecho a no ser discriminado, De Pablo Serrano/Tapia Ballesteros, "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", *La Ley*, nº 8911, 2017, pp. 2 y ss. Ni la indeterminada paz pública ni los sentimientos colectivos son apropiados para constituir un bien jurídico-penal. Sobre ello, Alonso Álamo, "Sentimientos y Derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 106, 2012, pp. 81 y s. y 86 y ss.

2. En relación con el estado de necesidad y con la omisión de socorro, hay que estar en una concepción limitada o restringida de la solidaridad en el establecimiento y delimitación de deberes de hacer y de soportar:

- La solidaridad fundamenta el deber de tolerar el daño en situaciones de estado de necesidad agresivo justificante, pero no en supuestos de estado de necesidad agresivo excluyente de la culpabilidad ni en el estado de necesidad defensivo.
- La solidaridad fundamenta el estado de necesidad agresivo justificante, aunque solo en parte: desde la perspectiva del tercero que debe soportar el daño.
- La solidaridad fundamenta el deber de actuar en el delito de omisión del deber general de socorro, pero no en la omisión de deberes positivos especiales u omisiones de garante.

En los casos de estado de necesidad y de omisión de socorro excluidos, por no basarse en la solidaridad, el fundamento del deber (de actuar o de tolerar o soportar un daño) reside en la autolimitación de la propia esfera de libertad por la injerencia o, en su caso, por la posición especial autónomamente asumida.

En las omisiones de garante, tanto en los casos en que el omitente origina culposamente el peligro, como en los que lo origina fortuitamente, se produce una autolimitación de la propia esfera de libertad. En los casos de causación fortuita del peligro, la fundamentación del deber plantea problemas especiales. Pero no pueden considerarse manifestación de responsabilidad objetiva toda vez que no se hace responder al sujeto por la generación fortuita del peligro, sino por la no realización de la acción que el ordenamiento jurídico espera de él tras la generación del peligro.

- La solidaridad no es un nuevo título de imputación o de atribución de responsabilidad penal. La responsabilidad penal es siempre responsabilidad por el actuar dentro de la propia esfera de libertad. En la omisión pura de socorro, la solidaridad es la *ratio* o fundamento *del deber de actuar*, pero la atribución de responsabilidad al

omitente se basa en la voluntaria no realización de la acción esperada.

- El delito de omisión de socorro se orienta a la protección de bienes jurídicos individuales. La solidaridad es fundamento del deber de actuar, pero no bien jurídico protegido. En consecuencia, desempeña una función fundamentadora del deber, meramente complementaria en el marco del tipo penal.

3. Los bienes jurídicos colectivos de solidaridad se conforman a partir del marco referencial de los derechos constitucionales y de los derechos humanos de solidaridad que se reconocen de forma progresiva en la historia.

En los delitos orientados a proteger un bien jurídico colectivo de solidaridad, no se trata tanto de la juridificación de un deber de solidaridad para que se haga o no se haga algo, cuanto de la protección de un bien jurídico-penal que hunde sus raíces en derechos de solidaridad.

Entre los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos que remiten a derechos de solidaridad se hallan: la sustracción de cosa propia a la utilidad social, delitos contra los consumidores, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra el medio ambiente, delitos contra la salud pública, delitos contra las funciones pública y jurisdiccional, delitos de odio, delitos de genocidio y de lesa humanidad...

4. En ningún caso, ni en el delito de omisión pura, ni en los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos referidos a derechos de solidaridad, la solidaridad, en cuanto tal, es objeto de protección jurídica (bien jurídico-penal). En el primero, la solidaridad fundamenta el deber de actuar y en este sentido forma parte de la *ratio legis*, cumpliendo una función complementaria en el seno de un delito orientado a la protección de bienes jurídicos individuales. En los segundos, la solidaridad o, más precisamente, los derechos de solidaridad, son el referente de específicos bienes jurídicos colectivos que se basan en ellos pero que no se identifican con ellos.



Inteligencia artificial y responsabilidad penal



Paz M. de la Cuesta Aguado

Universidad de Cantabria

RESUMEN: La aparición de agentes inteligentes artificiales que pueden realizar conductas socialmente significativas exige prever un código normativo que determine en qué condiciones es admisible la interacción social de tales agentes. El derecho penal está en condiciones de afrontar los problemas iniciales que esa cuestión exige. El código que contiene las instrucciones que regulan la actuación del ente artificial presenta más similitudes de las aparentes con los códigos de conducta que rigen el comportamiento de las personas; y cuando la actuación de un agente artificial pueda ser delictiva, el código no puede obviar los mandatos y prohibiciones penales. El grado de inteligencia que permita superar el “umbral de responsabilidad” del agente artificial inteligente no es una cuestión que corresponda determinar exclusivamente a los programadores.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, responsabilidad penal, software, culpa in vigilando, fuentes de peligro.

ABSTRACT: The emergence of artificial intelligent agents that can perform behaviors socially significant demands require a normative code that determines under what conditions the social interaction of such agents is admissible. Criminal law is able to face the initial problems that that question demands. The code that contains the instructions that regulate the performance of the artificial entity shows more similarities than the apparent ones with the codes of conduct that govern the behavior of the people; and when the action of an artificial agent can be criminal, the code cannot ignore the criminal mandates and prohibitions. The degree of intelligence that allows the intelligent artificial agent to "exceed the threshold of responsibility" is not a question that should be exclusively determined by the programmers.

KEY WORDS: artificial intelligent; criminal liability; software, blame on monitoring, sources of danger.

SUMARIO: 1. Inteligencia, inteligencia artificial y otros conceptos. 2. Mandatos, prohibiciones y código. 3. Principios jurídicos para la inteligencia artificial. 4. Inteligencia artificial y lesión de bienes jurídicos. 5. Sobre la racionalidad en la construcción normativa: normas penales e instrucciones del código. 6. Bibliografía.

1. Inteligencia, inteligencia artificial y otros conceptos¹

I. No es objeto de este trabajo definir qué es la inteligencia, ni siquiera posicionarse sobre ello. Entre otras razones porque el concepto de inteligencia, como característica propia del género humano, dista mucho de ser pacífico, tanto en cuanto a su contenido (¿qué es la inteligencia?) como a su extensión (¿solo son inteligentes los humanos?). No obstante, y con independencia de las dificultades para definir el concepto de *inteligencia (natural)*, a efectos de nuestro trabajo, y con carácter preliminar, definiremos la *inteligencia* a partir de las siguientes habilidades básicas: 1) capacidad para recibir información, 2) capacidad para entender la información recibida —entendiendo por tal la capacidad para hacer utilizable por el agente, en el contexto y en función de objetivos, la información recibida—, 3) capacidad para almacenar la información recibida, 4) capacidad para utilizar la información obtenida y procesada mediante las habilidades anteriores en la resolución de problemas y 5) capacidad para tomar decisiones. En este trabajo designaremos a estas habilidades como *habilidades de la inteligencia*. En la capacidad para recibir información incluiremos la capacidad para comunicarse con otros agentes inteligentes en la medida en que primaremos la obtención de la información en la comunicación sobre otras posibles funciones.

Vaya por delante que en este trabajo no se pretende definir la inteligencia artificial, concepto que forzosamente ha de ser gradual, entendiendo, al menos por tal, la que es “mayor que cero”. Ahora bien, sí interesa al jurista precisar cuándo o con qué grado de inteligencia se supera el “umbral de responsabilidad”, entendiendo por tal aquel en el que el agente artificial puede ser hecho responsable de sus decisiones.

II. El concepto de *inteligencia artificial* hace referencia tanto a una rama de la ciencia de la computación que trata de diseñar agentes artificiales inteligentes como a la inteligencia de tales agentes. Aunque se ha admitido que un agente inteligente artificial es aquel

que es capaz de evaluar las circunstancias y condiciones de su entorno para adoptar decisiones que maximizan sus posibilidades de éxito (Poole, Mackworth, Goebel, 1998).

En este contexto, una decisión racional será aquella no programada que se adopta utilizando la información recibida en función de objetivos o fines, teniendo en cuenta sus condicionamientos previos. Condicionamientos previos serán tanto el *software*, que podría determinar las habilidades de la inteligencia, el ámbito de actuación y los objetivos del agente, entre otros, así como el *hardware*, su cuerpo físico, que forzosamente limita su capacidad de actuación. A estos efectos, y con independencia de este último factor —*hardware*—, la inteligencia no es absoluta, sino graduable.

La calificación como *racional* de una decisión implica que es adecuada o funcional, que está orientada a objetivos o fines predeterminados. A nuestros efectos, un objetivo marcará la producción de un resultado concreto y predeterminado, de configuración fija y estable (por ejemplo: arar la finca “F” de perímetro delimitado y características físicas concretas o resolver un problema matemático concreto). Un fin será aquel que determina una valoración positiva y propone un modelo a alcanzar en un conjunto de actuaciones (por ejemplo: bajar el nivel de la temperatura del agua, evitar choques frontales en vuelos, etc.). Los objetivos están orientados a fines, pero tanto la obtención de fines como la obtención de objetivos pueden exigir el diseño de estrategias.

El fin preseleccionado orienta la actuación del agente inteligente a partir de valores, que convierten el fin en algo *valorable* como positivo o negativo. En este sentido, tiende a presumirse que los fines son buenos y calificarse de irracional la conducta que no tiende a ellos. De ahí la necesidad de determinar, de la forma más objetiva y desvalorada posible, el fin (u objetivo) que en el caso concreto persigue directamente el agente con su conducta para poder afirmar si la conducta es racional o no —de forma independiente a la valoración positiva o negativa que se realice de dicho fin u objetivo—.

Una decisión autónoma será la que se adopta por propio el agente, que es capaz de dirigir su comportamiento o el de otros con su decisión. En una primera acepción, *autonomía* hace referencia a la capacidad de actuación sin intervenciones externas o, en este

¹ Esta investigación se ha desarrollado en el seno del Proyecto de Investigación I+D DER2013-42712-P: “Inteligencia artificial: pautas de conducta y modelos normativos (sobre un código de conducta para entes inteligentes no humanos)”. Agradezco las sugerencias, los debates y las aportaciones a Javier A. Díez de la Cuestadron.



caso, humanas. Sin embargo, quizá sea conveniente utilizar (o construir) un concepto normativo de autonomía que haga referencia a la posibilidad de definir las propias relaciones o la propia conducta (en paralelo con lo que en derecho sería la *autonomía de la voluntad*). Esta precisión tiene como objeto excluir del concepto de *conducta autónoma* la del autómeta que para realizar su tarea no requiere apoyo externo.

La autonomía de la decisión, así entendida, hace referencia a la opción por una conducta en concreto entre una o varias alternativas de conductas posibles, pero, en principio, no hace referencia a la autonomía en la decisión de los fines o los objetivos, aunque cabe también una decisión autónoma sobre fines u objetivos, por supuesto. Pero de momento, y dado el estado de la ciencia, cuando nos refiramos a decisiones autónomas estaremos haciendo referencia a autonomía en cuanto a la conducta o comportamiento más adecuado a un fin u objetivo, excluyendo la autonomía de la decisión sobre el fin o el objetivo. Con ello estamos limitando el análisis a problemas en los que los fines u objetivos han sido fijados de forma externa al agente artificial inteligente y, como consecuencia, se implica a una persona (o a varias) en la toma de decisiones —dado que los fines u objetivos condicionan la decisión racional y autónoma del agente— y, con ello, se le hace responder también por las consecuencias de los actos del agente artificial. La medida de tal responsabilidad y los títulos en los que se fundamenta deberán ser objeto de estudio y concreción, pero no excluirá y podrá verse afectada, al menos en el ámbito teórico y de momento, la responsabilidad del agente artificial por su propia decisión. Habrá que dilucidar, en este punto, cuándo el agente artificial deja de ser un mero instrumento (en el sentido jurídico-penal del término) para dar paso a nuevas formas de autoría distintas a una, *mutatis mutandis*, autoría mediata clásica.

Por ejemplo, un robot para el control de fronteras que tiene la orden de disparar cada vez que detecte en una franja de tierra a personas en movimiento es autónomo, en el sentido de que puede actuar sin intervención externa, pero no es inteligente. La autonomía relacionada con la inteligencia es aquella que permite decidir al robot qué debe hacer según las circunstancias, con la posibilidad, incluso, de adoptar comportamientos que no han sido predeterminados en su *software*. Esta autonomía, que abriría el paso a la res-

ponsabilidad, es la derivada de la libertad de decisión como concepto contrario al de necesidad de decisión.

III. En la actualidad existen ya agentes artificiales inteligentes que adoptan decisiones de comportamiento para la consecución de objetivos, en función de fines predeterminados y en atención a las circunstancias. Estas decisiones son autónomas, lo que significa que no dependen de la autorización o control —individualizado para cada conducta— de una persona y pueden dar lugar a consecuencias que, de deberse a una conducta humana, podrían acarrear responsabilidad civil e incluso penal y que, desde luego, son admitidas como válidas y plenamente eficaces en el tráfico jurídico.

Este tipo de agentes inteligentes que adoptan decisiones y aprenden de su propia “experiencia” son comunes no solo en el ámbito industrial, sino incluso en el cotidiano de los ordenadores personales, donde cada vez más programas “aprenden” de las instrucciones y correcciones que van recibiendo —caso, por ejemplo, de los diccionarios y autocorrección en los procesadores de texto—. Bien es verdad que estos agentes inteligentes, en la actualidad, limitan su capacidad de actuación y aprendizaje a un número reducido de tareas, cuando no a una tarea única, si bien, un objetivo cercano es diseñar protocolos de comunicación que permitan dialogar a distintos agentes inteligentes, bien que sean idénticos o con la misma función, bien con distintas funciones en un proceso industrial o de otro tipo. La inteligencia artificial, en este momento tecnológico, trata de consolidar la comunicación entre agentes inteligentes y la *inteligencia artificial general* —que trata de reproducir o imitar la inteligencia humana y con ello su libertad (entendida como posibilidad de decidir entre diversas alternativas)—, es un reto aún no al alcance de la mano).

IV. La aparición de agentes artificiales inteligentes que pueden decidir autónomamente ejecutar —o hace ejecutar a otros— acciones u omisiones parcialmente predeterminadas (las decisiones) por los fines (Balke/Eimann, 2008) u objetivos marcados, que son capaces de aprender y, a partir de ese aprendizaje, también autónomo, configurar de nuevo parcialmente, nuevas estrategias y adoptar ciertas decisiones directamente derivadas de su aprendizaje o condicionadas

Inteligencia artificial y responsabilidad penal

por este, y que, como consecuencia, pueden llegar a realizar conductas socialmente significativas, abre un complejo campo de estudio y plantea numerosas cuestiones —de toda índole pero muchas con trascendencia jurídica— que, sin duda, se irán dilucidando a medida que dichos agentes artificiales inteligentes vayan desarrollando actuaciones (comportamientos) que impliquen a terceros. Algunas novedades normativas, sin embargo, ya se han ido produciendo en los ordenamientos comparados y, específicamente, en el nuestro.

A) Ejemplo de ello es el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, *de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (corrección de errores publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* —boe— 167 de 10 de julio), que entre medidas de muy diversa índole regula en España el uso de RPA (por sus siglas en inglés, *Remotely Piloted Aircraft*) o UAV (por sus siglas en inglés, *Unmanned Aerial Vehicle*), los drones (Diez de la Cuesta, 2008).

En general, se utiliza tanto el término dron —en español, preferido en Internet— como *drone* —en inglés literalmente “zángano”—. La RAE ha acogido ya el término en español *dron* para designar “aeronaves no tripuladas”. En plural, *drones*, es utilizado por el citado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, para referirse a vehículos aéreos no tripulados —RPAS (por sus siglas en inglés, *Remotely Piloted Aircraft*) o UAVS (por sus siglas en inglés, *Unmanned Aerial Vehicle*)— con forma de aeronave.

El Real Decreto-Ley define a los drones como “aeronaves civiles pilotadas por control remoto” —excluyendo, por tanto, a aquellos drones que vuelan de forma autónoma, una vez definidos el punto de despegue y de aterrizaje— y autoriza su uso cuando su peso es inferior a los 150 Kg o, aún con peso superior, si están destinados “a la realización de actividades de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento, dado que, en general, el resto estarían sujetas a la normativa de la Unión Europea”. Con independencia de otras cuestiones, entre ellas el propio concepto de dron o *uav*, esta norma se destina a regular las condiciones de uso de las máquinas (cuya regulación más concreta remite a un reglamento) y atribuye la responsabilidad por daños causados por la operación o la aeronave, así como la eventual responsabilidad frente

a la Administración Pública por incumplimiento de la normativa aplicable, al operador “que es, en todo caso, el responsable de la aeronave y de la operación” (art. 50 RDL 8/2014, de 4 de julio). Como consecuencia, se plantean tres posibles modalidades de responsabilidad penal:

- Responsabilidad personal por acciones o daños u otros resultados típicos, cuando la aeronave actúe bajo control de una persona.
- Responsabilidad personal por acciones o daños u otros resultados típicos, cuando la aeronave actúe dirigida por una persona, pero en la decisión en concreto hayan intervenido factores ajenos a la persona que dirige, que desarrolla el *software* u otras.
- Responsabilidad personal por acciones o daños u otros resultados típicos, cuando la aeronave actúe autónomamente, en este caso, con dos subvariantes:
 - como consecuencia de errores, déficits o deficiencias de cualquier tipo en el *software* que establece fines, objetivos, límites y condiciones que incidieron en la toma de decisiones;
 - subsidiariamente, cuando no concurriere el supuesto anterior, por la decisión autónoma y derivada del propio aprendizaje de la aeronave.

B) En un ámbito completamente distinto, pero con problemas no tan alejados, aunque con una trascendencia mayor, en principio, en el ámbito mercantil (pero como consecuencia eventualmente también penal, en este caso por delitos contra el patrimonio, revelación de datos protegidos, delitos contra los derechos económicos de los consumidores, etc.), agentes artificiales gestionan las páginas web de *bancos online* a través de las cuales se puede realizar todo tipo de operaciones, incluso de alto riesgo: transferencias, depósitos, contratación de deuda pública, adquisición de acciones o derivados y un largo etcétera de operaciones bancarias y bursátiles. Al margen de otras cuestiones, el agente artificial que interacciona con los clientes (consumidores) adopta decisiones con trascendencia jurídica (acepta depósitos a determinado interés, realiza transferencias, gestiona pagos o presenta declaraciones a modo de intermediario ante organismos públicos y, por supuesto, detrae comisiones, calcula y paga (o no) intereses, etc.). Aquí

también será preciso analizar, como en el supuesto anterior, las distintas modalidades posibles de responsabilidad personal como consecuencia de decisiones adoptadas autónomamente por el agente artificial.

C) Finalmente, en octubre de 2018, los periódicos internacionales se hicieron eco de algunos intentos de determinar “los comportamientos morales” que debían adoptar los coches autónomos en caso de riesgo para las personas. La cuestión, planteada desde el desconocimiento del derecho, como una cuestión moral, es un problema de estado de necesidad: en caso de que el coche autónomo tenga que decidir entre matar a A o a B, ¿cómo debe actuar? Se procedió a encuestar a un alto número de personas que dijeron lo que, efectivamente, tuvieron a bien. Y quiero pensar que con ello se trató de hacer llegar a la sociedad la certeza de que estos vehículos también pueden matar. Porque lo contrario, es decir, creer que con una encuesta van a resolver un problema tan antiguo como el de la Tabla de Carnéades, sería terrible para la especie humana.

Pues bien, con todo ello, quiero poner de manifiesto cómo la implementación de tecnología inteligente va a implicar, también, al derecho penal de una forma, además, probablemente más profunda de lo que, en un principio, podría parecer.

2. Mandatos, prohibiciones y código

I. El derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, tiene entre sus funciones principales, por un lado, fijar normativamente conductas (y en tal sentido, como ciencia, es una ciencia normativa) y, por otro, imputar delitos y exigir responsabilidad. Desde esta perspectiva, el derecho penal tiene como objetivo establecer pautas de conducta correctas o, en términos jurídicos, acordes con las previsiones normativas (desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos y con los límites materiales y formales enunciados por la ciencia penal), y diseñar consecuencias jurídicas —sancionadoras o preventivas— a imponer cuando se infrinja la norma que establece la pauta de conducta —o dicho de otro modo: cuando la conducta individual se aparte de la pauta diseñada normativamente—.

Con todas las salvedades que tan esquemática y focalizada exposición implica, conviene recordar y resaltar precisamente estas funciones del derecho y

la ciencia penal, que son de trascendental importancia para este discurso. Por un lado, porque si entes inteligentes artificiales interactúan con la sociedad o personas —o cuando lo hagan— pueden, con su comportamiento, lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, lo que exige reflexionar sobre el segundo aspecto anteriormente enunciado: la exigencia de responsabilidad penal (en el sentido más amplio del término).

Pero, por otro lado, en cuanto que ciencia normativa, cuyo objeto son normas (jurídicas, pero normas), las aportaciones de la dogmática penal pueden muy bien ser utilizables en el ámbito *tecnológico*. Y me explico: si los entes artificiales inteligentes *actúan* o *realizan comportamientos* con significado social, su *comportamiento* y *actuación* habrán de adecuarse a normas. Esta adecuación normativa del comportamiento tiene aún un doble aspecto; o mejor: implica normas funcionalmente distintas.

Así, y en el ámbito estrictamente tecnológico, será preciso diseñar pautas de comportamiento que predeterminen qué tiene que hacer el ente inteligente artificial. Estas (pautas), dependiendo de las habilidades y estado de la técnica, funciones encomendadas, etc., pueden ser muy complejas y serán las que se incorporarán al *software* como instrucciones u órdenes de actuación. Entre estas pautas de conducta habrá algunas que no tendrán por objeto exclusivo la determinación de la actuación del agente para la directa y simple consecución de un objetivo, sino que junto a estas —órdenes directas— será necesario incluir otras pautas de conducta que indiquen cómo actuar ante eventuales cambios de circunstancias. La complejidad de dichas órdenes, instrucciones o comandos que contengan pautas de conducta se incrementará exponencialmente en función de la capacidad de actuación del ente, y, cuando la capacidad de actuación implique muy diversos factores, las órdenes deberán incluir excepciones.

En este sentido, el *software* contiene un conjunto de instrucciones —código de instrucciones— que posibilita y (pre)determina el comportamiento del agente (si bien, cuando se trate de agentes inteligentes tal predeterminación no puede ser absoluta). En este sentido, el *software* aparece como un sistema normativo de pautas de conducta que pueden generar comportamientos con trascendencia social.

Volviendo a uno de los ejemplos anteriores, recurramos de nuevo a un dron o UAV que tiene capacidad

para volar desde el punto A hasta el punto B de forma autónoma y sin control remoto. Esta capacidad de vuelo implica que el dron, una vez recibida la orden de vuelo e iniciado este, tiene que ejercitar su inteligencia, recurriendo a sus habilidades. Así, tomará datos de las circunstancias en que se desarrolla el vuelo —estado meteorológico, estado del territorio que se sobrevuela, etc.—, las procesará y utilizará para definir su propio vuelo (altura, velocidad, incluso trayectoria, entre otras), lo que implica que ha de adoptar decisiones que no están absolutamente predeterminadas o que no lo están con carácter necesario. Pues bien, el *software* que le permita ejecutar la orden “¡vuela de A hasta B!” incluye un complejo conjunto de normas: por ejemplo, “mide la velocidad del viento”, que incluyen a su vez “abre las puertas del compartimiento donde se encuentra el anemómetro”, “conecta electricidad al anemómetro”, “cuenta las vueltas que da el anemómetro”, y otras como “a partir de X mantente a la distancia Y del suelo”, “con velocidad de viento X, viaja a velocidad Y”, etc. Estas normas, que predeterminan la actuación del dron, no solo serán formuladas en sentido positivo (al estilo de los mandatos en la Teoría de las Normas), sino que en ocasiones habrán de incluir prohibiciones o excepciones (permisos). Las prohibiciones son normas que impiden la actuación y vincularán el comportamiento del UAV, el cual no podrá actuar en contra de ellas. En este sentido, los límites de velocidad, por ejemplo, son normas prohibitivas (“¡no superes los 200 km/h!”), “¡no vuelas por debajo de 50 km/h!”). Pero, junto a estas normas de actuación absolutas, caben también normas de actuación regidas por lógica difusa, que permitirá graduar parámetros de actuación en función de circunstancias (por ejemplo, las que determinen que el cálculo de la altura a la que volará el dron, una vez alcanzada la velocidad de crucero, dependerá de los factores X, Y, Z, en proporciones dadas).

Por otro lado, también y todavía en el ámbito estrictamente técnico —en el sentido relacionado con el vuelo del UAV—, se puede necesitar introducir excepciones a las pautas de conducta establecidas como primarias. Las excepciones permiten excluir, en función de las circunstancias, un mandato o una prohibición o introducir una variable de comportamiento según el caso. Siguiendo con nuestro ejemplo, la orden “¡vuela de A hasta B!” es la puesta en marcha de un conjunto de normas de actuación que permitirán al

UAV volar desde A hasta B. Pero, si el UAV ha de tener en cuenta las circunstancias, y puesto que estas son imprevisibles, habrá de incluir normas de actuación según las circunstancias, lo que introduce márgenes de —llamémosle— discrecionalidades y riesgos que habrán de haber sido previstas. Así, por ejemplo, el código normativo incluido en el *software* deberá prever qué debe hacer el UAV cuando en pleno vuelo detecte que una paloma se cruzará en su camino. No parece difícil encontrar la solución. Es muy posible que el lector ya haya previsto que, en ese caso, el UAV debe alterar su trayectoria para evitar la colisión (por razones muy diversas que pueden ir desde las ecológicas a las meramente técnicas —evitar que las plumas entren en el motor—). De modo que, si el código normativo del UAV contenía una norma similar a “utiliza la línea directa para unir el punto de partida y el punto de destino”, ahora habrá de incluir otra norma que permita excepcionar a la anterior, por ejemplo: “si en tu trayectoria hay riesgo de colisión con otro objeto que vuelva, altera la trayectoria subiendo 2 metros de altura”.

II. Tenemos entonces, y aún no hemos prácticamente empezado, un complejo conjunto de pautas de conducta que configura el “código” de instrucciones que posibilitan la realización de las tareas específicas que tiene encomendadas o para las que tiene competencia el agente. Traducido al lenguaje propio de los juristas, las instrucciones son normas que contienen pautas de conducta, y el conjunto de instrucciones o código es un sistema normativo.

La dogmática penal distingue, a estos efectos, entre normas primarias y normas secundarias. Normas primarias son las que contienen pautas de conducta (mandatos o prohibiciones), y las secundarias van dirigidas al operador jurídico que ha de imponer una consecuencia jurídica cuando se produzca el incumplimiento. A los efectos que estamos analizando ahora, ciertamente las normas secundarias carecen de interés; no así las normas primarias, deducidas implícitamente de aquellas (secundarias) que dirigen y ordenan el comportamiento humano. Junto a estas normas primarias que ordenan o prohíben una conducta, se sitúan los permisos —si bien existe un amplio debate acerca de la naturaleza de los mismos— que facultan para infringir un mandato o prohibición

o para decidir sobre su vigencia en caso de conflicto entre ellos.

Este esquema normativo es útil también para explicar el contenido de los códigos que conforman el *software*. Ciertamente y en abstracto, habrá instrucciones que no tengan, al menos de forma directa y aislada, trascendencia a efectos sociales. Otras, sin embargo, en la medida en que impliquen decisiones que pueden afectar a valores reconocidos y protegidos socialmente, merecen un mayor análisis desde una perspectiva jurídica. En cualquier caso, y antes de continuar, cuando se produzca una lesión o daño con trascendencia jurídica (siquiera a efectos civiles) la determinación de la responsabilidad puede venir desde la redacción de instrucciones simples aparentemente alejadas de la toma de decisión, pero que la condicionan (por ejemplo, una inadecuada instrucción sobre el conteo de vueltas de anemómetro, puede dar lugar en un error en la apreciación de la velocidad del aire y de ahí derivar una decisión de vuelo inadecuada a las circunstancias que puede dar lugar a una colisión).

Actualmente, las normas o instrucciones que se contienen en el código o *software* son normas expresas, en el sentido de que si no existe una norma expresa que habilite una actuación, en principio la máquina no realizará la conducta. Puede haber, sin embargo, varios motivos que hagan que esto no sea así: que aunque no haya una norma expresa la conducta se realice. Los motivos pueden ser una inestabilidad del sistema (derivada de un código defectuoso), un ataque externo que consiga la ejecución aleatoria o no de código no deseado o un simple *bug* (código defectuoso propio de la tarea). Todo ello remite de forma directa o indirecta al problema del error humano. A medida que se avance hacia una inteligencia artificial general, la complejidad del código (*software*) irá aumentando, lo que lo acercará a los sistemas normativos en los que no solo caben normas expresas, sino también tácitas, derivadas de aquellas o de un conjunto de ellas (de normas expresas o tácitas).

Las excepciones o permisos —limitaciones o alteraciones de las normas primarias— pueden deberse a cuestiones técnicas (para evitar calentamiento excesivo del motor, etc.) o a razones que pueden tener que ver con el objetivo (aterrizar en B) o con la interacción que la consecución del objetivo implica con terceros (evitar una zona poblada). La interacción con

terceros (sociedad, personas) implica la jerarquización normativa no ya en función de razones técnicas, sino de valores que actúan como fines. Pero, con independencia del interés social en la predeterminación de los valores —cuestión en la que ahora no vamos a entrar—, la mera coordinación normativa entre normas primarias que contienen órdenes o prohibiciones es muy compleja. En primer lugar, porque las prohibiciones normalmente llevarán asociada una pauta de conducta alternativa —lo que de hecho puede tener como consecuencia su inexistencia expresa—. Y, en segundo lugar, porque la determinación exacta del momento en que una norma primaria ha de ser infringida y con qué intensidad es algo que requiere una valoración, lo que, pese a los siglos de práctica, sigue originando importantes problemas en los tribunales.

3. Principios jurídico para la inteligencia artificial

Los cambios tecnológicos no siempre implican cambios éticos; la utilización de nuevas tecnologías basadas en algoritmos inteligentes con capacidad de aprendizaje, tampoco. Pero, cuando un agente inteligente —con capacidad de aprendizaje— realiza actividades o tareas cognitivas con trascendencia social debe estar sometido a los criterios éticos y jurídicos —criterios orientados a valores— propios de la sociedad humana. Entre estos valores, Bostrom y Yudkowsky (2011) consideran imprescindibles los siguientes: transparencia en la actuación (*transparency*) —de forma que se conozca por qué criterios se rige en la toma de decisiones— y posibilidad efectiva de comprobación de la puesta en práctica de tales criterios, así como de someter a control los resultados (*auditability*); previsibilidad en las decisiones que afecten a personas (*predictability*) —en el sentido en que los penalistas entendemos el principio de seguridad jurídica—, invulnerabilidad (*incorruptibility*) —fortaleza frente a posibles manipulaciones del *software*, en el sentido de seguridad informática—, y posibilidad de identificar a “la persona responsable” (*responsibility*), y, finalmente, tendencia a no perjudicar a terceros (*a tendency to not make innocent victims* —Bostrom/Yudkowsky, 2011—).

En definitiva, todos son criterios o principios que también son exigibles *mutatis mutandis* a las personas que desarrollan su actividad en el ámbito social, y cuyas conductas pueden afectar a otras personas. De en-

Inteligencia artificial y responsabilidad penal

tre todos ellos, y a los efectos que ahora nos interesan, conviene destacar cómo en este pequeño catálogo que hemos detallado —y que no pretende agotar todos los posibles principios de actuación ética de un agente inteligente— se traslada la responsabilidad por la decisión que adopta el agente inteligente a personas que responderán de los perjuicios por él causados. Al margen de otras cuestiones, esta responsabilidad de las personas abre dos importantes cuestiones: la primera sería la identificación de la persona responsable (¿el programador?, ¿el gestor?). En relación con los UAV o drones, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por trasladar, a efectos administrativos, la responsabilidad al operador, en la medida en que los considera aeronaves, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que solo regula los drones dirigidos por control remoto. Ahora bien, a efectos penales esta atribución de responsabilidad es insuficiente —incluso aunque solo se trata de aeronaves que funcionan por control remoto, pero, sobre todo, cuando no sea así—.

Es insuficiente porque el gestor (operador, en el caso del dron) recibe a su vez un producto —en términos mercantiles— construido por otra u otras personas. Como consecuencia, a efectos penales, la responsabilidad por el producto se compone de círculos de responsabilidad individual, compartida parcialmente, o no, en función de los propios ámbitos de competencia de cada uno de los intervinientes en la fabricación y uso del producto. Pero, junto a ello, será necesario reflexionar sobre la responsabilidad penal por resultados lesivos típicos que sean consecuencia de errores humanos. El problema de la relevancia penal del error humano es un problema propio de la *sociedad del riesgo* y ya se ha planteado en relación con otras materias, por ejemplo, con el uso pacífico de energía nuclear. Pues bien, en estos casos, confluyen distintas “responsabilidades” individuales (De la Cuesta Aguado, 2016):

- responsabilidad de quien comete el error en su ámbito de competencia, que puede implicar errores de distintas personas;
- responsabilidad por *culpa in vigilando*, y
- responsabilidad derivada de la creación o uso de una fuente de peligro.

La especialidad de este caso deriva de que un error humano puede ser potenciado como consecuencia de la capacidad de decisión del agente. Esto es es-

pecialmente evidente en relación con el *software* que contiene errores en el código —defectuoso o incompleto—. Todo ello exige profundizar en la dogmática del riesgo, así como en modelos (garantistas) más completos de responsabilidad por el producto.

La segunda gran cuestión en torno a la exigencia de la responsabilidad penal por los daños, lesiones o, en general, resultados —de momento— delictivos nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad por el producto. Efectivamente, el agente artificial podría ser considerado, en el sentido antedicho, como *dependiente* de la responsabilidad de una persona, pero las exigencias que en los últimos 20 años se han venido formulando respecto de productores y agentes que, en general, colocan productos en el mercado, probablemente debieran ser revisadas para definir respuestas satisfactorias para los problemas previsiblemente planteados en estos nuevos ámbitos. Entre otras razones —aunque no solo— por la trascendencia posible de errores humanos de consecuencias previsibles o imprevisibles.

Además de lo anterior —y aquí se abre un nuevo frente en el derecho penal— respecto de algoritmos con capacidad de aprendizaje y decisión, el control de calidad ha de ser riguroso y exhaustivo, lo que exigirá reflexionar y prever los parámetros de seguridad en dicho control de calidad y, probablemente, con base en ellos, fundamentar nuevas modalidades de exigencia de responsabilidad penal —en una construcción, si no similar, sí con muchos paralelismos con la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas—.

Las cuestiones sobre las que estamos reflexionando ponen de manifiesto que, si bien con distinta terminología, los problemas que se han de plantear en relación con la interacción con agentes artificiales inteligentes han de ser muy parecidos a los que se plantean en la interacción social. Ello es así sobre todo en aquellos supuestos en que “suplantaren” a una persona; es decir, cuando el agente artificial realizare actuaciones que comprometieren a personas físicas o jurídicas, en la medida en que el agente participa como sujeto (por sí o por otro) en la sociedad. Esta situación es fácilmente comprobable en relación con los “agentes informáticos” (Balke/Torsten, 2008) que contratan servicios bancarios con particulares (*web* de bancos *online*, por ejemplo), tal como hemos visto.



Cierto es que una cosa es admitir que un agente artificial pueda participar como agente (sujeto) en el mercado y otra muy distinta que la responsabilidad de su actuación, además de trascenderle, genere responsabilidad para él mismo. Debate similar, de nuevo, ha sido el mantenido durante años en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien las razones que llevaron a generalizar en el derecho continental su responsabilidad penal no tienen por qué ser susceptibles de extensión al ámbito de la inteligencia artificial.

4. Inteligencia artificial y lesión de bienes jurídicos

Havelly (2010) utiliza como ejemplo un caso supuestamente sucedido en Japón en 1981, en el que un operario de una cadena de montaje trabajaba junto a un agente artificial inteligente que, en un momento determinado, decidió que el trabajador era una amenaza para su trabajo y lo mató. Utilizando este ejemplo nos planteamos varias cuestiones. De ser cierto, parece evidente que el código de conducta del agente artificial no contenía norma alguna que hiciera referencia a la necesidad de, en caso de conflicto, primar un comportamiento frente a otro.

Si el agente inteligente ha de enfrentarse a una realidad cambiante —y así ha de ser, pues en caso contrario no sería necesario que lo fuera (inteligente)— podrá encontrarse ante supuestos en los que tenga la posibilidad de decidir entre distintas pautas de conducta o deba decidir entre un mal y otro. La despersonalización que implica la reflexión sobre agentes *no sujetos de derecho* (o sea, personas) puede facilitar un “movimiento de puertas giratorias” entre la dogmática “para la inteligencia artificial” y la dogmática “para las personas”.

En cualquier caso, la primera tarea será la de diseñar las pautas de conducta —o explicar por qué no se debe imponer ninguna— que deben regir la toma de decisiones de estos agentes inteligentes cuando su actuación o los hechos que ejecutan tengan relevancia social.

La simplicidad de la cuestión tan solo es aparente (tanto desde la perspectiva humana como desde la perspectiva artificial) y, de hecho, en algo tan aparentemente sencillo como decidir sobre la legítima defensa (entre personas) se han vertido ríos de tinta

y es más que dudoso que se pueda predeterminar la decisión judicial en un caso en concreto. Más aún, la aparentemente simple regla que permite la legítima defensa del artículo 20.4 del Código Penal español o el artículo 15.4 del Código Penal Federal de México va acompañada de un conjunto de “reglas” de aplicación de construcción doctrinal o jurisprudencial, por lo que en sí misma es de una enorme complejidad y, de hecho, prácticamente desconocida por los ciudadanos. Pero si tuviéramos que enunciar sistemáticamente los permisos —y sus graduaciones— que regulan la defensa permitida, el código de instrucciones sería sumamente complejo.

Veámoslo con ejemplos: uno de los ámbitos donde mayor es el desarrollo y el interés por la inteligencia artificial es el de la gestión de la seguridad. Un agente inteligente artificial que deba tomar decisiones que afecten a bienes jurídicos de personas —libertad, intimidad, salud o vida— necesita unas pautas de conducta claramente definidas, pero que resuelvan, también sin ningún género de dudas —o con las menores dudas posibles—, las situaciones de conflicto. Pero el diseño de estas pautas de conducta no es, en absoluto, simple; sobre todo si se observan las ambigüedades de que adolece, por ejemplo, la regulación que determina las competencias y habilitaciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las sucesivas leyes de seguridad ciudadana en relación con el Código Penal. Las dificultades con que se encuentran las autoridades y agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para determinar en cada caso concreto dónde están los límites entre sus competencias y los ámbitos de libertad del ciudadano ponen de manifiesto las dificultades para diseñar modelos que no requieran valoración —y en ese sentido “seguros”— de comportamiento.

Aunque pudiera parecer excesivamente literario, lo cierto es que algunos Estados ya están invirtiendo en la formación de “robots” inteligentes para la gestión de la seguridad o para evitar bajas personales en caso de conflicto armado (robot-soldado), sin perjuicio de los drones o aeronaves no tripuladas con fines diversos, entre otros, los de ejecutar decisiones que implican la muerte de personas (ejecuciones, en otros términos). Y, de hecho, ya existen agentes con inteligencia artificial que pueden tomar algunas decisiones y que se utilizan en casos de conflicto armado, sin que haya quedado muy claro en la información —escasí-

Inteligencia artificial y responsabilidad penal

sima— ofrecida a la opinión pública en qué medida la decisión de algunos medios de ataque o espionaje depende totalmente de un controlador humano.

Para la resolución de estos conflictos la lógica jurídica, deóntica, difusa o cualquier otro tipo de lógica no han encontrado solución única porque de alguna forma requiere un juicio de valor que implica dos posibilidades de conducta enfrentadas y vinculadas a dos normas de conducta (mandato y excepción) y un valor (al menos).

5. Sobre la racionalidad en la construcción normativa: normas penales e instrucciones del código

He tratado, hasta aquí, de ir poniendo de manifiesto las similitudes entre los problemas que pueden surgir a la hora de definir instrucciones para un agente inteligente y la tarea propia del derecho y la ciencia penal. El derecho penal es un conjunto sistemático de normas que establecen pautas de conducta (teleológicamente orientadas, lo que implica su asociación a un sistema de valores e imperativamente impuestas). Bien es cierto que el término *norma* en derecho penal es polivalente y debe entenderse por el contexto. En esta investigación las “normas” que nos interesan son las que definen pautas de conducta: las normas primarias y las proposiciones permisivas.

La teoría de las normas —marco teórico que trata de explicar las normas primarias, dirigidas al ciudadano— es uno de los campos de la dogmática penal más difícil y que ha merecido una menor reflexión en los últimos tiempos. Sin embargo, en la configuración de la teoría general del delito ha ocupado un lugar primordial, y las aportaciones y reflexiones que han servido en el ámbito penal probablemente puedan ser aplicables no con fines estrictamente académicos, sino con la finalidad de obtener modelos de normas (en el sentido de estructuras formales para transmitir mandatos o prohibiciones) a códigos de instrucciones encargados de definir pautas de conducta para agentes con inteligencia artificial.

La dogmática penal aparece, así, como la ciencia con los instrumentos teóricos más precisos y con la mayor experiencia para abordar el problema planteado. Ahora bien, las investigaciones y publicaciones sobre delitos o delincuencia informática se han centrado mayoritariamente en la revisión de modalidades

de delitos clásicos que han utilizado medios informáticos o Internet para su expansión, difusión o como medio de ejecución del delito y en el análisis de nuevas modalidades típicas relacionadas con medios informáticos. Desde una perspectiva criminológica han acaparado la atención el estudio del fenómeno *hacker* y del *ciberterrorismo* —incluyendo también aquí el terrorismo tradicional que utiliza, para su difusión o en su beneficio, Internet—. Las nuevas relaciones sociales, las nuevas formas de abuso surgidas como consecuencia de las nuevas formas de comunicación —redes sociales, Internet, etc.—, sobre todo cuando exigen conocimientos informáticos o de programación, han merecido menor atención debido a la distancia entre la ciencia informática y la ciencia jurídica. Pero la escasa comunicación entre programadores y juristas —entre tecnología informática y derecho penal— se ha debido también a que la ciencia penal es “pública”, sobre todo en España. Es pública porque su financiación lo es, pero también porque lo son sus avances o aportaciones, mientras que la tecnología informática, especialmente referida al *software*, o es “privada” o, al menos, no tan pública —con excepciones significativas—. Ello es debido a que parte importante de la investigación con fines de aplicación práctica se desarrolla en el seno de empresas o de instituciones financiadas con capital privado, porque sus fines son lucrativos —luego, privados—, y porque sus avances se protegen con celo de cualquier atisbo de publicidad —recuérdese el debate sobre la ingeniería inversa—.

Finalmente, es una realidad que al derecho penal le está costando seguir el ritmo evolutivo de la tecnología informática que, cada vez a mayor velocidad, está materializando lo que hace pocos años parecía solo fruto de la imaginación. Esta última afirmación es especialmente cierta en el ámbito de la inteligencia artificial. Hasta ahora en la opinión pública inteligencia artificial es sinónimo de androides o torpes robots bípedos —ASIMO, por ejemplo, pero no solo— y, más recientemente, de drones. Sin embargo, entes con inteligencia artificial, con mayor o menor autonomía, están invadiendo nuestra vida cotidiana no solo como parte de procesos industriales, sino también en las actividades normales de millones de personas que se relacionan con “buscadores inteligentes”, traductores inteligentes, “barredoras” inteligentes, tractores inteligentes o jugadores de ajedrez inteligentes. Todo

ello, sin embargo, no es más que la muestra del punto en que se encuentra la investigación sobre inteligencia artificial, que se dirige rápidamente hacia la inteligencia artificial general, a partir de un avanzado estado de desarrollo de agentes inteligentes o sistemas multiagentes. La expresión *inteligencia artificial general* se utiliza para referirse a la inteligencia real de las máquinas, que en la actualidad no han logrado el nivel de generalidad de la mente humana. En el momento en que se alcance, la velocidad de la evolución y perfeccionamiento tecnológico será altísima, puesto que, al fin y al cabo, esta inteligencia artificial general es *software*, por lo que “su capacidad de reproducción” será muy alta.

En esta situación, sin embargo, las investigaciones sobre las implicaciones sociales de la creación de entes con inteligencia artificial general son escasas en nuestro entorno. El panorama, someramente esbozado en estas líneas, abre un nuevo campo de estudio al penalista y plantea cuestiones que no solo tienen como finalidad reflexionar sobre eventuales soluciones a posibles problemas, sino que, al enfrentar la construcción dogmática a un proceso de explicitación y racionalización exento de prejuicios propios de la cultura y el lenguaje humano, puede permitir ofrecer soluciones generales a problemas que se han mantenido tradicionalmente en la indefinición o la imprecisión. Este esfuerzo, además de beneficios dogmáticos, puede facilitar la aceptación de las normas penales y del propio sistema penal democrático en sociedades multiculturales en las que confluyen modelos ideológicos diversos.

6. Bibliografía

- Aibar Puentes (1993). *La imagen del conocimiento en el ámbito de los sistemas expertos y la inteligencia artificial*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.
- Anderson, M./Anderson, S.L. (Eds.) (2011). *Machine Ethics*, New York, Cambridge University Press.
- Balke/Eymann (2008). “The Conclusion of Contracts by Software Agents in the Eyes of the Law”. En Padgham, Parkes, Müller y Parsons (Eds.), *Proc. of 7th Int. Conf. on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS 2008)*. Estoril, pp. 771-778. Disponible en línea en http://www.ifaamas.org/Proceedings/aamas08/proceedings/pdf/paper/AAMAS08_0596.pdf [citado: 12.07.2019]
- Bermejo Sánchez (2003). *Desarrollo de robots basados en el comportamiento*. Ediciones UPC, Barcelona.
- Bostrom/Yudkowsky (2011), “The ethics of artificial intelligence”. En W. Ramsey y K. Frankish, *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*. Cambridge University Press, pp. 7-21.
- De la Cuesta Aguado (2016). “La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en Inteligencia Artificial”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 44, pp. 165-144.
- Diez de la Cuesta (2008). *Análisis e integración de componentes de aviónica para UAV'S*, ejemplar dactilografiado. Sevilla, 2008. Disponible en <https://docplayer.es/11679181-Analisis-e-integracion-de-componentes-de-avionica-para-uav-s-proyecto-fin-de-carrera-tutor-prof-dr-anibal-oltero.html> [citado: 12.07.2019]
- Goertzel/Pennachin (Eds.) (2006). *Artificial General Intelligence*. New York, Springer Verlag.
- Henley (1993). “Abstract Principles, Mid level Principles, and the Rule of Law”. *Law and Philosophy*, 12, pp. 121-32.
- Hernández López (2004). *Heurísticas para el control deliberativo en una arquitectura de agentes inteligentes de tiempo real*. Tesis doctoral, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia.
- Hidalgo (1996). *Inteligencia artificial y sistemas expertos*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- González Bedia/García Carrasco (2006). “Arquitecturas emocionales en Inteligencia Artificial: una propuesta unificadora”. *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, Vol. 7, nº2, pp. 156-168.
- Hirschfeld Gelman (Eds.) (1994). *Mapping the Mind: Domain Specificity in Cognition and Culture*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Martínez Velasco (1992). “El problema de la conciencia”. *Contextos*, nº 19-20, pp. 233-262.
- Moravec (1999). *Robot: Mere Machine to Transcendent Mind*. New York, Oxford University Press.
- Noriega (2007). “Regulating Virtual Interactions”. En Casanova, Noriega, Bourcier, *Trends in Legal Knowledge. The Semantic Web and the Regulation*

Inteligencia artificial y responsabilidad penal

- of Electronic Social Systems*, Barcelona, European Press Academic Publishing, pp. 55-77.
- Poole/Mackworth (2010). *Artificial Intelligence*. New York, Cambridge University Press.
- Ordóñez Pinilla (2006). “Monismo anómalo, intencionalidad, falacias mentales e inteligencia artificial”. *Bajo palabra: Revista de filosofía*, II Época, n° 1, pp. 38-54.
- Weiss (1999). *Multiagent Systems, A modern approach to distributed Artificial intelligence*. MIT, 1999.
- Yudkowsky (2003). *Creating Friendly AI*. Disponible en <http://www.singinst.org/CFAI/index.html> [citado: 12.07.2019].
- Zaccagnini Sancho/Adarraga Morales (1998). “Sistemas expertos y psicología cognitiva”. *Estudios de psicología*, n° 36, pp. 97-130.



Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa*



Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva

RESUMEN: Este artículo analiza las principales características del criminal compliance. En particular, su implantación a nivel global y las consecuencias éticas y jurídico penales para las empresas que deciden adoptarlo y para las que no lo hacen.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de las personas jurídicas, criminal compliance, compliances cosméticos, ética en los negocios.

ABSTRACT: This article analyzes the main characteristics of the criminal compliance. Fundamentally, their implementation at the global level and the ethical implications and legal penalties for the companies.

KEY WORDS: corporation crimes, criminal compliance, papers compliance, business ethics.

SUMARIO: 1. Aproximación al moderno compliance. 2. Los riesgos y la diligencia en los espacios extra-penales; 2.1. Riesgos éticos en los negocios (business ethics) y responsabilidad social corporativa. 3. Los riesgos y la diligencia bajo amenaza de sanción penal; 3.1. Líneas generales; 3.2. La construcción estricta de un compliance penal; 3.3. El mapa de riesgos; 3.4. El deber de vigilancia; 3.5. Los papers compliance; 3.6. La exclusión del delito corporativo; 3.7. El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo; 3.8. Compliance y delitos ad intra. 4. El compliance en el sector público. 5. La industria del compliance en la era del compliance. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Rec: 02-05-2019 | Fav: 15-05-2019 | Código ORCID: 0000-0002-4158-8707

* Este artículo apareció previamente en Revista Penal (España) número 44, julio de 2019.

1. Aproximación al moderno *compliance*

Originario del mundo jurídico anglosajón, el término *compliance* no significa en esencia otra cosa que “*to comply with*”, es decir, “cumplir con”.¹ Un concepto exageradamente amplio, que en base a la casuística y al pragmatismo del espacio jurídico que le ha visto nacer se ha ido perfilando como *cumplimiento normativo*, y aún más precisamente como *cumplimiento de las normas jurídicas y éticas por parte de las empresas*. Como define Kuhlen, se puede entender el *compliance* como el conjunto de “medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”.²

Se abre a partir de aquí un abanico de conceptos, porque cumplir con la ley es un mandato básico, ya que las leyes se dictan para ser cumplidas, y las infracciones, para ser sancionadas. Y las leyes constantemente incumplidas serán de una u otra forma olvidadas o derogadas. Habrá, consecuentemente, que perfilar aún más el camino que se recorre al hablar de *compliance*, porque existen muchos *compliances*, que producen efecto en los distintos espacios en los que pueden desenvolverse las empresas, ámbitos mercantiles o corporativos, laborales, administrativos, tributarios, éticos y también, por cierto, penales. Esto no impide que un único programa preventivo pueda ocuparse de evitar este conjunto de riesgos y cumplir un sinnúmero de objetivos: desde el punto de vista mercantil, permitir el acceso a nuevos mercados que exigen certificar el *compliance*; desde el tributario, una menor presión de la inspección; desde el ético, una mejora de imagen y reputación; desde el administrativo o penal, una rebaja o exclusión de sanciones. La empresa que decide adoptar el *compliance* debe encarar una amplia reorganización de su estructura interna, aprovechando el mecanismo de control de riesgos con el

que ya cuenta, en su caso, y complementándolo para dotarlo de una nueva arquitectura.

Todos los *compliances* tienen en común la idea de riesgo. Y los riesgos son por naturaleza graduables y, en buena medida, predecibles. El *compliance* hace referencia a la voluntad de neutralizar programadamente los riesgos derivados de la propia actividad empresarial que se generan en el seno de las empresas. También puedo afirmar que, en líneas generales, existe una contrapartida del riesgo que no es en sí nada novedosa, pues está prevista desde el derecho romano: el actuar diligente por parte del empresario. En Roma, el deber de diligencia a través de una gestión adecuada no solo era impuesto frente a terceros, sino que se imponía a uno mismo frente a sus propios riesgos, por lo que se puede considerar el precedente más remoto del *compliance*.³ No hay mucho nuevo bajo el sol.

Habrà que tomar como necesario punto de partida la evolución internacional en las exigencias de cumplimiento normativo para las empresas. Las normas jurídicas exigen cada vez más que las empresas controlen sus propias fuentes de riesgo. Así, lo que ha comenzado tíbicamente en la prevención de riesgos laborales, se ha extendido al blanqueo de dinero, a la financiación del terrorismo, al mercado de valores y a un largo etcétera. En definitiva, ha culminado por extenderse cual mancha de aceite al espacio punitivo que afecta a la totalidad de las empresas.⁴ Así ha ido naciendo una familia que va en aumento: *compliance penal (criminal compliance)*, *compliance tributario (tax compliance)*, *compliance anticorrupción o antisoborno (antibribery compliance)*, *compliance en el sector público (public compliance)*, *antitrust compliance* y una larga lista de nuevos espacios y

¹ Como destaca P. García Caverio en *Criminal compliance*, ed. Palestra, Perú, 2014, p. 9, el término *compliance* proviene del inglés “*to comply with*”, en el sentido de *cumplir con*, y se ha extendido ampliamente en el mundo empresarial para significar la adopción de medidas internas para “asegurar la observancia de las leyes, estándares y protocolos”. También *cfr.* Li, B. “China report”. *Revista Penal*, 44; y Rotsch, T. “Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance”. *Anuario de Derecho Penal Económico*, n° 3, 2015, p. 14 y sig.

² *Cfr.* Kuhlen, L. “Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 51.

³ *Cfr.* Cancelli, F. “Diligenza (Dir.Rom.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Milán, 1964, p. 517 y sig. *Cfr.* también Stirpe, A. *La diligenza come criterio di responsabilità dell'obbligato: evoluzione storica della regola giuridica - Gli amministratori di società*, Luiss, Roma, 2008, p. 7 y sig.; y San Martín Neira, L. “El deber de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas”, en AA.VV., *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, UNAM, México, 2017, p. 451.

⁴ *Cfr.* Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en AA.VV., *Compliance y teoría del delito*, Madrid, 2013, p. 23 y sig. La influencia de los Estados Unidos en esta materia es total, ya que incluso podría aplicarse la jurisdicción norteamericana a las conductas de personas jurídicas extranjeras que cotizan en los mercados de valores de los Estados Unidos. *Cfr.* al respecto Gimeno Beviá, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2016, p. 46 y sig.



materias, enormemente sobredimensionados, como cuando se habla, por ejemplo, del *compliance* en las conductas sexuales.⁵ Incluso, ya se defiende una *ciencia del compliance*.⁶

Son muchos los autores que coinciden en calificar al *compliance* como una manifestación de *cultura*: cultura de cumplimiento normativo,⁷ cultura de fidelidad al derecho, cultura de integridad en los negocios, cultura empresarial, cultura organizacional,⁸ etc. También es un concepto reiterado por algunas instancias normativas internacionales.⁹ Difícilmente coinciden estos conceptos de *cultura* con los que contempla el *Diccionario de la RAE*, ya que no se trata de un “cultivo”, ni de un “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”. Tal vez pueda aproximarse a la tercera acepción, omnicompreensiva, que integra dentro de *cultura* a un “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”. Nos ceñimos a considerar esta cultura como un conjunto de modos de vida y costumbres empresariales, que se materializan en una serie de criterios o pautas de conducta para un mejor cumplimiento de la ley y de las normas éticas.

El impacto internacional del *compliance*, una “moda” que puede ser más o menos pasajera, está sin duda conmocionando el mundo de los negocios. Por poner un ejemplo muy significativo, los riesgos del *compliance* están afectando y preocupando enormemente desde 2018 a la economía china y a sus empresas más poderosas, fundamentalmente, por la ausencia de suficientes controles a la exportación. Los

estudiantes chinos de derecho penal ya son obligados a mejorar sus estudios sobre *criminal compliance*.¹⁰

Ante los reiterados escándalos universales, provocados por la falta de escrúpulos de algunos directivos de entidades comerciales en su afán de enriquecerse —cometiéndolos reiteradas infracciones que han puesto en serio peligro al orden económico mundial e incrementado la pobreza por doquier—, se intenta una reestructuración general de los negocios que exige mecanismos de autorregulación y control. Todavía está por verse si la metodología empleada es la correcta, aunque por el momento parece sumarse a las soluciones que se arbitraron antes de que se produjeran todos estos desenfrenos mercantiles, que terminaron pagando —como siempre— los ciudadanos a través de la subida de impuestos y la pérdida de valor de sus ahorros. Sin embargo, aquí aparecen las primeras dudas. Un sistema desarrollado en el contexto norteamericano, con un Estado poco presente y escasamente regulador ¿puede trasplantarse a Europa, América Latina u otras regiones del planeta donde existe un Estado regulador —en ocasiones bastante corrupto, por cierto— que al menos en teoría se ocupa de controlar la economía y la actividad de las empresas?

2. Los riesgos y la diligencia en espacios extrapenales

El *compliance* se estructura en torno a la autorregulación y a la vigilancia interna, generando un importante cambio de perspectiva.¹¹ La autorregulación es sin duda cada día más necesaria, pues nadie es mejor que la propia empresa para conocer y controlar los riesgos que genera con su actividad. Pero tampoco se le deben adjudicar propiedades milagrosas, como defender que el *compliance* hubiera podido ser por sí mismo el remedio para la recuperación del sistema financiero internacional tras la crisis financiera mundial del año 2008.¹² El control del cumplimiento nor-

⁵ Cfr. Gutiérrez Arranz, R. *El acoso sexual: Prevención. Compliance y marco legal*, Editorial Aranzadi, 2018. Apuntan que algunos programas de prevención incorporan el acoso sexual y la discriminación laboral González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AA.VV. *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 155.

⁶ Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA.VV. *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, 2013, p. 54.

⁷ Así Silva Sánchez, J. M. “Deber de vigilancia y compliance empresarial”, en AA.VV. *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 100; Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento...?”, *op. cit.*, p. 56.

⁸ Cfr. Neira Pena, A. M. *La defensa penal de la persona jurídica*, Navarra, 2018, p. 283.

⁹ Así, la “Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública”, de 26 de enero de 2017, pues recomienda en su apartado III. 9 “Favorecer una cultura organizativa de la transparencia...”

¹⁰ Cfr. Li, B. “China report”, *op. y loc. cit.*

¹¹ Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.* p. 100, quien habla de *autovigilancia*.

¹² Así lo sostiene González de León Berini, A., siguiendo a autores norteamericanos en “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en AA.VV., *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, 2013, p.78 y sig. Sin embargo, las principales empresas que generaron la crisis desde los Estados Unidos estaban perfectamente autorreguladas, mientras se culpabilizaba de la crisis a la falta de controles estatales sobre ellas. Faltaba control, no autorregulación.

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

mativo (no violar la ley en general) que debe ejercitar permanentemente el Estado se traslada a la propia empresa a través de estos nuevos mecanismos. Pero se excede el requisito del cumplimiento de la legalidad pues comprende también un reforzamiento de la ética empresarial.¹³ El ahorro de costes públicos en vigilancia y una mejora de resultados preventivos deberían resultar evidentes.

Al hablar de autorregulación se advierte que existe previamente otro elemento equilibrante, pero mucho más oneroso desde la perspectiva del gasto público, como es el de la regulación por parte del Estado. La regulación marca las áreas de intervención pública prioritaria, aquellas que requieren un control más intenso. Dentro de estas áreas sensibles encontramos situaciones muy conflictivas, pues en determinados sectores es frecuente apreciar la *captura regulatoria*, que se da cuando el regulador público interviene favoreciendo intereses privados específicos o deja de intervenir y controlar, mermando la protección del interés general.¹⁴ Puede hacerlo porque algún representante ha recibido sobornos, por presiones políticas directas o indirectas (grupos de presión en el parlamento), porque el político o responsable espera ser colocado en ese sector empresarial cuando abandone la función pública (las llamadas *puertas giratorias*) o por otras múltiples causas. Los recientes escándalos financieros internacionales (Arthur Andersen, Enron, Lehman Brothers, Siemens AG, Parmalat, los que afectan a fabricantes de automóviles, aviones, a la industria farmacéutica, etc.) están muy relacionados con el *capitalismo de amigos*, es decir, con la captura regulatoria, que se caracteriza por ceder espacios al regulado, una falta de control de la que suelen derivar auténticas catástrofes.

Tal vez con estos precedentes podría afirmarse la ventaja de la autorregulación (*compliance*) frente al control estatal directo. Así se defiende doctrinalmente por Bermejo y Palermo, quienes sostienen que los ámbitos de autorregulación empresarial pueden “tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico-penales”. Basan su

tesis en los “conocimientos especiales de las empresas”, en “sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales)”, así como en “su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información”.¹⁵ Se plantea, en definitiva, la difícil opción entre control estatal y autorregulación, aunque no puede ignorarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema autorregulatorio que consagra el *compliance* conforman hasta cierto punto una forma de *privatizar* el control del delito en el seno de las empresas.¹⁶ En definitiva, la autorregulación no difiere demasiado de la captura regulatoria en cuanto a que el regulador deja de intervenir y controlar, con lo que las ya mentadas empresas o sus competidores tendrán plena libertad para desarrollar o no una lucha preventiva de los escándalos económicos previamente descritos.

No puede dejar de preocuparnos la idea que se está difundiendo con gran reiteración en medios científicos, en el sentido de que el Estado no puede controlar los avances técnicos y los riesgos que de ellos derivan y, consecuentemente, ante la carencia de suficiente formación, información y competencias, el Estado puede y debe retirarse de cualquier responsabilidad, confiando plenamente en la autorresponsabilidad empresarial. Consecuentemente, se habla de teoría de los sistemas, de *policentrismo*, de unas empresas que se han convertido en las mayores generadoras de riesgo y conocimientos, y de todo ello deriva la obligación de una sustancial transformación del Estado y del derecho.¹⁷ El Estado se habría convertido en un *ente*

¹⁵ Así los consideran Bermejo, M. y Palermo, O. “La intervención delictiva del compliance officer”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 176.

¹⁶ Cfr. Sieber, U. “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en AA.VV. *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 63 y sig.; Nieto Martín, A. “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AA.VV. *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 201. Así, también Montiel, J.P. “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 224. Caro Coria habla de la creación de un *sistema policial interno* que impida la comisión de delitos. Cfr. “Compliance y corrupción”, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷ La tesis es enunciada por Günther Heine y descrita y defendida en Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad

¹³ Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 100.

¹⁴ Sobre esta problemática, cfr. Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. *Corruption and Government*. 2ª ed. New York, 2016, y en particular Dal Bo, E. “Regulatory capture: a Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº2, p. 203 y sig.

incapaz y, abandonando posiciones intervencionistas, procedería a derivar el control de riesgos y exigir mayor responsabilidad a las empresas, adoptando el mero papel de supervisor.¹⁸ Otros autores matizan estas ideas asignando al Estado un simple cambio de rumbo en su estrategia y no el reconocimiento de su fracaso. Con la asunción de un papel supervisor el Estado no estaría en retirada, sino que tomaría el timón de la nave, logrando mejores resultados en la tarea de disciplinar la actividad empresarial.¹⁹

Existen otros planteamientos que acrecientan la perplejidad de cualquier observador racional cuando se postula la cesión a la empresa del *ius puniendi* sobre sus propios trabajadores, concediéndole facultades penales en relación con todos los delitos cometidos en su seno, generando importantes ahorros al Estado en la persecución, prueba y sanción de los hechos delictivos; planteamientos a los que no resta importancia un sector doctrinal en España.²⁰ Evidentemente, no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos.²¹ Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas, se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de derecho.

2.1. Riesgos éticos en los negocios (*business ethics*) y responsabilidad social corporativa

Pocas discusiones son más antiguas y agudas que las desarrolladas en torno a la ética en la empresa o en los negocios (*business ethics*). Esta ética tiene muchas variables, porque los principios éticos deben presidir la actuación de los directivos y de la propia empresa en cuanto a sus decisiones y estrategia, en sus relaciones económicas y sociales. La reputación de la empresa es cada vez más un valor al alza, y dicha

reputación está condicionada en buena medida por la ética de sus decisiones. El *compliance* es también la exteriorización del compromiso ético de la empresa, un pacto de integridad moral empresarial, como manifestación de su buen gobierno.

La ética empresarial está de moda. Todas las grandes empresas han suscrito sus propios códigos éticos. En ellos se comprometen a luchar contra la corrupción y todo tipo de malas prácticas, defender la protección de datos, sancionar a los trabajadores que incumplan esas normas, etc. Como recuerda Nieto Martín, en los Estados Unidos las *Guidelines* hacen referencia expresa a los *Compliance and Ethics Programs*.²² Para entender que se sustentan principios éticos, estos deben surgir del propio programa de prevención de delitos que genera la empresa. Así, por ejemplo, el código ético de toda empresa debe consagrar una política anticorrupción, acompañada de un mecanismo interno de sanciones en caso de incumplimiento.²³

La expansión global de los modelos de *compliance* ha permitido una nueva visualización y transparencia de los *compromisos sociales* asumidos por la empresa, que se presentan como un espacio nuevo de responsabilidades empresariales, entrando aquí en el terreno propio de las *responsabilidades éticas*.²⁴ Son planteamientos que reflejan una gran influencia norteamericana, manejando conceptos, como *responsabilidad social corporativa*, que llevan a las empresas a perseguir un doble objetivo a través del *compliance*: el cumplimiento de la ley en sentido estricto más la defensa de normas éticas que conducen a controlar el impacto social de sus actuaciones.²⁵

De esta forma cobra enorme importancia la responsabilidad social,²⁶ con base en la cual las empresas deberían incorporar nuevos objetivos y valores: una gestión que tienda a la mejora social y ambiental, al respeto a los derechos humanos, a la justicia social,

penal de las personas jurídicas”, en AA.VV. *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile, 2018, p. 215 y sig.

¹⁸ Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...”, *op. cit.*, p. 220, y sig.; Goena Vives, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas*, Madrid, 2017, p. 208 y sig.

¹⁹ Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA.VV. *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, 2013, p. 46 y sig.

²⁰ Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...”, *op. cit.*, pp. 225 y sig.

²¹ Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento...?”, *op. cit.*, p. 53.

²² Cfr. Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...”, *op. cit.*, p. 25.

²³ Cfr. Nieto Martín, A. “La privatización...”, *op. cit.* p. 205.

²⁴ Cfr. Hernández Cuadra, E. “La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de compliance”, en AA.VV., (dir. Frago Amada) *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 34. Destaca esta autora que esta es la línea en la que se mueve la norma UNE-ISO 19600 sobre sistemas de gestión del *compliance*.

²⁵ Sobre esta compleja problemática, ampliamente, Cigüela Sola, J. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal*, Madrid, 2015, p. 247 y sig.

²⁶ Cfr. Feijoo Sánchez, B. *El delito corporativo en el Código Penal español*. 2ª ed. Navarra, 2016, p. 21 y sig.

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

a cumplir estrictamente con los compromisos asumidos, etc. Se trata de una *cultura ética* que excede el mero respeto de la ley y debe atender al impacto social del negocio que desarrolla la empresa, como los *Principios rectores sobre empresas y derechos humanos* respaldados por la ONU desde 2011. Así, el *compliance officer* se ocupará de incrementar los aspectos sociales a través de distintos caminos o fuentes que permitan combinar los beneficios económicos con los rendimientos sociales, lo que en algunos casos debería llevar, incluso, a perder oportunidades de negocio.²⁷

Pero estos anhelados objetivos deben diferenciarse claramente de las responsabilidades penales.²⁸ En realidad, los beneficios para una empresa que adopta programas de *compliance* se multiplican, y mucho más tratándose de grandes empresas: eventuales exoneraciones o reducciones de pena, ahorro en pleitos y abogados, detección anticipada de eventuales delitos, una mejora reputacional...²⁹ ¡Incluso un buen lavado de conciencia! Tal vez no estemos desencaminados al afirmar que un buen *compliance program* revaloriza comercialmente a la propia empresa, lo que supone una nueva estrategia mercantil.³⁰ En definitiva, el *compliance* supone una solución muy positiva para las empresas y mercados, en particular para las de mayores dimensiones y proyección trasnacional, pero también para PYMES y otras de menor volumen de negocio. A todos interesa demostrar que se cumple la ley y que sus negocios son limpios.

La mencionada ética empresarial puede generar excelentes resultados a través de los *compliance programs*, con favorables consecuencias reputacionales e incluso incrementando el valor económico de la empresa. Sin embargo, un comportamiento poco ético no debe tener necesarias consecuencias negativas de cara

al *criminal compliance*. La pena para personas físicas y jurídicas surge para permitir, dentro de los parámetros del Estado de derecho, una adecuada tutela de bienes jurídicos. El derecho penal utiliza para ello normas imperativas, a las que asocia las consecuencias jurídicas más contundentes. El *compliance penal* puede llegar a neutralizar o limitar las consecuencias jurídicas del delito, es decir, los efectos de una norma imperativa.

La pena no se justifica en reproches ético-jurídicos, sino en la prevención del delito. La sanción penal se fundamenta en criterios racionales de política criminal.³¹ Como sostiene Navarro Cardoso, existen delitos, como la corrupción en el sector público, que encierran en esencia un problema ético.³² Pero la sanción penal no deviene por tratarse de un conflicto ético, sino jurídico, porque el sujeto simultáneamente ha lesionado un bien jurídico-penal. En síntesis, efectivamente, debe existir un espacio para la ética en la actuación empresarial que no debe confundirse con las responsabilidades penales. Y lo que es más importante: las decisiones que se adopten conforme a la legalidad, pero cuestionables éticamente, no pueden servir de fundamento a la responsabilidad penal en ningún caso, ni de personas físicas ni de personas jurídicas. Esto nos conduce a considerar altamente positiva la gestión ética en la actividad empresarial —valorable a efectos desincentivadores o de otra naturaleza—, pero en ningún caso condenar a personas físicas o jurídicas por conductas exclusivamente cuestionables como contrarias a la ética empresarial. Así, por ejemplo, imaginamos actividades empresariales que no están prohibidas legalmente *in situ*, pero tampoco son éticas, como el abuso del trabajo infantil en países del tercer mundo. La empresa que no desarrolle esas conductas poco éticas tendrá mejor reputación, que se podrá trasladar a su valor en el mercado, al incremento de consumidores e, incluso, a poder ale-

²⁷ Cfr. Aznar, E. “¿Cómo y para qué crear una cultura ética en las organizaciones?”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 66.

²⁸ Cfr. Gómez Martín, V. “Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobos?”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile, 2018, p. 25.

²⁹ Cfr. Gimeno Beviá, J. “Compliance y proceso penal.”, *op. cit.* p. 254 y sig. Este autor destaca también que existen desventajas para las empresas que adoptan el *compliance*, como el cambio de prácticas comerciales, no concretar determinados negocios, etc.

³⁰ Cfr. González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AA.VV., *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 155.

³¹ Así, claramente, Gómez Benítez, J.M. “Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad”, en AA.VV., *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, 1997, p. 274. Por eso sorprende que hoy en día se pueda considerar al Código Penal como “una codificación normativa de la ética, dando respuesta así a la necesidad de los individuos que viven en comunidad de establecer unos mínimos morales que garanticen su convivencia pacífica”. Así, Hernández Cuadra, E. “La importancia de adoptar...” *op. cit.* p. 26.

³² Cfr. Navarro Cardoso, F. “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal” en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, p. 272.

gar buena conducta empresarial para evitar algún tipo de responsabilidad penal. Pero en ningún caso podrá por ese solo hecho ser condenada penalmente, pues el orden legal no prohíbe ese tipo de contrataciones laborales, tan poco éticas como conformes a la legalidad vigente en el lugar de los hechos.³³

Dejando de lado la función de protección o tutela penal, la pregunta puede centrarse en torno a la culpabilidad de la empresa, es decir, si desde esta perspectiva la empresa puede considerarse un *agente moral*. A partir de la irrupción de los planteamientos funcionalistas, el derecho penal y la culpabilidad han mitigado la influencia de lo moral, que sigue muy firme en buena parte de la doctrina norteamericana —que sustenta la culpabilidad moral—, pero no alcanza idéntica entidad en muchos otros ordenamientos jurídicos.

En definitiva, es misión del derecho penal *prevenir delitos, no moralizar empresas*. Analizando los fines preventivos de la pena respecto a las personas físicas —únicas punibles en aquellos años—, sostuvo Barbero Santos que *socializar* significa “que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”.³⁴ Las empresas que delinquen y reciben penas por ello necesitan ser preventivamente socializadas en el respeto a la ley penal, con independencia de que les guste o no les guste, y aunque la acepten a regañadientes. Las sanciones penales a las personas jurídicas deben perseguir la completa inhibición de estas ante el delito, y en ningún caso que ajusten sus decisiones al marco construido sobre unas muy anheladas bases éticas. Los beneficios y premios por las actuaciones éticas de las empresas solo podrían encararse desde el Estado por *vías no penales*.

3. Los riesgos y la diligencia bajo amenaza de sanción penal

Cuando comenzamos a hablar específicamente del *compliance penal*, se debe diferenciar claramente la estructura y efectos de este tipo de *compliance* de las finalidades perseguidas por sus otras manifestaciones. Si bien es cierto que las responsabilidades penales de

la empresa se han ido incardinando en el contexto de los modelos organizativos de gestión empresarial, no es menos cierto que las consecuencias jurídicas y extrajurídicas de las carencias e infracciones no son comparables. En otras palabras, los efectos mercantiles, éticos, reputacionales y de cualquier naturaleza distintos a la pena no pueden confundirse con esta.

En una aproximación básica podemos caracterizar al *compliance* como una serie de mecanismos de prevención de riesgos que necesitan todas las empresas para poder operar en los mercados nacionales e internacionales, cumpliendo las exigencias de las administraciones públicas, bancos, inversores, etc. Como afirma Bajo Fernández, con ellos se busca la creación de una *cultura empresarial de fidelidad al derecho*,³⁵ dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación.³⁶ En este contexto se puede afirmar con seguridad que el *compliance* potencia el respeto al derecho dentro de la empresa, la confirmación de la vigencia de la ley,³⁷ pero que incluso va más allá, pues abarca compromisos que las empresas eligen cumplir sin que su ausencia resulte reñida con la legalidad vigente.

La relevancia penal es, en definitiva, secundaria.³⁸ O, dicho en otros términos, el *compliance* en esencia no es derecho penal, sino un mecanismo de gerenciamiento de riesgos basado en reglas técnicas de gestión corporativa, interesándose el derecho penal por alguno de esos sectores en la medida en que exista afección a bienes jurídicos.³⁹ Para llegar a este tipo de responsabilidades penales, previamente debe haberse consagrado una respuesta penal en sentido estricto para las personas jurídicas, y en este contexto, como defiende Silva Sánchez, “el *compliance program* con-

³⁵ Cfr. Bajo Fernández, M. en AA.VV., “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra, 2012, p. 40. En el mismo sentido Gómez-Jara Diez, C. en AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra, 2012, p. 205.

³⁶ Cfr. Feijoo Sánchez, B. en AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra, 2012, p. 106.

³⁷ Cfr. García Cavero, P. “Compliance y lavado de activos” en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile, 2018, p. 156.

³⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. “Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal”, en AA.VV., *Derecho penal económico y derechos humanos*, Valencia, 2018 p. 113.

³⁹ Así, Caro Coria, D. “Imputación objetiva y Compliance penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 30, 2018, p. 2 y sig.

³³ Entiende Hernández Cuadra que en estos casos las normas jurídicas llegan tarde, y la prevalencia de la ética evitaría que los hechos vuelvan a producirse. Cfr. “La importancia de adoptar...”, *op. cit.*, p. 30

³⁴ Cfr. Barbero Santos, M. *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, p. 161.

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

forma un marco de riesgo permitido para la persona jurídica”.⁴⁰ En algunos países en los que tal tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe, se suele denominar *criminal compliance* a los mecanismos que neutralizan infracciones y sanciones administrativas.⁴¹ Podría hablarse, en su caso, de *administrative compliance* hasta que el legislador correspondiente se decida a criminalizar conductas de las corporaciones mercantiles, pero no de un genuino *compliance penal*.

A partir de aquí no debe pensarse que el simple hecho de adoptar un programa de cumplimiento puede garantizar automáticamente la impunidad en sede penal. Como ha apuntado Quintero Olivares, este tipo de precauciones no puede funcionar como una *vacuna jurídica* preventiva.⁴² Es un elemento imprescindible para poder apreciar una eximente o atenuante en sede penal, pero debe sumarse a otra serie de requisitos que se exigen en el mismo marco legal.⁴³ Y, obviamente, debe convencer a los juzgadores de que no se trata del cumplimiento formal de unos requisitos legales, sino de un genuino mecanismo preventivo de delitos, apto para la reducción de esta clase de riesgos.

En esta materia poseen particular influencia las pautas empresariales que proceden de los Estados Unidos. En la década de 1990 se aprobaron en el ámbito federal de los Estados Unidos una serie de directrices (*sentencing guidelines*) dirigidas a determinar la pena en caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁴⁴ Estas directrices se siguen actualizando anualmente (*United States Sentencing Commission Guidelines Manual*).⁴⁵ Se trata de una serie de pautas que permiten rebajar la pena para la persona jurídica, esencialmente si se han adoptado *compliance programs*, si existen procedimientos eficaces para la pre-

vención y detección de delitos, la promoción de una efectiva cultura corporativa que favorezca el cumplimiento del derecho y los comportamientos éticos en la empresa (Sección §8B 2.1). Fundamentalmente, prevalece la idea de riesgo, que lleva a la construcción de un *compliance* efectivo y ético, acompañado de la exigencia de una serie de conductas por parte de la empresa (la denuncia de los hechos, la cooperación con la investigación, la designación de responsables y controladores, los canales de denuncia, la formación de los trabajadores, incluso la modificación del *compliance* si este ha fracasado por la comisión de un delito, etc.).⁴⁶

Según se describe en los criterios de evaluación de *Corporate Compliance Programs* que realiza periódicamente la División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los fiscales deben tener en cuenta la adecuación y efectividad de estos programas cuando se decide la formulación de cargos o la negociación de conformidades (*plea bargaining*). Los fiscales deben decidir atendiendo a tres temáticas fundamentales: ¿Está el *Corporate Compliance Program* correctamente diseñado? ¿El programa se aplica seriamente y de buena fe? (¿se ha implementado eficazmente?) ¿El programa funciona en la práctica?⁴⁷

3.1. Líneas generales

El *compliance penal* se gesta para prevenir delitos y, por lo tanto, parece obvio que debe resultar ajustado al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁸ y al marco de principios constitucionales vigentes en materia penal, ya que, como afirma Lascuráin, “como es muy peligroso, disparar con cañón tiene sus reglas, sus estrictas garantías, sus principios, no coincidentes en sus exigencias prácticas con las labores de artillería menos contundentes”.⁴⁹ Para

⁴⁰ Cfr. Silva Sánchez, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Ed. Edisofer, Madrid, 2013, p. 287.

⁴¹ Es lo que ocurre en el Perú. Cfr. al respecto Caro Coria, D. “Imputación objetiva y compliance penal”, *op. cit.*, p. 9.

⁴² Cfr. Quintero Olivares, G. “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Navarra, 2015, p. 88.

⁴³ Cfr. Galán Muñoz, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, p. 129.

⁴⁴ Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M. “The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future” (1993). *Articles by Maurer Faculty*. Paper 2179. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2179>

⁴⁵ La más reciente actualización en <https://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>

⁴⁶ Cfr. Villegas García, M. A. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 313 y sig.

⁴⁷ Cfr. U.S. Department of Justice - Criminal Division- *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (Updated April 2019).

⁴⁸ Sobre la necesidad de tomarse en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas y desarrollar criterios de imputación viables y respetuosos de las garantías penales, cfr. Gómez- Jara Díez, C. “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile, 2018, p. 65 y sig.

⁴⁹ Cfr. Lascuráin, J.A. “Compliance, debido control y unos refrescos”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del*

llegar a la utilización práctica del *compliance program* debemos partir, por lo tanto, de la necesidad de constatar un hecho punible previo, imputable tanto a una persona física —determinada o indeterminada— como a una persona jurídica —esta sí plenamente determinada—. ⁵⁰

Son medidas dirigidas a evitar delitos controlando los procesos productivos y la conducta de directivos y trabajadores. En definitiva, un mecanismo que obliga a la empresa a mantenerse dentro del espacio del riesgo permitido. El *compliance* se basa, entonces, en la autorregulación y en la prevención. A partir de la presencia o ausencia de un *compliance* que sea conforme con los requisitos legales, se pueden generar diferentes consecuencias jurídicas. En el caso del *compliance penal*, se pretenderá una mayor prevención de riesgos penales, premiando con una exoneración o atenuación de la pena que pudiera corresponder a la persona jurídica. Sin embargo, se ha generalizado entre muchos autores la idea de que el *compliance* deriva en una plena delegación regulatoria a las empresas que asumen códigos disciplinarios internos, pero pueden ser sancionadas si dicha autorregulación es contraria a derecho. Se habla, por ello, de una *autorregulación regulada* o *enforced self-regulation*, ⁵¹ caracterizada por Sieber como:

una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción. ⁵²

compliance”, Valencia, 2013, p. 116. De tal forma se reafirma la vigencia de los principios clásicos en materia penal: legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, igualdad y prohibición de sanciones inhumanas.

⁵⁰ La bibliografía española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance* es, hoy en día, completamente inabarcable. Sobre estas problemáticas en general puede verse, a título de ejemplo, Feijoo Sánchez, B. *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed. Navarra, 2016, p. 17 y sig.

⁵¹ Cfr. Braithwaite, J. “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 7, 1982, p. 1466 y sig.

⁵² Así, Sieber, U. “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p.77. Vid. también Nieto Martín, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 231 y sig.; Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...”, *op. cit.*, p. 100; Gómez Martín, V. “Compliance y derechos de los trabajadores”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 126; Cigüela

Este concepto debe entenderse como la concesión de libertad a las empresas para regularse, pero a la vez esa libertad que se otorga no es plena, sino sometida a controles públicos obligatorios. Se trata de actividades riesgosas de todo tipo (económico- financieras, industrias de alimentos, medicamentos, etc.) que están sometidas a importantes controles administrativos que no pueden obviarse por el hecho de contar con un buen marco organizativo de prevención delictiva. Sin embargo, la expansión internacional de las empresas exige soluciones de control multirregionales, a partir de la mutación del régimen de intervención del poder público, consagrándose por ello un sistema de *gobernanza multinivel* en el marco del derecho administrativo. ⁵³

La autorregulación en materia penal no es más que la exclusión del derecho penal para resolver los posibles conflictos. Como acertadamente apunta González Cussac, todo se gesta en los Estados Unidos, donde se ha ido logrando, primeramente, la desregulación administrativa y de derecho privado, eliminando controles del Estado. Pero ante los increíbles escándalos financieros generados por grandes empresas debía recurrirse a la legislación penal: “aceptaban la regulación (la posibilidad de castigo a la empresa), pero a cambio impusieron los programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo)”. ⁵⁴ El modelo se expandió posteriormente por todo el mundo occidental y más recientemente por el oriental.

3.2. La construcción estricta de un *compliance penal*

El *compliance* penal forma parte de la más reciente tendencia científica que se desarrolla en torno al de-

Sola, J. “La culpabilidad...”, *op. cit.*, p. 344 y sig.; Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances”, en AA.VV., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra, 2017, p. 105 y sig.; Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento...?”, *op. cit.*, 2013, p. 51 y sig. Gómez-Jara la denomina “heterorregulación de la autorregulación”, concepto de difícil manejo verbal. Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...”, *op. cit.*, p. 224.

⁵³ Ampliamente Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 106 y sig.

⁵⁴ González Cussac, J.L. “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, p. 98.

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

recho penal del riesgo.⁵⁵ La evolución de la economía ha llevado a la generación de innumerables nuevos riesgos, concretamente a importantísimos *riesgos financieros globales*,⁵⁶ y a una profundización de los límites entre riesgos prohibidos y riesgos permitidos. Obviamente, un nuevo riesgo puede encuadrarse perfectamente dentro del ordenamiento jurídico, pero corresponde a la empresa que lo genera preocuparse por prevenir que derive en hechos punibles. Consecuentemente, el *compliance penal* debe disminuir el posible daño que genera ese riesgo.⁵⁷

Desde una perspectiva penal, cobra mayor auge día a día la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El modelo de *culpabilidad de la empresa* o de autorresponsabilidad se basa en no estructurar la responsabilidad trasladando automáticamente la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamenta sobre la base de una culpabilidad propia. Desde esta perspectiva destaca la teoría de Klaus Tiedemann que basa la culpabilidad en un *defecto de organización (organisationsverschulden)* de la persona jurídica, en el sentido de una responsabilidad social.⁵⁸ En otras palabras, la pena se impone por haberse cometido un hecho delictivo (tipicidad penal), pero también por existir defectos estructurales en orden al cumplimiento de la legalidad penal, que normalmente se han ido gestado por decisiones defectuosas tomadas a lo largo del tiempo.⁵⁹ Entendida así la culpabilidad de la empresa, no es difícil admitir la atenuación de pena

o incluso eximir de responsabilidad penal a la empresa que corrige esos defectos de organización, lo cual puede llegar a darse cuando adopte programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

En los Estados Unidos, cuna del *compliance* y en general de las construcciones jurídicas que potencian la responsabilidad penal de las personas jurídicas,⁶⁰ puede afirmarse la conveniencia real y práctica de valorar positivamente el *compliance penal*. La idea de compensar la responsabilidad penal con medidas autorregulatorias que exoneren de pena se ha ido construyendo con el paso del tiempo y con base en una demostrada casuística. Como recuerda la doctrina, fue en el contexto de una serie de procesos penales contra compañías eléctricas norteamericanas en los años 50 del pasado siglo cuando uno de los condenados —el gigante General Electric— alegó la existencia de instrucciones internas dentro del departamento jurídico de la empresa que velaban por el cumplimiento normativo. El argumento no fue entonces atendido, pero permitió, a partir de allí, que la idea del *compliance* como supuesto de exoneración de responsabilidad penal fuera desarrollándose hasta alcanzar sus más altos niveles de expansión en nuestros días.⁶¹ El *compliance* persigue, por lo tanto, que la empresa se reafirme en el respeto al derecho y se comprometa en identificar y evitar los delitos que se pueden cometer en su organización.

Sin embargo, no puede ignorarse que la existencia previa e ineludible de un hecho delictivo cometido en el seno de la persona jurídica por un sujeto que pertenece a dicha persona y en provecho de la empresa supone, sin duda alguna, la comprobación de que el plan de compromiso con la ley y *compliance* o prevención contra el delito *ha fracasado*. De poco sirve conjeturar que desde una perspectiva *ex ante* era idóneo para prevenir un delito que finalmente se ha consumado. La ley española exige que los modelos de organiza-

⁵⁵ Cfr. Kuhlen, L. “Cuestiones fundamentales...”, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶ Ampliamente en Beck, U. “La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida”, Barcelona, 2008, p. 32 y sig.

⁵⁷ Cfr. Bock, D. “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 111 y sig. Afirma acertadamente este autor que no puede exigirse que el daño esperado se reduzca a cero, porque supondría una renuncia al progreso en la economía y en la vida social.

⁵⁸ Cfr. Tiedemann, K. “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW*, 19, 1988, p. 1169 y sig. Véase también la caracterización que hace este autor de la responsabilidad de la empresa. Cfr. *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, 1993, p. 232 y sig.; y en “El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 39 y sig. A favor de este sistema de responsabilidad por el hecho propio, cfr. García Caveró, P. “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa”, en AA.VV., *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, México, 2018, p. 265.

⁵⁹ Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...”, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁰ Aunque existen precedentes importantes en los Estados Unidos, referidos a la persecución penal de personas jurídicas desde el siglo XIX, en la primera mitad del siglo XX se produjo una auténtica expansión de este tipo de responsabilidades penales en el ámbito penal económico, que llevaron a la condena de empresas y directivos, afectando, como sostiene Villegas García, “a todos los ámbitos de la actividad industrial y económica, desde la industria del envasado de productos cárnicos hasta las firmas de corredores de bolsa, pasando por las entidades bancarias”. Cfr. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Navarra, 2016, p. 130.

⁶¹ Cfr. Villegas García, M. A. “La responsabilidad criminal...”, *op. cit.*, p. 137.

ción y gestión deben haberse adoptado y ejecutado *con eficacia* antes de la comisión del delito. ¿Cómo se demuestra dicha idoneidad o eficacia?⁶² ¿Quién debe demostrarla? Sobre el papel el programa puede ser perfecto, pero la realidad demuestra su imperfección. Para salvar esta contradicción, se habla doctrinalmente de una *eficacia relativa*; esto es que la comisión del delito no implica la ineficacia del sistema. Sería suficiente con demostrar la capacidad del programa para detectar las infracciones y reaccionar adecuadamente ante ellas,⁶³ circunstancias que efectivamente no se han dado en la realidad. Hay que realizar un esfuerzo imaginativo. Por eso la doctrina habla acertadamente de un nuevo tropiezo con la misma piedra.⁶⁴

En el sistema norteamericano, cuna también de las sentencias de conformidad o *plea bargaining*,⁶⁵ se admite invocar con éxito en el proceso negociador con la fiscalía —previo al juicio— que no existe plena culpabilidad de la empresa —sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona física que ha actuado— en la medida en que los sistemas internos de control existían, pese a que fallaron. Se han desarrollado ampliamente estas etapas negociadoras, estructuradas en torno a determinadas causas de suspensión del proceso o *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), que comprenden el enjuiciamiento aplazado y los acuerdos de no procesamiento (*Non-Pros* o *NPA*), que benefician tanto a la empresa como a la Fiscalía.⁶⁶

⁶² Se considera que podría probarse a través de informes técnicos emitidos por peritos expertos en *compliance*. Y existen dudas acerca de la prueba que generan los entes certificadores. Cfr. al respecto Neira Pena, A.M. “La defensa penal...”, *op. cit.*, p. 304 y sig.

⁶³ Cfr. Neira Pena, A.M. “La defensa penal...”, *op. cit.*, p. 279 y sig., remitiendo también a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 53 y sig.

⁶⁴ Cfr. Gómez Martín, V. “Penas para personas jurídicas...”, *op. cit.*, p. 55 y sig.

⁶⁵ Cfr. Ferré Olivé, J.C. “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20(06), 2018. Este mecanismo de conformidad se aplica ampliamente en los Estados Unidos con relación a los delitos cometidos por personas jurídicas. En ellos se tiene fundamentalmente en cuenta la existencia de un *compliance* penal y su compromiso de mejora, y el grado de colaboración de la empresa con los investigadores. Cfr. también Gimeno Beviá, J. “Compliance y proceso penal...”, *op. cit.*, p. 208 y sig.

⁶⁶ Cfr. sobre estas soluciones Gimeno Beviá, J. “Hacia los DPA y NPA como modelo de imputación de las personas jurídicas,” en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 276 y sig., quien recuerda que no existen normas que regulen las condiciones de los acuerdos de enjuiciamiento aplazado, aunque existen algunas pautas que se reiteran (reconocimiento de los hechos, revelar la información, colaborar con la investigación, pagar multas e

En definitiva, dentro del modelo federal norteamericano el *compliance* no garantiza la impunidad de la empresa, pero la posibilita en la medida en que pueda convencer a la Fiscalía del compromiso general de la empresa con el marco jurídico.⁶⁷ Obviamente ese es el contexto: delito de empresa, actor perteneciente a la entidad y provecho para la propia empresa. Y todo ello acontece en la cuna del *compliance*, los Estados Unidos, país en el que las personas jurídicas no suelen ver exonerada, sino meramente atenuada su responsabilidad penal en caso de acuerdo, porque suelen recibir al menos una multa al reconocer su culpabilidad.⁶⁸ En el derecho vigente en España, la conformidad de la persona jurídica supone el allanamiento de esta a la pretensión penal aceptando una pena menor negociada y renunciando al juicio oral y a la práctica de pruebas.⁶⁹

Debemos reiterar que en el caso de comisión de un hecho delictivo en el ámbito empresarial, cuando existe en la entidad un “modelo de organización y control” (*compliance*), es evidente que dicho mecanismo preventivo ha fallado, es decir, su diseño no era correcto o por algún motivo no ha servido. Por ese motivo, pese a que se cuente con todas las certificaciones posibles acerca de la calidad del mecanismo preventivo, la exoneración de responsabilidad penal —que exige la prueba de la existencia y eficacia del modelo— será muy excepcional e insignificante.⁷⁰ Así lo certifican datos recientes acerca de la escasísima valoración por parte de los tribunales de justicia de los programas de cumplimiento para graduar o excluir las sanciones penales (en Estados Unidos, Italia, España y un largo etcétera).⁷¹

indemnizaciones, etc.). En cualquier caso, la empresa se beneficia porque evita el enjuiciamiento penal en sentido estricto, y la Fiscalía, en que puede obligar a la empresa a una reorganización interna que prevenga nuevos delitos futuros.

⁶⁷ Cfr. Villegas García, M. A. “La responsabilidad criminal...”, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸ Cfr. Muñoz de Morales Romero, M. “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 212.

⁶⁹ Cfr. Neira Pena, A. M. *La defensa penal de la persona jurídica*, Navarra, 2018, p. 154 y sig.

⁷⁰ Cfr. González Cussac, J.L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. González Cussac), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 189; Gómez Tomillo, M. “Presunción de inocencia...”, *op. cit.*, p. 206.

⁷¹ Cfr. Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...”, *op. cit.*, p. 41.

3.3. El mapa de riesgos

La implementación de un *compliance* penal requiere necesariamente la elaboración de un *mapa de riesgos*, esto es, un documento que refleje la realidad organizativa y económica de la empresa, y cómo se desarrollará el control interno. El Código Penal español establece como primer requisito del *compliance*, en su artículo 31 bis 5.1, que las empresas “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. En otras palabras, se debe consignar una hoja de ruta que incorpore una descripción detallada de lo que se hará para autorregularse, favoreciendo el cumplimiento de la ley y el respeto de la ética empresarial. Obviamente, no existe total libertad para desarrollar estos documentos, si se pretende que cumplan los objetivos exonerantes o atenuantes que consagra el Código Penal. Debe respetarse el marco normativo general, conciliando las peculiaridades de la actividad y procesos productivos de la empresa —su riesgo específico— y las reglas de la ordenación estatal. Pero también influyen otras regulaciones sectoriales (sector financiero, bancario, etc.) o incluso, según el ámbito de actividad, los marcos normativos señalados por determinados organismos técnicos internacionales, como por ejemplo el GAFI si se analiza el blanqueo de capitales.⁷² Aunque no es obligatorio cumplir con las normas de estandarización (AENOR, ISO, normas DIN en Alemania, etc.) y sus certificaciones, pueden ser tenidas en cuenta y resultar de utilidad.

Dentro del *mapa de riesgos* deben diferenciarse dos aspectos: el control interno o autocontrol y el control externo o heterocontrol. El control interno de la propia empresa exige identificar la forma en que se vigilarán las fuentes de riesgo, que se mueve en distintas direcciones:⁷³

- Control *financiero* (aspectos mercantiles, fiscales, prevención de la corrupción, del blanqueo de capitales, de la financiación del terrorismo, etc.). El control de *riesgos financieros* es

un control general o transversal, más o menos exigente según la actividad específica de la empresa, pero que en todo caso debe comprender los riesgos propios que derivan de los delitos económicos fundamentales: los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales, como infracciones que pueden materializarse en cualquier empresa en funcionamiento⁷⁴. Debe puntualizar las unidades organizativas que dentro de su estructura asumen estos riesgos financieros (departamentos de contratación pública o privada, de control interno, de pagos, de tributos, etc.) y establecer, en su caso, procedimientos específicos de control.⁷⁵

- Control *operacional o sectorial* de evitación de riesgos implicados en la producción (singularidades de la empresa: calidad de productos, procesos de producción, riesgo laboral específico, etc.). Cada empresa debe describir los propios riesgos posibles de cara al catálogo de delitos que según el Código Penal habilitan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se pregunta la doctrina si se debe valorar en detalle y con una graduación más o menos estricta el grado de peligro que la actividad empresarial desarrolla de cara a una hipotética lesión de bienes jurídicos. Trasladando aquí el planteamiento que se formula en la prevención de riesgos laborales, que distingue distintos riesgos (triviales, moderados, importantes, intolerables, etc.), se pregunta si el *compliance* debe trazar una ecuación que relacione medidas concretas de prevención según el grado de riesgo, de tal forma que un peligro trivial no requerirá medidas preventivas, y el intolerable las requerirá al máximo. Palma Herrera señala al respecto que el Código Penal no introduce estos matices, sino que exige simplemente que el riesgo esté identificado y previsto en el modelo de *compliance*. Por lo tanto, todos los riesgos posibles deben estar contemplados, sin perjuicio de una necesaria ponderación de las medidas que se

⁷² Cfr. Bermejo, M. y Palermo, O. “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 177.

⁷³ Sobre estos aspectos, ampliamente Nieto Martín, A. “La responsabilidad penal de la persona jurídica...”, *op. cit.*, p. 250 y sig. Vid. también Gómez Martín, V. “*Compliance y derechos...*”, *op. cit.*, p. 128 y sig.

⁷⁴ Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de *compliance*”, en AA.VV. “*Compliance y responsabilidad penal corporativa*”, Navarra, 2017, p. 53.

⁷⁵ Cfr. Galán Muñoz, A. “*Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras*”, en AA.VV. “*Compliance y prevención de delitos de corrupción*”, Valencia, 2018, p. 70.

prevean para neutralizarlo y que se corresponderán con la entidad de dicho riesgo de cara a la actividad empresarial.⁷⁶

- Control *externo*. El instrumento escrito que describe el *compliance* que se aborda debe incluir la forma en la que se evaluará externamente por examinadores imparciales el autocontrol emprendido por la empresa.

3.4. El deber de vigilancia

El deber de vigilancia está directamente relacionado con el riesgo que genera la empresa, que está a su vez condicionado por el tipo de actividad, el número de trabajadores y la entidad de los procesos productivos que se gestionan. Los propios trabajadores se convierten en un factor de riesgo para los directivos y para la propia empresa.⁷⁷

Existe un debate abierto en la ciencia penal para identificar la medida y los interlocutores de los deberes de vigilancia dentro de la empresa. En este contexto, habrá un garante del bien jurídico, que será el superior jerárquico que debe ejercitar el deber de vigilancia. Pero ¿quién es en concreto este sujeto? Sin duda puede adoptar distintas formas: el administrador de la sociedad, los socios, los directivos, el *compliance officer* o aquel en quien hubieran delegado estas competencias. ¿Sobre quién pesa el deber de garantía? Dependerá de muchos factores. Del tipo de empresa o sociedad de que se trata, y también si estamos ante un delito común o especial. En todo caso, como apunta Silva Sánchez, tratándose de una delegación de competencias se aprecia un doble mecanismo: transferencia y transformación. Transferencia porque el delegado asume la posición de garantía. Transformación porque ambos —delegante y delegado— se mantienen ligados a estos deberes específicos.⁷⁸

3.5. Los *papers compliance*

Dentro de las hipótesis que se presentan de cara a la responsabilidad penal de las personas jurídicas apa-

recen extrañas figuras, como los llamados *papers compliance*. Se trata de una mera apariencia de *compliance*, un *compliance* “cosmético” que exterioriza una voluntad fingida pero no real de tomar en serio la prevención de delitos dentro de la empresa.⁷⁹ El *compliance* debe ser individualizado, es decir, debe ser único, trazado a la medida exacta del riesgo que asume la empresa, su objeto social, el número y características de trabajadores, sus relaciones de negocio, la idiosincrasia de la organización, etc., ya que se trata de un documento técnico complejo.⁸⁰ Ello no impide que a nivel legislativo (penal o administrativo) puedan fijarse una serie de contenidos mínimos de deberes de prevención que aportarían seguridad jurídica,⁸¹ tal como ocurre en el Código Penal con algunas causas de justificación o exculpación, fundamentalmente atendiendo a la complejidad de esta materia.⁸² Así ocurre, de manera bastante imperfecta y salvando las distancias, en materia de blanqueo de capitales.

Cada empresa debe reflejar en su *compliance* un amplio abanico de intereses empresariales: los de los propietarios, los de los directivos, los de los trabajadores, intereses sociales, etc.⁸³ Al tener importantes consecuencias penales, el *compliance* debe materializarse contando con asesores técnicos que dominen las peculiaridades de la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas,⁸⁴ pues puede apreciarse en esta materia un frecuente intrusismo, que puede llevar fácilmente al mentado *compliance* cosmético, con total desconocimiento del empresario que lo abona como si fuera un instrumento riguroso.

⁷⁹ Sobre este tipo de instrumentos, *cfr.* Caro Coria, D. C. “Compliance y corrupción”, *op. cit.*, p. 120 y sig., quien recuerda que la empresa Enron contaba con un programa de cumplimiento que cumplía formalmente con todos los requisitos establecidos por las *Federal Sentencing Guidelines*. *Cfr.* también Frago Amada, J. A. “El paper compliance, su detección y el tratamiento procesal del mismo”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 317 y sig.

⁸⁰ *Cfr.* Palma Herrera, J.M. “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances”, en AA.VV., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra, 2017, p.52.

⁸¹ *Cfr.* Neira Pena, A.M. “La defensa penal...”, *op. cit.*, p. 267.

⁸² Esto evitaría la irregular práctica que se aprecia recientemente en España, donde la *interpretación auténtica* de estas materias la está realizando una nueva *fuentes legislativa*: la Fiscalía General del Estado a través de circulares (por ej. Circular 1/2011, Circular 1/2016, etc.).

⁸³ *Cfr.* Sieber, U. “Programas de compliance...”, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁴ *Cfr.* Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁶ *Cfr.* Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...” *op. cit.* p. 54 y sig.

⁷⁷ *Cfr.* Bock, D. “Compliance y deberes de vigilancia ...”, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁸ *Cfr.* Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 81; aunque la posición de garante del delegante pasa a ser secundaria o residual.

3.6. La exclusión del delito corporativo

Se puede manejar un concepto amplio de delitos corporativos, es decir, un importante catálogo de delitos que pueden cometerse dentro de la empresa y en su beneficio (estafas, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra los mercados y consumidores, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, múltiples formas de corrupción, blanqueo de capitales, delitos societarios, etc.). Sin embargo, cuando se habla de delito corporativo en sentido estricto se está haciendo referencia a criminalizar el hecho de no contar con un *compliance* penal dentro de la empresa.

A mi entender, el moderno *compliance* debe enmarcarse en una específica teoría de la motivación para el cumplimiento de las normas jurídicas y éticas, que comprende la prevención de delitos. Sin embargo, no considero defendible que la ausencia de esta autorregulación pueda derivar en sanciones penales o administrativas,⁸⁵ pues se corre el peligro de desviarse hacia la teoría del palo y la zanahoria (*the carrot and the stick approach*), atribuida acertadamente a Jeremy Bentham. Desde esta perspectiva, el *compliance* y sus premios se habrían convertido en la zanahoria, la recompensa exonerante de responsabilidad que se coloca ante los ojos de la empresa mientras se la amenaza con consecuencias negativas —que pueden llegar a materializarse en castigos penales— si no se posiciona dentro del marco de pleno respeto a la legalidad vigente. Pero de utilizar la zanahoria como premio, se iría en el camino de construir un *delito de no tener zanahoria* (delito corporativo).

Obviamente, aún no existe ni debería existir un tipo penal específico que sancione la ausencia de autorregulación, pues con ello se llegaría a un inaceptable *punitivismo extremo*. Aún existe para las empresas el beneficio de la libertad organizativa y, por lo tanto, pueden planificar como deseen su estrategia de cumplimiento normativo, siempre que cumplan las leyes.⁸⁶ Considero, como ha afirmado Feijoo Sánchez, que “A las personas jurídicas no se les castiga por no disponer de un programa de cumplimiento, sino que se les hace responsables de un delito”.⁸⁷ Existe una

vía más artificial o forzada, según la cual a través de la interpretación se habilitaría sancionar penalmente a aquel que no ha implementado un programa de *compliance* en determinados supuestos de delitos cometidos por subordinados. Según Silva Sánchez, en esos casos la implantación de un *compliance* formaría parte de la “sistematización y procedimentalización formalizadas de un modelo de vigilancia de lo superiores sobre los subordinados”. Se trataría de sancionar penalmente al órgano de administración por no haber implementado un *compliance program* si conforme a las características de la empresa dicho procedimiento fuera necesario desde una perspectiva *ex ante*, en la medida en que equivalga a la infracción de un deber de vigilancia. Desde este punto de vista se podría sancionar penalmente también a dichos órganos de administración por la gestión defectuosa del *compliance program*.⁸⁸

La preocupación por que puedan extenderse estos puntos de vista no es menor. La polémica y significativa sentencia de 16 de marzo de 2016 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 221/2016, de 16 de marzo) señala una expresa tendencia a aceptar una nueva figura caracterizable como *delito corporativo*, que se manifestaría a través de la penalización a la persona jurídica por el mero hecho de no contar con un programa de *compliance* eficaz. En otras palabras, la ausencia de control interno dentro de la empresa agotaría el tipo penal en lo que a ella se refiere si se da el presupuesto del delito cometido por una persona física dentro de la empresa y en beneficio de la propia entidad. Esta solución, que se basaría en asumir jurisprudencialmente la teoría de los sistemas auto-poieticos, supone atentar seriamente contra el principio de legalidad penal.⁸⁹ Desde el punto de vista de la fundamentación de la intervención penal, considero que el defecto de organización de la persona jurídica puede incidir en el tipo penal (a través de la teoría del riesgo), pero fundamentalmente lo hará en la culpabilidad, vertebrando así esta nueva forma de respon-

14, quien aclara acertadamente que en realidad las personas jurídicas son corresponsables penales, aunque la persona física concreta que ha realizado el hecho no sea penalmente sancionada. *Cfr.* también Cigüela Sola, J. “La culpabilidad...”, *op. cit.*, p. 354.

⁸⁵ *Cfr.* Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...”, *op. cit.*, pp. 101 y 103.

⁸⁹ Se trataría considerar la existencia de un derecho penal de tipo único. *Cfr.* Ayala González, A. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”, *InDret*, 2019, p.7.

⁸⁵ *Cfr.* Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...”, *op. cit.*, p. 100, nota 73

⁸⁶ *Cfr.* García Caveró, P. “Compliance y lavado de activos”, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁷ *Cfr.* Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...”, *op. cit.*, p.

sabilidad penal, sin que pueda ni deba existir un delito corporativo autónomo para las personas jurídicas fundamentado en la ausencia de un *compliance* penal.

3.7. El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

Particular atención merecen los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y en particular los riesgos de delitos que se materializan dentro del sector financiero y bancario. Podemos destacar, por ejemplo, que la primera exteriorización del *compliance* (no penal) en la legislación china se refiere al sector bancario.⁹⁰ La evolución internacional de estas modalidades delictivas ha venido marcada por las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que se han convertido en derecho positivo en la mayor parte del mundo. Se trata de la manifestación más evidente de la expansión del derecho penal y de la consagración de algunos elementos del *compliance* de forma obligatoria para una serie de empresas. La regulación internacional del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo identifica una serie de sujetos encargados de advertir y denunciar estos delitos, actividades profesionales del sector privado sobre las que pesa un importante número de deberes que asumen la forma de tareas preventivas (vigilancia y control de clientes, conservación de documentos, identificación de identidad y origen de los fondos, etc.). Son los *gatekeepers*, quienes operan en distintos sectores mercantiles (bancarios, seguros, casinos, joyas) y profesionales (abogados, notarios, registradores, asesores y auditores), entre otros. Tratándose de empresas, deben contar obligatoriamente con *compliance officers* para detectar operaciones sospechosas de blanqueo de capitales al margen de auditorías internas y externas de carácter obligatorio.

3.8. Compliance y delitos *ad intra*

Preocupa que desde el Tribunal Supremo español se fomente la necesidad de adoptar programas de cumplimiento criminal, incluso para evitar delitos que no generan responsabilidad penal para las personas ju-

ricas, sino que la prevén exclusivamente para los directivos a título individual (delitos *ad intra*).

La STS 365/2018 de 18 de julio (Ponente Magro Servet, TOL6.677.017) manifiesta:

Cuestión distinta es que en el caso de delitos de apropiación, como aquí ocurre, o de administración desleal se tenga que adoptar con antelación suficiente por las empresas medidas de *compliance* interno, ya que junto con el conocido Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance* programado como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados. De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación no se hubieran dado, y no habría que esperar a detectarlo tardíamente por razón de la confianza; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/ acreedores que son perjudicados por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por el recurrente y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que por el hecho de no incorporar medidas de autocontrol se exonere

⁹⁰ A través de las *Guidelines for the Compliance Risk Management of Commercial Banks* de 2006. Cfr. Li, B. “China report”, *op. y loc. cit.*

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

la responsabilidad criminal. Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato.

Obviamente, el delito *dentro de la empresa* es motivo de importantes reflexiones político-criminales y dogmáticas, debiéndose individualizar claramente la responsabilidad de la persona física y la de la persona jurídica.⁹¹ El daño que puede sufrir la propia empresa y la sociedad por este género de delitos es evidente. Por eso se analizan estrategias preventivas y de gestión del comportamiento desviado dentro de la empresa.⁹² Pero nada de esto lleva a la responsabilidad penal de la persona jurídica que será imputada exclusivamente si obtiene beneficios por el delito cometido, y el delito concreto se enmarca en el *numerus clausus* de infracciones penales que pueden cometer las personas jurídicas, legalmente previsto. En los demás casos, la existencia del *criminal compliance* será indiferente de cara a una atenuación o exoneración de pena de la persona física actuante.

4. El *compliance* en el sector público

Se habla del *public compliance*. En realidad, se trata de aplicar por analogía y artificialmente un mecanismo construido esencialmente para las empresas privadas al sector público. Considero que es un esfuerzo importante con una finalidad muy definida, como es la lucha contra la corrupción y los sobornos en el sector público. Pero lógicamente este nuevo instrumento, denominado por la fuerza de la moda como *compliance*, no reproduce de manera estricta los requisitos previstos para las empresas que operan en el sector privado y cuentan con un espectro mucho más amplio de riesgos. El peligro que suele prevenir el *public compliance* es unidireccional, por lo que se trata de una estrategia anticorrupción,⁹³ que puede be-

neficiarse por analogía de algunos mecanismos preventivos ideados para limitar los delitos que pueden cometer las empresas.

5. La industria del *compliance* en la era del *compliance*

El avance en todo el mundo del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente, simultánea y oportuna exoneración o atenuación de penas si se gesta internamente un modelo de *compliance* penal forma parte de la cultura de nuestro tiempo. Se vincula estrechamente a la expansión del derecho penal. Como apunta González Cussac, estamos ante el poderoso avance de políticas neoliberales y neoconservadoras que han recurrido al llamado *populismo punitivo*, un modelo nuevo en el que entronca perfectamente la responsabilidad penal de la empresa y sus circunstancias eximentes específicas.⁹⁴

En los últimos años esta específica materia ha generado un ingente esfuerzo interpretativo —doctrinal y jurisprudencial—, un extraordinario número de publicaciones e infinitos cursos formativos, por lo que ya puede hablarse de la *industria del compliance*⁹⁵ que estaría conduciendo a una pretendida transformación en las formas de vida y de cultura (*era del compliance*).⁹⁶ Tal vez esta caracterización es dema-

⁹⁴ González Cussac, J.L. “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, p. 94 y sig.

⁹⁵ Cfr. García Cavero, P. “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa”, en AA.VV., *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, México, 2018, p. 259. En épocas recientes se ha extendido la estandarización de los sistemas de gestión del *compliance*, a través de la incursión en esta materia de las reglas de normalización internacional de la International Standard Organization (normas ISO) y en particular en España a través de las normas UNE-AENOR, como por ejemplo la norma UNE 19601: 2017, que se ocupa del sistema de gestión del *compliance* penal. Como resulta obvio, el cumplimiento por parte de la empresa de este nuevo engranaje de la industrialización del *compliance* no garantiza la eliminación del riesgo ni mucho menos la ausencia de responsabilidades penales, pero puede suponer un elemento positivo a la hora de valorar dichas responsabilidades por parte del juzgador. Cfr. Anaya Martín, F. “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en AA.VV., *La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: aspectos prácticos*, Navarra, 2018, p. 45 y sig.

⁹⁶ Ya se habla de *era del compliance* como puede hablarse de la era atómica o de la era de los descubrimientos, apelando a la segunda acepción del concepto de *era* (RAE: Extenso período histórico caracterizado por una gran innova-

⁹¹ Sobre la regulación en los Estados Unidos, ampliamente Fernández Castejón, E. *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU.*, Barcelona, 2017, p. 133 y sig.

⁹² Cfr. Agustina Sanllehí, J. R. *El delito en la empresa*, Barcelona, 2010, p. 207 y sig. y 231 y sig.

⁹³ Así se ve claramente en la legislación china. Cfr. al respecto Li, B. “China report”, *op. y loc. cit.*

siado ambiciosa. Con agudo criterio, muchos empresarios se vienen preguntando qué sentido tiene este monumental incremento de costes que supone la implementación del “entramado *compliance*” dentro de sus empresas. La necesidad y utilidad de estas reformas no suele parecer tan evidente ni crucial. Es una construcción más científica que práctica, sobre la que se han escrito miles de páginas y dictado cientos de cursos, pero que tal vez se ha sobredimensionado y no cumpla con todas las expectativas generadas.

Nos encontramos en un nuevo espacio normativo que ya ha logrado privatizar buena parte de las normas reguladoras de la actividad de las empresas y que más recientemente ha conseguido alcanzar también la esfera penal.⁹⁷ Por ello ha sido calificado como “una extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo”.⁹⁸ En este contexto, aparecen diversas empresas dedicadas a la *certificación* de sistemas de gestión del *compliance* penal, es decir, de comprobar el cumplimiento de una serie de requisitos técnicos. Advértase que esta estandarización —certificación— se pretende presentar como la *regulación* de la autorregulación en el contexto de la “autorregulación regulada”. Es decir, que el papel reservado al Estado para la supervisión —el único que le quedaba, dada su pretendida incapacidad— se deja en manos de las empresas privadas que dictan normas técnicas como la International Standard Organization (normas ISO)⁹⁹ y en España la Asociación Española de Normalización (normas UNE)¹⁰⁰. Así aparecen las normas ISO 19600: 2014 sobre sistemas de gestión de *compliance*, ISO 19601: 2017 sobre sistemas de gestión del *compliance* penal, más recientemente la norma UNE 19602 sobre sistemas de gestión de los riesgos tributarios, etc. También parece oportuno recordar que uno de los factores determinantes de la crisis financiera

ción en las formas de vida y de cultura). Cfr. AA.VV., *Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013.

⁹⁷ Cfr. Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 105 y sig.

⁹⁸ Cfr. Nieto Martín, A. “Introducción”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2014, p. 13.

⁹⁹ Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación”, *op. cit.*, p. 268 y sig. La doctrina recurre de forma insistente como fuentes interpretativas de primer orden a estas reglas técnicas de estandarización y certificación. Así por ejemplo Neira Pena, A. M. “La defensa penal...”, *op. cit.*, p. 282, 304 y sig.

¹⁰⁰ Cfr. Casanovas, A. “Compliance: de la gestión a la gobernanza”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 79 y sig. Muy elogioso respecto a la certificación de estándares de calidad se muestra Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...”, *op. cit.*, p. 26.

mundial del año 2008 vino de la mano de las entidades financieras norteamericanas que otorgaban créditos masivos, productos financieros tóxicos otorgados a sujetos cuya solvencia se basaba en evaluaciones realizadas por *agencias privadas de calificación crediticia*.¹⁰¹

A partir de la entrada en vigor de la norma UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal-Requisitos de orientación para su uso*, se pretende la certificación del cumplimiento de los requisitos técnicos del sistema de gestión del *compliance* a efecto de lograr la exoneración de responsabilidad penal.¹⁰² La mencionada tarea se lleva a cabo por entidades privadas de certificación y, de cumplirse rigurosamente los pasos trazados normativamente, se pretende que ofrezca plena confianza a los tribunales de justicia.¹⁰³ Advértase que en España —como en muchos otros países, por influencia del mundo anglosajón— el Estado se ha autodesplazado de las tareas de normalización y certificación de procesos productivos y de gestión, dejándolos en manos de entidades privadas. La homologación no es administrativa sino privada, aunque gozaría de efectos públicos. Estas tareas, que originalmente se circunscribían a normas técnicas, se han ampliado a los sistemas de gestión, dando el salto a la gestión de riesgos, gestión del *compliance* en general, gestión del *compliance* penal, gestión del *compliance* tributario, gestión antisoborno, etc., y crece la presión para que las responsabilidades penales aquí estudiadas se analicen conforme a las mencionadas

¹⁰¹ Cfr. González de León Berini, A. “Autorregulación empresarial...”, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰² Sobre esta normativa, muy ampliamente, Casanovas Ysla, A. *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 10601*, Navarra, 2017. Se pretende sentar las bases de entendimiento y comunicación acerca de la gestión del *compliance* penal, mejorando la competitividad y reputación de la empresa. Parte de unos fundamentos básicos, como que la normalización esté subordinada a la ley (nada hay más obvio), que prevalezca el principio de proporcionalidad, la estructuración en torno a la idea de riesgo, etc. *Vid.* también Gómez-Jara Díez, C. “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile, 2018, p. 86 y sig. Sobre la certificación en América Latina, puede verse el caso chileno en Matus Acuña, J.P. “La certificación de los programas de cumplimiento”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, 2013, p. 145 y sig.

¹⁰³ Cfr. Bonatti Bonet, F. “Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de compliance penal”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 145 y sig. Muy críticamente González Cussac, J.L. “El plano político criminal...”, *op. cit.*, p. 100, quien advierte en estas certificaciones pretendidamente exonerantes una posible autorregulación encubierta.

reglas de homogeneización.¹⁰⁴ Por una parte, se cuestiona la validez plena de estas certificaciones no obligatorias como exonerantes de responsabilidad penal, en cuanto carecen de una regulación legal en sentido estricto.¹⁰⁵ Considero que se trata de una prueba más —ni única ni determinante— de la voluntad de cumplimiento normativo de la empresa a la fecha de suscripción del documento respectivo. Pero considero mucho más lógico que exista un *organismo público* de certificación, al que las empresas puedan acudir voluntariamente para demostrar las medidas preventivas que han adoptado internamente. Si bien este certificado público no tendría efectos exonerantes o atenuantes automáticos, sí puede servir para demostrar cierto grado de interés en la prevención de delitos.¹⁰⁶

Un sector doctrinal defiende que la existencia de un *compliance penal* que se considere eficaz *ex ante* deriva necesariamente en la afirmación de “que la persona jurídica está cumpliendo con el debido control”.¹⁰⁷ En cualquier caso, serán los propios tribunales de justicia los únicos que podrán —con independencia de certificaciones, opiniones o dictámenes— decidir acerca de la exoneración o atenuación de pena a las personas jurídicas, ya que estas certificaciones no le vinculan. En otras palabras, se equivocan quienes creen que estas certificaciones pueden asemejarse a un *salvoconducto penal*.¹⁰⁸ A lo sumo, servirá para exteriorizar el esfuerzo de la empresa en evitar que en su seno se cometan delitos.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, para el plazo de revisión periódica del *compliance*, *cfr.* Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 63. Cualquier similitud con la revisión técnica periódica de un automóvil es mera coincidencia. La doctrina comienza a aceptar con plena normalidad y vigencia estas tareas de certificación. *Cfr.* Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 104, nota 36.

¹⁰⁵ *Cfr.* Neira Pena, A.M. “La defensa penal...”, *op. cit.*, p. 304 y sig.

¹⁰⁶ Así, Galán Muñoz, A. “Compliance penal ante la corrupción...”, *op. cit.*, p. 79 y sig.

¹⁰⁷ Así, Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...”, *op. cit.*, p. 102 y sig.

¹⁰⁸ Críticamente Gómez Tomillo, M. “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los *compliance programs* y cultura de cumplimiento”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 207. *Cfr.* también González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...”, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁹ *Cfr.* Casanovas Ysla, A. “Compliance penal...”, *op. cit.*, p. 21.

6. Conclusiones

El *compliance penal* es un cuerpo normativo interno de gestión de riesgos penales que se estructura con base en una serie de medidas de distinta naturaleza con un objetivo común: promover el cumplimiento de la legalidad y la ética en la empresa, evitando que en su seno se busquen objetivos empresariales contrarios a la ley, lo que incluye impedir la comisión de hechos delictivos. No se basa en un deber jurídico en sentido estricto, sino en un incentivo para posicionar mejor a la empresa ante determinados riesgos.¹¹⁰ La opción de constituirlo queda en manos de los administradores, sin que exista la amenaza de sanciones específicas en caso de no hacerlo. A partir de allí podremos hablar de integridad en los negocios, de *compliance* y de exoneraciones de pena, pero en un contexto común y no aislado como se nos suele presentar actualmente.¹¹¹

La presencia de un *compliance penal* que se considere eficaz *ex ante* puede llevar a los jueces a considerar su existencia como circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad criminal. En su confección deben intervenir necesariamente técnicos y juristas, entre estos últimos, sin duda, penalistas.¹¹² Para ello, deberían tenerse en cuenta entre otros criterios:¹¹³

- Definición clara de los valores y legislación que debe ser objeto reforzado de respeto en el seno de la empresa.
- Identificación de riesgos previsible, según el tipo de actividad de la empresa (sectores tecnológicos, energéticos, alimentarios, financieros, etc.). Este es un espacio en el que específicamente deben intervenir penalistas, junto a otros expertos, normalmente auditores.¹¹⁴
- El *compliance officer*. Desarrollo de las tareas de supervisión y vigilancia.
- Programación de formas de control, atendiendo a la estructura, la jerarquía y los niveles organi-

¹¹⁰ *Cfr.* Cigüela Sola, J. “La culpabilidad...”, *op. cit.*, p. 352.

¹¹¹ En este nuevo afán de construir urgentemente modelos de gestión y de *compliance*, se desatienden problemas muy complejos y perentorios, como una buena regulación procesal penal para definir lo que se puede imputar o no a una persona jurídica, y sus mecanismos de defensas y eximentes. Sobre los mecanismos procesales, *cfr.* Gimeno Beviá, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2016, p. 34 y sig.

¹¹² *Cfr.* González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...”, *op. cit.*, p. 158 y sig.

¹¹³ *Cfr.* Sieber, U. “Programas de compliance...”, *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁴ González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...”, *op. cit.*, p. 160.

zativos dentro de la empresa.

- Identificación de las necesidades de la empresa (con base en sus actividades y dimensiones).
- Identificación de los códigos de conducta.
- Desarrollo de distintos programas de formación de trabajadores.
- Generación de canales de denuncia.
- Mecanismo de sanciones internas.
- Previsión de controles externos. Funciones de los auditores y evaluación externa del programa.
- Revisión periódica de los programas que actualice el mapa de riesgos y las actuaciones que neutralizan las situaciones de peligro. La puesta en marcha real del programa es la mejor forma de valorar su funcionamiento y sus fallos, que deben ser regularmente corregidos.

Todos estos objetivos y tareas son muy positivos. Estamos viviendo un proceso sin retorno de exigencia a las empresas de un mayor respeto de la ley. Ya no deben tenerse en cuenta de forma exclusiva los riesgos propios de la empresa —conforme a su actividad específica—, sino también los riesgos penales, implementando un modelo de gestión que no solo valore los intereses empresariales internos, sino también los intereses externos y sociales.¹¹⁵

7. Bibliografía

- AA.VV. (2019). *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (Updated April 2019), U.S. Department of Justice - Criminal Division-
- Aguilera Gordillo, R. (2017). “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances”, en AA.VV. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra.
- Agustina Sanllehí, J. R. (2010). *El delito en la empresa*, Barcelona
- Anaya Martín, F. (2018). “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en AA.VV., *La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: aspectos prácticos*, Navarra.
- Ayala González, A. (2019). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”, *InDret*, 1/2019.
- Aznar, E. (2018) ¿Cómo y para qué crear una cultura ética en las organizaciones?”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Bajo Fernández, M. (2012). En AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra.
- Balcarce, F.I. y Berruezo, R. (2016). *Criminal compliance y personas jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires.
- Barbero Santos, M. (1980). *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona.
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona.
- Bermejo, M. y Palermo, O. (2013). “La intervención delictiva del compliance officer”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Bock, D. (2013). “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Bonatti Bonet, F. (2018). “Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de compliance penal”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Braithwaite, J. (1982) “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 7.
- Cancelli, F. (1964) “Diligenza (Dir.Rom.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Milán.
- Caro Coria, D. C. (2018). “Compliance y corrupción”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Caro Coria, D. C. (2018). “Imputación objetiva y compliance penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 30/2018.
- Casanovas Ysla, A. (2018) “Compliance: de la gestión a la gobernanza”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Cigüela Sola, J. (2015). *La culpabilidad colectiva en el derecho penal*, Madrid.
- Coca Vila, I. (2013). “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA.VV., *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona.
- Dal Bo, E. (2006). “Regulatory capture: a Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº2.

¹¹⁵ Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...”, *op. cit.*, p. 27 y sig.

Reflexiones en torno al *compliance penal* y a la ética en la empresa

- Dopico Gómez-Aller, J. (2018) “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del compliance Officer tras la reforma penal de 2015”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Fejoo Sánchez, B. (2012). En AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra.
- Fejoo Sánchez, B. (2016). *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed., Navarra.
- Fernández Castejón, E. (2017). *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en E.E.U.U. ¿un modelo para el Derecho español?*, Barcelona.
- Fernández Teruelo, J.G. (2011). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25.
- Ferré Olivé, J.C. (2018) “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-06.
- Frago Amada, J. A. (2018). “El paper compliance, su detección y el tratamiento procesal del mismo”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Galán Muñoz, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia.
- Galán Muñoz, A. (2018). “Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras”, en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia.
- García Cavero, P. (2014). *Criminal compliance*, ed. Palestra, Perú.
- García Cavero, P. (2018). “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa”, en AA.VV., *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, México.
- García Cavero, P. (2018). “Compliance y lavado de activos”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Gimeno Beviá, J. (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra.
- Gimeno Beviá, J. (2018). “Hacia los DPA y NPA como modelo de imputación de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- Goena Vives, B. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid.
- Gómez Benítez, J.M. (1997). “Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad”, en AA.VV., *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona.
- Gómez Colomer, J. L. (2013). “La persona jurídica acusada en el proceso penal español”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Gómez-Jara Díez, C. (2012). En AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra.
- Gómez-Jara Díez, C. (2018). “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Gómez-Jara Díez, C. (2018). “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Gómez Martín, V. (2013). “Compliance y derechos de los trabajadores”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Gómez Martín, V. (2018). “Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobos?”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Gómez Tomillo, M. (2018). “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los compliance programs y cultura de cumplimiento”. en AA.VV., *Actualidad compliance 2018*, Navarra.
- González Cussac, J.L (2013). “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4/2013.
- González Cussac, J.L. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. González Cussac), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Cussac, J.L. (2018). “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia.

- González de León Berini, A. (2013). “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico- penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en AA.VV., *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona.
- González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. (2013). “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- González Rus, J.J. y Palma Herrera, J.M. (2014). *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid.
- Hernández Cuadra, E. (2018). “La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de compliance”, en AA.VV. (dir. Frago Amada), *Actualidad compliance 2018*, Aranzadi, Navarra.
- Kuhlen, L. (2013). “Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Lascuraín, J.A. (2013). “Compliance, debido control y unos refrescos”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- León Alapont, J. (2019), “Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis a a 5 CP y 31 quater CP”, *Revista General de Derecho Penal*, 31.
- Li, Bencan (2019). “China report”, en *Criminal Compliance*, *Revista Penal*, nº 44.
- Matus Acuña, J.P. (2013). “La certificación de los programas de cumplimiento”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Montiel, J.P. (2013). “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia.
- Muñoz de Morales Romero, M. (2013). “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M. (1993). “The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future”, *Articles by Maurer Faculty*. Paper 2179. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2179>
- Navarro Cardoso, F. (2018). “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal”, en AA.VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia.
- Neira Pena, A. M. (2018). *La defensa penal de la persona jurídica*, Navarra.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid.
- Nieto Martín, A. (2013). “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Nieto Martín, A. (2013). “Introducción”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Nieto Martín, A. (2013). “La privatización de la lucha contra la corrupción”. en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Nieto Martín, A. (2018). “Corrupción en los negocios”, en AA.VV., *Derecho penal*
- Palma Herrera, J.M. (2017). “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances”, en AA.VV., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra.
- Quintero Olivares, G. (2015). “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Navarra.
- Quintero Olivares, G. (2018). “Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal”, en AA.VV., *Derecho penal económico y derechos humanos*, Valencia.
- Ramírez Barbosa, P.A. (2018). “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht”, en AA.VV., *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI*, Bogotá.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2016). *Corruption and Government*, 2ª ed., New York.

- Rotsch, T. (2015). “Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance”, *Anuario de Derecho Penal Económico*, nº 3.
- San Martín Neira, L. (2017). “El deber de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas”, en AA.VV., *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, UNAM, México.
- Sieber, U. (2013). “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Ed. Edisofer, Madrid.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en AA.VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Silva Sánchez, J.M. (2018). “Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Stirpe, A. (2008). *La diligenza come criterio di responsabilità dell’obbligato: evoluzione storica della regola giuridica - Gli amministratori di società*, Luiss, Roma.
- Tiedemann, K. (1988). “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW*, 19.
- Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona.
- Tiedemann, K. (2013). “El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, en AA.VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Villegas García, M. A. (2016). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Navarra.

Las menores de edad víctimas de violencia sexual. La respuesta inconstitucional del Estado mexicano a través del espejismo generado por la NOM-046

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Constitucional de la facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. (fvazquez@up.edu.mx)

RESUMEN: Al afirmar que la modificación a la NOM-46 es un espejismo inconstitucional peligroso, el autor pretende acercar al foro jurídico los argumentos a partir de los cuales advertir los riesgos que dicha norma —y la política pública que subyace detrás de la misma— genera en ese sector vulnerable de la población: las niñas-adolescentes que se encuentren sometidas a círculos de violencia sexual. No hay duda de que el tema propuesto resulta no solo del interés del foro jurídico, sino que reviste una profunda polémica en el ámbito ideológico, político, sociológico y, por qué no decirlo, religioso. Así, la NOM-046 deja a las niñas-adolescentes en la mayor de las desprotecciones, debido a que el Estado mexicano no realiza actuación alguna tendiente a rescatarlas del entorno de violencia sexual en el que pudieran encontrarse, para lo cual genera un espejismo como solución: el aborto. Lo cual, dicho sea de paso, se realiza sin el conocimiento de padres, tutores, ascendientes o de las autoridades especializadas en la promoción y protección de los derechos de la niñez.

PALABRAS CLAVE: NOM-046, derechos de la niñez, violencia sexual, aborto.

ABSTRACT: Claiming that the amendment to NOM-46 is a dangerous unconstitutional mirage, the author intends to bring to the legal forum the arguments from which to warn of the risks that said norm —and the public policy that underlies it— generates in this vulnerable sector of the population: adolescent girls who are subjected to circles of sexual violence. No doubt that the proposed topic is not only of interest to the legal forum, but that it is deeply controversial in the ideological, political, sociological and, why not say, religious. Thus, NOM-046 leaves to adolescent girls in the greatest vulnerability, because the Mexican State does not carry out any action tending to rescue them from the environment of sexual violence in which they might find themselves, for which it generates a mirage as a solution: abortion. Which, incidentally, is done without the knowledge of parents, guardians, ancestors or authorities specialized in promoting and protecting the rights of children.

KEY WORDS: NOM-046, children's rights, sexual violence, abortion.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El espejismo de la NOM-046. 3. Antecedentes de la modificación a la NOM-046; 3.1. En cuanto a su expedición; 3.2. En cuanto a su impugnación. 4. Efectos prácticos derivados de la modificación a la NOM-046: la violación a los derechos de las niñas-adolescentes. 5. Argumentos jurídico-constitucionales en torno a la modificación a la NOM-046; 5.1. Violación al procedimiento (control constitucional formal); 5.2. Violaciones al ámbito de competencia de las entidades federativas (control constitucional formal); 5.2.1. Fórmula de distribución de competencias; 5.3. Violaciones a los principios de interés superior de la niñez, así como a los principios de seguridad y certeza jurídicas (control constitucional y convencional material); 5.3.1. El interés superior del menor como mandato de optimización; 5.3.2. Violaciones al principio de seguridad y certeza jurídicas. 6. Conclusiones.

Resulta una obligación [...] tanto al interior de la familia como para la sociedad y el Estado reconocer y aceptar la responsabilidad de proveer lo necesario para la supervivencia, protección y futuro desarrollo de [...] las menores y adolescentes...*

MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS

1. Introducción

El presente análisis tiene como finalidad advertir los riesgos que ha generado, en perjuicio de las niñas-adolescentes,¹ la *Modificación a los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar; para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada el 16 de abril de 2009* (en lo sucesivo la NOM-046), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de marzo de 2016.

Al afirmar que la modificación a la NOM-046 no es sino un *espejismo inconstitucional*, no pretendo

hacer otra cosa sino acercar al foro jurídico los argumentos a partir de los cuales advertir los riesgos que dicha norma— y la política pública oculta detrás de ella— genera en ese sector vulnerable de la población: las niñas-adolescentes que se encuentren sometidas a círculos de violencia sexual. No hay duda de que el tema propuesto resulta no solo del interés del foro jurídico, sino que reviste una profunda polémica en el ámbito ideológico, político, sociológico y, por qué no decirlo, religioso.

No pretendo, por tanto, dilucidar la bondad o maldad, justicia o injusticia, que desde el punto de vista del *realismo jurídico clásico*² tengan la violación y el aborto —temas que ya he abordado en otros estu-

* Pérez Contreras, María de Montserrat, “Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, septiembre-diciembre 2001, núm. 102, p. 966, [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3697/4531].

¹ Se adopta el concepto de *niña-adolescente* debido a que, de conformidad con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; no obstante, conforme el artículo 5º de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes “son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”.

² Este paradigma jurídico hunde “sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos [y] es clásico por estar sustentado en filósofos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos”. Estos serán los comunes denominadores en el pensamiento de filósofos del derecho que han desarrollado este paradigma jurídico, tales como V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros. (cfr. Forero Forero, Claudia Helena, “Derecho natural: verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, n° 7, 2003/2004, p. 118, [www.filosofyaderecho.com/rtdf]).

dios—,³ sino que más bien pretendo advertir cómo la modificación a la NOM-046, cuyo objetivo original era sin duda loable —tutelar el derecho a la protección de la salud de las mujeres víctimas de violencia— genera, después de su modificación, riesgos de la mayor gravedad para las niñas-adolescentes mexicanas, ya que lejos de propender a la tutela integral de sus derechos las ubica en una situación de desamparo y desprotección.

2. El espejismo de la NOM-046

Un *espejismo* es, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, una *ilusión*, un “concepto o imagen sin verdadera realidad”. Teniendo en cuenta ello, es que pretendo advertir a lo largo de las siguientes líneas no solo la inconstitucionalidad de la NOM-046, esclareciendo las deficiencias jurídico-constitucionales que se actualizaron tanto en el proceso de modificación acaecido en 2016 como en su diseño normativo, sino de igual manera denunciar que el Estado mexicano ha generado una *pseudo* política pública que no es más que una ilusión y una imagen tramposa y sin verdadera realidad.

Con la NOM-046, emitida por la Secretaría de Salud del Gobierno federal, se acerca una “solución” a todas aquellas adolescentes menores de edad que han quedado embarazadas —sea derivado de violencia sexual o no—, a través de facilitarles inconstitucionalmente la práctica del aborto y sin que sus padres, ascendientes o tutores tengan conocimiento de ello.

Así, la NOM-046 deja a las niñas-adolescentes en la mayor de las desprotecciones, debido a que el Estado mexicano no realiza actuación alguna tendiente a rescatarlas del entorno de violencia sexual en el que pudieran encontrarse. Por el contrario, genera por una vía inconstitucional, un *espejismo* con apariencia de

solución: la práctica del aborto sin que exista conocimiento de los padres, tutores, ascendientes de las niñas-adolescentes, o bien, de las autoridades especializadas en la promoción y protección de los derechos de la niñez.

Tal *espejismo* queda al descubierto cuando se advierte, por ejemplo, que existen estudios como el informe de 2015 *Niñas y Mujeres sin Justicia*, realizado por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), en el que se afirma —entre otras cosas— lo siguiente:

Desde GIRE se realizaron solicitudes de acceso a la información a las procuradurías locales de cada entidad federativa y a la Procuraduría General de la República (PGR) sobre el número de denuncias por violación sexual en contra de mujeres en el periodo del 1 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2013. La información recibida es incompleta, algunas entidades reservaron la información, otras enviaron cifras de violación sin especificar la edad o el sexo de la víctima, otras más no respondieron a la solicitud. Esta ausencia de información resulta preocupante.

Con respecto a la violencia sexual en contra de niñas y adolescentes, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) estima que una de cada cuatro niñas sufre de abuso sexual antes de cumplir 18 años, y seis de cada diez abusos sexuales son cometidos en el hogar, por familiares o conocidos cercanos.

La OMS calcula que anualmente alrededor de 73 millones de niños y 150 millones de niñas sufren algún tipo de violencia sexual en el mundo. La presencia de situaciones de abuso y violación sexual dentro de la familia, como en el caso de Rosa, dificultan la denuncia por parte de las víctimas, que frecuentemente se ven amenazadas para guardar silencio.

A pesar de este grave panorama de violencia sexual, el acceso a servicios de aborto seguro en casos de violación es precario o nulo...⁴

De esta forma, organizaciones como la señalada construyen una falacia configurada por una *premisa mayor* consistente en afirmar que existe omisión informativa por parte de autoridades mexicanas (federales y locales) en torno a las denuncias por violación,

³ Véase las participaciones del autor en: *Bioética y aborto. Por una cultura de la vida*, editado por Trillas (2007); *La vida ante la Corte*, editado por ENLACE en 2008; *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, editado por el IJ-UNAM en 2008, con el trabajo “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales”; *En defensa de la Vida: un voto de minoría sobresaliente*, editado por la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C. en 2010, con el trabajo “El voto de minoría a favor de la vida. Un relato de las incongruencias de la sentencia mayoritaria que constitucionalizó el aborto en México”, así como “La defensa del aborto... una tarea constitucionalmente imposible”, *Ars Iuris*, núm. 38, 2007, pp. 291-328 y “El aborto... Una cuestión constitucional”, *Ars Iuris*, ISSN 0188-5782, núm. 37, 2007, pp. 327-360.

⁴ GIRE, *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, 2015. p. 77, [http://informe2015.gire.org.mx/#/ampliacion-causales-aborto].

para luego diseñar una *premisa menor* consistente en señalar que la CEAV y la OMS sí tienen esas cifras, advirtiendo que tales estadísticas dejan ver que “una de cada cuatro niñas sufre de abuso sexual antes de cumplir 18 años y que se calcula que anualmente alrededor de 73 millones de niños y 150 millones de niñas sufren algún tipo de violencia sexual en el mundo”, para luego *concluir* que, a “pesar de este grave panorama de violencia sexual, el acceso a servicios de aborto seguro en casos de violación es precario o nulo”.

En pocas palabras, organizaciones como la citada consolidan el *espejismo* al que me he referido, ya que, ante un panorama en el que lo evidente es la existencia de violencia sexual contra una de cada cuatro menores de edad, lo que esperan como solución es que se facilite el aborto “seguro” como política pública, con lo cual no se atiende la verdadera causa del problema: el entorno de violencia sexual en el que tales menores de edad podrían estar viviendo.

Así, la *ilusión* y el *espejismo* (“concepto o imagen sin verdadera realidad”) se hacen patentes, debido a que el aborto “seguro” nunca será la solución al verdadero problema en el que se encuentran las niñas mexicanas que viven en un entorno de violencia sexual. El aborto nunca será solución a las causas de ese problema debido a que solo evade uno de los efectos: el embarazo; pero nada se dice de las formas en que deberíamos ayudar a estas niñas-adolescentes a salir de tales entornos de violencia.

Organizaciones como GIRE aducen, sí, el respeto al ejercicio de la “libertad” de la mujer a decidir, pero olvidan que el ejercicio de una auténtica libertad implica la reflexión y la elección entre, al menos, dos opciones. Por ello es por lo que las políticas públicas que impulsan una única solución son un *espejismo* al ejercicio de la libertad: ¿en verdad se es libre cuando la única alternativa que acerca el Estado es el aborto? En definitiva, considero que no. Ahí donde no hay opciones, donde no hay diversas alternativas, definitivamente no hay libertad; hay condicionamiento, hay manipulación, hay un *espejismo* con apariencia de solución.

Nótese que, por el contrario, existen iniciativas con altitud de miras. Por mencionar algún ejemplo, en la iniciativa intitulada “La Vida Por Delante”⁵ se coordinan un sinnúmero de organizaciones de la so-

cialidad civil como “Vifac”, “El Poder de Decidir” o “Fundación Origen”,⁶ a efecto de orientar a las mujeres que viven un embarazo —inesperado o no— con información que les sirva de apoyo y ayuda en ese momento de su vida. Así, iniciativas como las mencionadas atienden el problema desde sus causas, ya que brindan atención a mujeres en situación de violencia y vulnerabilidad emocional, promoviendo la dignidad de la mujer y el respeto a sus derechos humanos en el ámbito familiar, educativo, laboral y social, mediante la atención psicológica, orientación legal, médica, gratuita y confidencial que toda mujer, más aún una niña-adolescente, necesita cuando se encuentra dentro de un entorno de violencia y maltrato.

Es por ello por lo que afirmo que el Estado mexicano, al impulsar una política pública como la que subyace a la NOM-046, claudica a la obligación que le impone el artículo 4° de la Constitución, según el cual “*en todas sus decisiones y actuaciones deberá velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez*”, garantizando:

a los niños y las niñas la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral y velando para que ***los ascendientes, tutores y custodios cumplan con la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de tales derechos y principios.*** [Énfasis añadido]

Debido a lo anterior, resulta fundamental desmascarar el *espejismo* y esclarecer la *ilusión* que plantea la NOM-046, objeto primordial del presente análisis. En este propósito, lo primero que debe tenerse en cuenta para realizar el análisis propuesto, y así dar sustento técnico-jurídico al juicio de valor emitido, será clarificar los parámetros que utilizaré para tal efecto. El primero de ellos lo constituirá lo que en el ámbito del derecho constitucional ha sido denominado las *normas sobre la producción jurídica*,⁷ es decir, aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo; el segundo de ellos será lo que la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, unánimemente han denominado *interés superior del menor*.

⁶ Vid. [<http://vifac.org/>]; [www.poderdedecidir.com]; [www.origenac.org]

⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18.

⁵ Vid. [<https://lavidapordelante.mx/>]



En pocas palabras, lo que se propone será advertir los vicios que posee la modificación a la NOM-046, los cuales serán esclarecidos a partir de un ejercicio de control constitucional y convencional, tanto de carácter formal como material.⁸ Dicho lo anterior, pasemos ahora al análisis de algunos antecedentes que me permitirán exponer el caso y su contexto. Veamos.

3. Antecedentes de la modificación a la NOM-046

3.1. En cuanto a su expedición

Como mencioné líneas arriba, el objetivo inicial y original de la NOM-046 era ciertamente conveniente, de ahí que sea importante analizar brevemente su génesis a partir de los siguientes hechos:

Primero. El 20 de octubre de 1999, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el *Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.*

Segundo. El 18 de febrero del año 2000, se publicó en el DOF la respuesta a los comentarios recibidos al proyecto de norma oficial citado. Ello de conformidad con el procedimiento previsto para la emisión de este tipo de disposiciones,⁹ lo cual no busca otro objetivo, sino que el contenido proyectado de una norma oficial mexicana, al ser de carácter técnico —en el caso de la NOM-046 relativo a servicios de atención médica— pueda ser analizado y comentado por los sectores que poseen la pericia en el ámbito técnico a que se refiera la norma.

Tercero. Derivado de lo anterior, el 8 de marzo del año 2000, se publicó en el DOF la *Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de ser-*

vicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.

Cuarto. El 6 de marzo de 2009, se publicó en el DOF el conjunto de respuestas a los comentarios recibidos a la *Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de Servicios de Salud. Criterios para la Atención Médica de la Violencia Familiar; para quedar como NOM-046-SSA2-2005, Violencia familiar; sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.*

Quinto. El 16 de abril de 2009, se publicó en el DOF la *Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar; para quedar como NOM-046-SSA2-2005, Violencia familiar; sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.*

Hasta lo aquí relatado, la norma oficial mexicana objeto de análisis “nacería” al mundo jurídico el 8 de marzo de 2000 y sufriría una primera modificación el 16 de abril de 2009, año en el que ya era identificada como NOM-046. Lo relevante hasta ese entonces es que en su numeral 6.4.2.7, reguló el *aborto médico* en caso de violación en los siguientes términos:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, y **previa autorización de la autoridad competente, en los términos de la legislación aplicable**, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada, **en caso de ser menor de edad, a solicitud de su padre y/o su madre**, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. [Énfasis añadido]

De esta manera, a partir de la entrada en vigor de dicha modificación, las menores de edad víctimas de violación podían solicitar el aborto médico, previa autorización de la autoridad competente y siempre y cuando fuera solicitado a través de su padre, madre o tutor.

Hasta este punto, la NOM-046 contempló requisitos constitucionalmente correctos, máxime que por lo que hace al estatus jurídico que de ilícito penal posee el aborto es necesario para proceder a su realización tramitar las excusas absolutorias o excluyentes de responsabilidad que en cada caso llegasen a requerirse, instituciones jurídicas cuyo desarrollo normativo

⁸ Entiéndase por *control formal* aquel ejercicio en el que se analiza si las normas impugnadas cumplen o no con las *normas sobre la producción jurídica*, es decir, si cumplen con aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo; y por *control material*, aquel ejercicio en el que se analiza el contenido de las disposiciones constitucionales o convencionales a fin de advertir la posible contradicción de una norma o un acto con los valores, principios y normas del parámetro que se utilice para ejercer el control. Esta especie de control implica analizar los límites y alcances de los derechos humanos a efecto de determinar si las normas o los actos los respetan (cfr: Vázquez Gómez, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 163).

⁹ Artículos 43, 44, 45, 46, 47 y 57 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

corresponde a la materia penal, ámbito competencial que desde el punto de vista de la fórmula de distribución de competencias establecida en el artículo 124 constitucional le atañe regular a las autoridades locales (legislaturas de las entidades federativas), no así a las autoridades federales, como lo es la Secretaría de Salud del Gobierno federal.

Misma consideración debe realizarse respecto de la necesaria participación de los padres o tutores de las menores de edad al solicitar el aborto médico, ya que son ellos quienes por mandato constitucional y legal deben ejercer la *patria potestad* o *representación* que permita materializar el *interés superior* de sus menores hijas o pupilas. Tales instituciones corresponden al desarrollo normativo de la materia civil, ámbito competencial que también le atañe regular las autoridades locales, no de las autoridades federales.

Sexto. Posteriormente a ello, dicha disposición sería objeto de otra modificación, misma que para el presente estudio resulta relevante. El 24 de marzo de 2016, sin respetar las formalidades exigidas por la Ley Federal de Metrología y Normalización (LFMN), el titular de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud de la Secretaría de Salud del Gobierno federal publicó en el DOF la *Modificación de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada el 16 de abril de 2009.*

De esta forma, la redacción actual del numeral 6.4.2.7 establece la denominada *interrupción voluntaria del embarazo* para aquellos casos en los que las mujeres hayan sido víctimas de violación. La cláusula normativa lo hace en los siguientes términos:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, **previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de doce años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a**

falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas. [Énfasis añadido]

Como puede advertirse, de su estricta literalidad, con la modificación transcrita, las niñas-adolescentes —de entre 12 y 17 años de edad— pueden acudir a solicitar el aborto sin compañía de su padre, madre, tutor o de alguna de las autoridades especializadas en la promoción y defensa de los derechos de la niñez; es decir, sin el acompañamiento de aquellas personas encargadas de ejercer una representación en suplencia, debiendo para ello presentar un simple escrito, bajo protesta de decir verdad, en el que manifiesten que dicho embarazo es producto de una violación.

Derivado de lo anterior, tal y como expondré a continuación, se violentan los principios fundamentales del derecho penal, del derecho civil, así como el *interés superior de las menores*, el cual, dicho sea de paso, debe guiar las decisiones y actuaciones de todas las autoridades, a efecto de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos que corresponden a este sector de la población, entre ellos el derecho a la protección de la salud.

3.2 En cuanto a su impugnación

Cabe señalar que al momento de realizar este análisis,¹⁰ existen tres controversias constitucionales (*sub judice*)¹¹ que han sido plateadas en contra de la emisión de la NOM-046, a saber:

¹⁰ Enero de 2020.

¹¹ Cabe señalar que, con fecha 05 de agosto de 2019, inició el análisis de las controversias constitucionales en comento y el pleno de la SCJN determinó, con una mayoría de ocho votos contra tres, desechar dos proyectos que proponían invalidar la NOM-046, atendiendo a los vicios formales que más adelante exponderemos. En este sentido, al no alcanzarse la mayoría para aprobar tales proyectos, los expedientes han sido turnados al ministro Luis María Aguilar Morales, quien deberá reformular los mismos, a efecto de analizar los argumentos relativos al control constitucional material, es decir, determinar si la NOM-046 invade o no los ámbitos de competencia de las entidades federativas en materia penal y civil, así como definir si se respeta o no el *interés superior de las menores*.

- **Controversia Constitucional 45/2016.** Promovida por el Poder Legislativo de Aguascalientes en contra del Ejecutivo federal. El actor planteó conceptos de invalidez, en los que sostiene que en el procedimiento de aprobación de la norma impugnada se cometieron violaciones debido a que se otorga al titular de la Secretaría de Salud facultades para modificar la NOM, incluso sin necesidad de que el titular del Ejecutivo federal suscriba el acto.
- **Controversia Constitucional 53/2016.** Promovida por el Poder Ejecutivo de Baja California en contra del Ejecutivo federal. El actor planteó conceptos de invalidez, en los que sostiene que la modificación a la NOM impugnada trasgrede los principios de debido proceso y legalidad contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, al no cumplir con el proceso de modificación a las normas oficiales mexicanas, previsto en los artículos 43, 44, 45, 46, 47 y 57 de la LFMN. Esto, debido a que no se surte el supuesto de excepción contenido en el numeral 51 del cuerpo normativo en comento, toda vez que para su elaboración no se siguió el procedimiento establecido en la LFMN.
- **Controversia Constitucional 54/2016.** Promovida por el Poder Legislativo de Baja California en contra del Ejecutivo federal. El actor señaló que el punto 6.4.2.7 de la NOM vulnera las disposiciones del precepto 16 de la Constitución mexicana, trastocando los principios de debida fundamentación y motivación, toda vez que, con su modificación, el actuar de la autoridad demandada no se ajustó a las disposiciones constitucionales que lo rigen.

En síntesis, las autoridades actoras señalaron que, al modificarse la NOM-046, la Federación no solo vulneró el procedimiento de creación de la norma, sino que conculcó el ámbito competencial de los estados al legislar en lo relativo a los delitos de aborto y de violación. Lo anterior vulnera los principios del sistema federal establecidos en los artículos 40, 41 y 116 de la Constitución mexicana, ya que, por ejemplo, tanto en Aguascalientes como en Baja California, el delito de aborto en caso de violación debe procesarse a través de una excusa absolutoria que requiere autorización de un juez o del Ministerio Público, respectivamente.

4. Efectos prácticos derivados de la modificación a la NOM-046: la violación a los derechos de las niñas-adolescentes

Este apartado resulta del todo relevante debido a que me permitirá advertir que lo que por este medio se analiza no es una cuestión teórica o doctrinal, sino que, por el contrario, posee una practicidad de profunda magnitud, en tratándose de niñas-adolescentes (mayores de 12 años y menores de 18 años). Veamos.

A partir de la entrada en vigor de la modificación a la NOM-046, cualquier niña-adolescente que cumpliera 12 años de edad, ubicándose así dentro del espectro normativo o ámbito personal de validez de dicha norma oficial mexicana, generaría, por ese solo hecho, un impacto actual, real y jurídicamente relevante, tanto (i) en el ámbito personal y directo en la esfera jurídica de la niña-adolescente en su calidad de menor de edad y titular de los derechos propios de la niñez, como (ii) en la esfera jurídica de sus padres, o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, en su calidad de ascendientes y titulares de los derechos y obligaciones que derivan de tales instituciones jurídicas —derechos y obligaciones reconocidos y mandados por la Constitución mexicana y por los tratados internacionales que en la materia ha suscrito el Estado mexicano—.

De esta forma, el hecho de que una niña-adolescente se ubique dentro del espectro normativo o ámbito personal de validez de la NOM-046 y, con ello, se convierta en destinataria de la misma, importa un cambio cualificado y jurídicamente relevante, al punto de que *antes de que las menores de edad cumplieran 12 años*, sus padres o tutores gozaban de la seguridad jurídica en torno a que el interés superior de sus menores hijas o pupilas sería respetado por todas y cada una de las autoridades del Estado mexicano, garantizando así los principios establecidos por la Constitución mexicana —principalmente en su artículo 4°—, los tratados internacionales y las leyes generales de protección a los derechos de los menores de edad. Todo ello basado en un correcto entendimiento de la corresponsabilidad que, respecto de dicha protección, debe existir entre las familias, la sociedad y el Estado, y atendiendo a criterios de transversalidad en el diseño de las políticas públicas.

Cabe destacar que los principios constitucionales a los que me he referido son del tenor siguiente:

Las menores de edad víctimas de violencia sexual. La respuesta inconstitucional del Estado mexicano a través del espejismo generado por la NOM-046

- la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia;
- en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos;
- dicho principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez;
- los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios; y
- el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

No obstante, *después de que una niña-adolescente haya cumplido 12 años de edad, bajo la vigencia de la NOM-046*, tales principios se ven violentados profundamente, ya que la seguridad jurídica tanto de padres y tutores desaparecerá de su esfera jurídica, pues sus menores hijas podrán disponer, por sí solas, de su persona y sus derechos —a través de la práctica del aborto— sin que sus representantes legales siquiera sean considerados en una determinación de tal envergadura.

Asimismo, esta nueva circunstancia —que una niña-adolescente cumpla 12 años— ubica a las menores en un estado de indefensión debido a que, lejos de que el Estado realice todos los actos encaminados a extraerlas del entorno de violencia sexual en el que se encuentren, les permite abortar sin que sus padres o tutores o las autoridades especializadas en la protección de los derechos de la niñez tomen conocimiento de ello.

Resulta por demás oportuno señalar desde ahora la forma en que la Corte mexicana ha conceptualizado una de las nociones que, como parámetro de control, ya he mencionado líneas arriba: el *interés superior del menor*.

Sobre el particular, la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señala como:

critérios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idó-

neo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.¹²

De lo anterior, la misma Primera Sala de la SCJN ha señalado que el *interés superior del menor* debe ser entendido como un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones:

- *como derecho sustantivo*, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida;
- *como principio jurídico interpretativo fundamental*, en el sentido de que, si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y,
- *como norma de procedimiento*, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones en ellos.¹³

De esta forma, el Estado mexicano, a través de la Secretaría de Salud del Gobierno federal, claudica respecto de las obligaciones que tiene en materia de derechos de la niñez, ya que lejos de diseñar una política pública, cuyo principio rector sea el *interés*

¹² Registro No. 2 006 593. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 7, Junio de 2014; Tomo I; Pág. 270. 1a./J. 44/2014 (10a.).

¹³ Registro No. 2 010 602. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 25, Diciembre de 2015; Tomo I; Pág. 256. 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.).



superior del menor, facilitando así el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones constitucionales de sus padres o tutores, aprueba una norma oficial mexicana que promueve la materialización de *ilícitos constitucionales*.¹⁴ Lo anterior debido a que los ascendientes no podrán velar por los derechos de las niñas-adolescentes y, lo que es aún más grave, cualquiera de las menores víctimas de violencia sexual, lejos de ser atendidas de manera integral con miras a extraerlas del entorno de violencia sexual en el que se encuentran, podrían ser acompañadas por sus propios victimarios a solicitar el aborto, perpetrando así la violencia sexual de las que son objeto, sin que el Estado haga nada. Con la sola manifestación bajo protesta de decir verdad proveniente de una menor de edad —lo que de suyo carece de eficacia jurídica— las autoridades del sector salud procederían a practicar el aborto.

Este es, precisamente, el *espejismo* que genera la NOM-046: diseña una política pública que, con apariencia de verdad, parece atender la problemática en la que se encuentran las niñas-adolescentes que han sido (o son) víctimas de violencia sexual; sin embargo, no hace sino revictimizarlas al omitir una atención integral (jurídica, médica, psicológica, espiritual, etc.) que cualquier menor de edad requiere ante actos de este tipo de violencia.

¹⁴ Resulta del todo relevante la *doctrina jurisprudencial* de la Corte mexicana, en torno al concepto de *ilícito constitucional*, en la cual afirma que del “análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades [...] por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional...”. Registro núm. 190 652, COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLEABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES Oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurren en la comisión de un ilícito constitucional. Localización: [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, diciembre de 2000; Pág. 428. 2a. CLX/2000.

5. Argumentos jurídico-constitucionales en torno a la modificación a la NOM-046

En este apartado expondré los argumentos que concretan la violación de la modificación a la NOM-046 respecto de las *normas sobre la producción jurídica*,¹⁵ es decir, aquellas disposiciones que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las prescripciones normativas que componen un sistema jurídico.¹⁶ Veamos.

5.1 Violación al procedimiento (control constitucional formal)

La norma técnica cuya constitucionalidad se cuestiona establece expresamente lo siguiente:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, **conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.**

El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.

¹⁵ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18.

¹⁶ Registro No. 175354. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CUANDO SE ADUCEN CONCEPTOS DE INVOLIDEZ POR VIOLACIONES FORMALES Y DE FONDO RESPECTO DE NORMAS GENERALES DE LOS ESTADOS O DE LOS MUNICIPIOS IMPUGNADAS POR LA FEDERACION, DE MUNICIPIOS RECLAMADAS POR LOS ESTADOS O EN LOS CASOS A QUE SE REFIEREN LOS INCISOS C), H) Y K) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEBE PRIVILEGIARSE EL ESTUDIO DE LOS SEGUNDOS, SI EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE SUBSISTAN NORMAS VICIADAS. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Abril de 2006; Pág. 817. P./J. 47/2006.

En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.

Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.

Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.

6.4.2.8. Para los efectos establecidos en el numeral 6.4.2.7, las instituciones públicas de atención médica, deberán contar con médicos y enfermeras capacitados no objetores de conciencia. Si en el momento de la solicitud de atención no se pudiera prestar el servicio de manera oportuna y adecuada, se deberá referir de inmediato a la usuaria, a una unidad de salud que cuente con este tipo de personal y con infraestructura de atención con calidad.

6.6.1. Corresponde a las y los prestadores de servicios de salud informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, así como de la existencia de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y de las Comisiones Ejecutivas de las entidades federativas o sus equivalentes y de los centros de apoyo disponibles, responsables de orientar a las víctimas sobre los pasos a seguir para acceder a los servicios de atención, protección y defensa para quienes sufren de violencia familiar o sexual, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

6.7.2.9. Anticoncepción de emergencia e interrupción voluntaria del embarazo, conforme a la legislación correspondiente. [Énfasis añadido]

Teniendo en cuenta lo anterior, para los efectos del presente análisis resulta fundamental advertir el contenido del artículo 51 de la LFMN, dispositivo que consagra lo que en el derecho constitucional se denomina *principio de autoridad formal de la ley*, al señalar que “para la modificación de las normas oficiales mexicanas deberá cumplirse con el procedimiento para su elaboración”.

No debe perderse de vista que, por tanto, el procedimiento antes descrito se configura en una garantía del Estado constitucional y democrático de derecho, en la medida en que concreta la vía para que los particulares, y todos aquellos que puedan resentir una afectación por la facultad regulatoria del Estado, manifiesten lo que a su derecho convenga. Se trata, en definitiva, de un procedimiento que acerca el gobierno a los gobernados, a efecto de que aquellos ámbitos que requieran una reglamentación pormenorizada sean regulados de la mejor manera para la sociedad. Por tanto, si tal relación y colaboración se rompe, se afecta de manera directa el principio democrático consagrado en el artículo 39 constitucional, según el cual el pueblo ostenta primigeniamente la soberanía, razón por la cual “todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”.

Ahora bien, una vez clarificado el principio contenido en el artículo 51 de la LFMN, cabe advertir que dentro del mismo se establece una única *excepción*: cuando *no subsistan las causas que motivaron la expedición de una norma oficial mexicana*, las dependencias competentes podrán modificar o cancelar la norma de que se trate sin seguir el procedimiento para su elaboración, precisándose que tal excepción no se surtirá cuando se pretendan *crear nuevos requisitos o procedimientos*, o bien *incorporar especificaciones más estrictas*, en cuyo caso deberá seguirse el procedimiento utilizado para su creación, es decir, no se actualizaría la excepción en comento.

En efecto, en la exposición de motivos presentada al Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo federal, que culminó con la reforma al artículo 51 de la reforma a la LFMN, de 24 de diciembre de 1996, en lo que interesa se señaló lo siguiente:

Se propone que las dependencias competentes puedan cancelar o modificar normas oficiales mexicanas **cuando no subsistan las causas que motivaron su expedición, siempre que no se pretendan crear nuevos requisitos o procedimientos o incorporar especificaciones más estrictas**, en cuyo caso tendrá que seguirse el procedimiento vigente para la elaboración de las mencionadas normas.

Al ser fluido el procedimiento de cancelación o modificación de una norma oficial mexicana en los casos mencionados, se evitarían los eventuales perjuicios a los sectores involucrados. [Énfasis añadido]

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, resulta fundamental conocer la forma en la que fue emitida la modificación a la NOM-046, objeto de análisis. Veamos.

Mediante el oficio folio COFEME/16/0906, suscrito por el C. Julio César Rocha López, coordinador general de Mejora Regulatoria Sectorial de la Comisión de Mejora Regulatoria, se advierte que tal modificación se aprobó mediante el procedimiento de excepción, no mediante el procedimiento ordinario establecido en la LFMN. En resumen, la *ratio decidendi* de la autoridad para justificar la procedencia del procedimiento de excepción para la aprobación de la modificación a la NOM-046 que se cuestiona fue la siguiente:

Bajo esta tesis, toda vez que las disposiciones contenidas en el anteproyecto únicamente tienen como propósito armonizar los términos y conceptos de la normatividad vigente, **sin obligar a los particulares al cumplimiento de nuevos requerimientos o cargas administrativas**, y sin alterar en ningún sentido sus derechos adquiridos, es posible determinar que la emisión de la propuesta regulatoria no les generará costos de cumplimiento.

Aunado a lo anterior, esta Comisión observa que, derivado de la información presentada por la SSA en el formato de solicitud de exención de MIR, con la emisión del anteproyecto **no se crean nuevas obligaciones y/o sanciones para los particulares o se hacen más estrictas las existentes, no se modifican o crean trámites que signifiquen mayores cargas administrativas o costos de cumplimiento para los particulares**, no se reducen o restringen prestaciones o derechos para los particulares y **no se establecen o modifican definiciones, clasificaciones, metodologías, criterios, caracterizaciones o cualquier otro término de referencia, afectando derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares**. [Énfasis añadido]

Ahora bien, por lo que hace a la fundamentación y motivación de la modificación a la NOM-046, debe tomarse en consideración su parte considerativa, advirtiendo de antemano que fue emitida por el subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud de la Secretaría de Salud y presidente del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, ejerciendo las facultades,

precisamente, contenidas en los artículos 40, fracciones III y XI, 43, y 51 de la LFMN:

CONSIDERANDO

Que el 16 de abril de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

Que a partir de la publicación de la Ley General de Víctimas el 9 de enero de 2013, se considera necesario la modificación de los numerales 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 en el cuerpo de la Norma, **a efecto de homologar el contenido de estos numerales a fin de guardar congruencia con los términos establecidos en la Ley General de Víctimas**.

Que los párrafos segundo y tercero del artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización permiten la modificación de las normas oficiales mexicanas sin seguir el procedimiento para su elaboración, siempre que no se creen nuevos requisitos o procedimientos o bien se incorporen especificaciones más estrictas.

Que durante la Primera Sesión Ordinaria del Comité Consultivo Nacional de Normalización, celebrada el día 17 de febrero de 2016, se aprobó la Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de abril de 2009, de conformidad con el segundo y tercer párrafos del artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

Que la presente Modificación se sometió al proceso de mejora regulatoria previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; **obteniéndose la exención de Manifestación de Impacto Regulatorio por parte de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria el día 22 de febrero de 2016, en el cual se eximió a esta Dependencia del Ejecutivo Federal de presentar dicha Manifestación, toda vez que el mismo únicamente pretende homologar en la Norma con las definiciones actuales contenidas en las disposiciones legales vigentes.**

Que el presente instrumento ha sido aprobado por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, he tenido a bien expedir y ordenar la publicación de la siguiente... [Énfasis añadido]

De lo anterior debe destacarse que la modificación cuestionada, según su parte considerativa, pretendió homologar el contenido de la NOM-046 con los términos establecidos en la Ley General de Víctimas, razón por la cual el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades aprobó la modificación, en términos de los párrafos segundo y tercero del citado artículo 51 señalado.

Sin embargo, del contenido del primer párrafo del punto 6.4.2.7, de las modificaciones analizadas, se advierte que:

- se modificaron de manera sustantiva los supuestos para la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, en caso de embarazo por violación, por parte de las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, *cambiando los parámetros legales*;
- se adicionaron *los requisitos para que proceda tal procedimiento, estableciendo dos supuestos no previstos en la NOM-046-SSA2-2005 y, eliminando un requisito* previsto en la citada NOM; y
- se establece que *el personal de salud que participe en el procedimiento no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante*, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5° de la Ley General de Víctimas.

De igual forma, en los párrafos primero y segundo del punto 6.4.2.7, y en los puntos 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9, de las modificaciones analizadas, se substituyen los términos *aborto médico* y *aborto* por el concepto de *interrupción voluntaria del embarazo*. Asimismo, en el punto 6.6.1, se establece la obligación adicional a cargo de los prestadores de servicios de salud de informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, así como informar a la CEAJ y a las comi-

siones ejecutivas de las entidades federativas o sus equivalentes.

Por tanto, se hace evidente que la modificación a la NOM-046, publicada en el DOF el 24 de marzo de 2016, no pudo sustentarse en *la insubsistencia de las causas que motivaron su expedición o que perdiera la razón para la que fue creada*, única excepción que la LFMN establece para que la modificación correspondiente no cumpla con el procedimiento íntegro para la elaboración de las normas oficiales mexicanas.

Por el contrario, la causa que motivó la modificación de la NOM-046, en el punto que interesa, fue la necesidad de establecer las reglas técnicas para la prestación de los servicios de salud pública en el caso de interrupción voluntaria del embarazo cuando este es resultado del delito de violación, estableciendo, entre otros, los supuestos en los que debe prestarse, de qué forma se debe prestar y las obligaciones de los prestadores del servicio.

Aunado a lo anterior, el punto 6.4.2.7 de la modificación que se analiza sí crea nuevos requisitos para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo por parte de las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, dado que en dicho punto se precisa que tales instituciones deberán realizar el procedimiento aludido, *en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación* y, en caso de ser *menor de 12 años de edad*, a solicitud de su padre o su madre o, a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. Se establece también que el personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante.

Por tanto, resulta evidente que *no se actualiza la excepción establecida en el segundo párrafo del artículo 51 de la ley de metrología*, pues la causa de la modificación subsiste y la razón que llevó a su emisión no se ha perdido, aunado a lo cual, crea nuevos requisitos para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo, con lo que genera nuevas cargas y obligaciones para el personal médico involucrado.

Véase el cuadro comparativo siguiente:

Cuadro 1.

Texto anterior	Texto vigente
<p>6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, y <i>previa autorización de la autoridad competente, en los términos de la legislación aplicable</i>, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de <i>aborto médico</i> a solicitud de la víctima interesada, en caso de ser menor de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.</p> <p>En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del <i>aborto</i>, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.</p> <p>Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.</p> <p>Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.</p>	<p>6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.</p> <p>En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.</p> <p>Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.</p> <p>Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.</p>

De esta forma, previo a la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, el personal de salud deberá *verificar si el caso se encuentra dentro de los supuestos permitidos por ley* y actuar conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas; pero debe requerir a la paciente la solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de que dicho embarazo

es producto de violación y, en caso de ser menor de 12 años de edad, requerir la solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de estos, de su tutor, todo ello conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

Así, es evidente que se configura una carga difícil de cumplir para el personal de salud de las instituciones públicas, dado que no son peritos en derecho ni sus funciones públicas se dirigen a ello. Sin embargo,

se les encomienda en principio determinar cuáles son las leyes aplicables al caso (penales o incluso civiles) y, una vez fijado ello, establecer si el caso concreto *se encuentra dentro de los casos permitidos por esa ley*. La modificación a la NOM-046 es tan idealista en su diseño que encomienda al personal de salud *actuar conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas*;¹⁷ sin embargo, en caso de no ser compatibles —como a simple vista puede preverse—, tendrá que realizar una labor de armonización o, en su defecto, de ponderación para determinar cuál debe aplicar.

En pocas palabras, la NOM “faculta” a los integrantes de las instituciones de salud a realizar análisis de riesgo y *test* de ponderación y de proporcionalidad, mismos que resultan de un nivel de complicación que ni los peritos en derecho solemos realizarlos.

Cabe destacar que la NOM-046, en su texto anterior, dejaba en manos de la autoridad competente tales determinaciones jurídicas, dado que señalaba:

en caso de embarazo por violación, y **previa autorización de la autoridad competente**, en los términos de la legislación aplicable, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada... [Énfasis añadido]

Por tanto, si el tercer párrafo del artículo 51 de la LFMN precisa que no se actualiza el caso de excepción cuando se pretendan crear nuevos requisitos o procedimientos y, por ende, deberá seguirse el procedimiento íntegro para la elaboración de las normas oficiales mexicanas, resulta evidente que en el caso concreto no se observó lo previsto en dicho precepto, violentándose así las normas que regulan la producción normativa.

Así pues, tomando en consideración que los poderes públicos están sujetos a la ley en sentido material, es claro que el principio de legalidad se extiende también a aquellas autoridades que ejercen materialmente la función legislativa, dado que también se encuentran sujetos a normas de rango constitucional y legal.

Por lo tanto, como lo ha sostenido la Corte mexicana en diversos precedentes, las facultades de los órganos que ejercen funciones legislativas, lejos de ser ilimitadas, encuentra también sus límites constitucionales y, en caso de transgredirlos, las normas que producen deben ser declaradas inválidas.

Por lo anterior, se advierte que la Secretaría de Salud, al emitir la modificación a la NOM-046, concreta una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, debido a que se infringió el debido proceso y el principio de legalidad.

No pasa desapercibido que los argumentos relativos a la violación del procedimiento de modificación a la NOM-046 a que se ha hecho referencia por sí mismos serían suficientes para invalidarla, ya que, al no cumplirse con la normativa aplicable para crear válidamente la norma general cuestionada —como lo he afirmado—, transgrede las *normas sobre la producción jurídica* y, con ello, el debido proceso y el principio de legalidad consagrados en los artículos 14, segundo párrafo, y 16, primer párrafo, respectivamente, de la Constitución mexicana.

No obstante, resulta fundamental advertir que la Secretaría de Salud del Gobierno federal no solo violentó el procedimiento que debe seguirse ante la expedición de la modificación a la NOM-046, sino que, en continuación al ejercicio de control constitucional de carácter formal que he realizado, considero relevante señalar que incluso carecía de competencia alguna para regular lo que reguló. Es decir, no solo transgredió el procedimiento, sino que emitió una regulación careciendo de competencia para ello. Veamos.

5.2. Violaciones al ámbito de competencia de las entidades federativas (control constitucional formal)

5.2.1. Fórmula de distribución de competencias

Como se sabe, el sistema federal mexicano posibilita la coexistencia de diversos niveles de gobierno dentro del mismo territorio, lo que hace necesaria la existencia de una fórmula de distribución de competencias que permita definir cuáles son los ámbitos competenciales de la Federación, las entidades federativas, los municipios, la Ciudad de México y las alcaldías.

Dicha fórmula tiene por principio la cláusula constitucional contenida en el artículo 124 de nuestra

¹⁷ Cabe señalar que el sentido normativo de la NOM-046 resulta de imposible realización si se advierte que la materia de derechos de las víctimas resulta ser concurrente (artículo 73, fracción XXIX-X de la CPEUM), lo que implica que habrá normativas locales en las 32 entidades federativas que, sin duda, serán diversas aun cuando respondan a una ley marco.

Constitución, la cual señala que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución mexicana a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias. De tal precepto se deriva lo que la doctrina ha denominado *modelo dual de asignación de competencias*, toda vez que, por principio, las materias se arrojan expresamente al ámbito de competencia de la Federación y, de no ser así, se asignan al ámbito de competencia de las entidades federativas. De ahí que a este último ámbito se le conozca como uno de *competencia residual*.

De esta forma, afirma Valencia Carmona que:

en el federalismo clásico la idea era distribuir el poder estatal en dos niveles territoriales distintos, el general y el regional, de modo que a cada uno de ellos incumbía por disposición constitucional una esfera de atribuciones que ejercía de manera autónoma. [Así, el] llamado también federalismo dual, se distingue, en síntesis, por la separación de dos instancias de gobierno, de dos órdenes coextensos, es decir, una mera relación de yuxtaposición.¹⁸

En simples y llanas palabras, en el *federalismo dual* las competencias que no “caen” de un lado —el federal—, “caen” del otro —el local—.

Asimismo, es de explorado derecho que dicho modelo dual de asignación de competencias, se ha venido matizando considerablemente, debido a la incorporación a nuestro constitucionalismo de lo que la doctrina ha denominado el *federalismo cooperativo*. Este se deriva de un sinnúmero de materias que hoy no deben entenderse bajo la lógica de la asignación dual, por ser materias concurrentes, es decir, que deberán ser desarrolladas por los diversos ámbitos competenciales de conformidad con lo que determine la ley general respectiva. En pocas palabras:

el «federalismo cooperativo» [...] tiene por objeto generar un sistema de organización estatal que, sin demeritar la distribución de competencias y las responsabilidades que le son correlativas, posibilite la atención por parte de todos los miembros federados de los grandes retos

¹⁸ Valencia Carmona, Salvador, “En torno al federalismo mexicano”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, México, III-UNAM, 2003, pp. 374 y 375.

que le exigen a todas las autoridades una adecuada y conveniente coordinación y colaboración.¹⁹

Es por ello por lo que en otros trabajos he postulado que, para efectos de llamar con corrección al sistema federal mexicano, habría que utilizar el concepto de *federalismo dúctil*, entendiendo como tal aquel sistema de organización estatal que, partiendo de un federalismo dual, ha asumido características propias del federalismo cooperativo e, incluso, ha incorporado *temperamentos*²⁰ propios de los Estados unitarios, lo que le permite hacer más comprensiva la estructura del Estado y el proceso de institucionalización jurídica del poder.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para efecto del presente estudio, debe destacarse el estatus que guardan las materias penal y civil dentro de la fórmula de distribución de competencias a la que hemos hecho referencia, toda vez que, como se verá, tanto la *materia penal-sustantiva* como la *materia civil-sustantiva* se ubican dentro de la competencia residual con que cuentan las entidades federativas.²¹ Razón por la cual, al incidir el contenido de la NOM-046 en tales temáticas, se concreta una violación a la fórmula de distribución de competencias delineada por la Constitución mexicana. Veamos.

¹⁹ Vázquez Gómez B., Francisco, “El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil. Su naturaleza jurídico-constitucional a la luz de la teoría de los órdenes jurídicos”, *Revista Penal México*, México, núm. 9, septiembre-febrero 2016, p. 221.

²⁰ El concepto de *temperamento* se utiliza en el sentido en el que lo utiliza don Gabino Fraga cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo estos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero este no deja por eso su carácter primordial. (cfr: Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, ed. 40ª, México, Porrúa, 2000, p. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como lo es el siguiente: Registro No. 334 266. RECONSIDERACION ADMINISTRATIVA. Localización: [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; *S.J.F.*; Tomo XLVIII; p. 1332.

²¹ No debe olvidarse que, mediante decretos publicados en el DOF, los días 8 de octubre de 2013 y 15 de septiembre de 2017, a través de los cuales se reformó el artículo 73 constitucional, se determinó que la materia procedimental penal (fracción XXI, inciso c) y las materias procesal civil y familiar (fracción XXX) deberán ser desarrolladas a través de legislaciones únicas, es decir, de carácter nacional.

5.2.1.1. Invasión de competencias en el ámbito penal-sustantivo

Por lo que hace a la materia penal, debe decirse que, por principio, resulta aplicable el artículo 124 constitucional, por lo que dicho ámbito solo puede ser desarrollado por las autoridades federales en aquellos aspectos que expresamente así lo determine la Constitución mexicana.

En ese entendido, el artículo 73 constitucional, fracción XXI, es muy claro al atribuirle al Congreso de la Unión la facultad para legislar en tres ámbitos dentro de la materia penal, a saber: (i) establecer los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; (ii) en materia de delincuencia organizada; y (iii) expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Asimismo, y como una de las excepciones al artículo 124 constitucional, el artículo 73, fracción XXI, inciso a), le mandata al Congreso de la Unión a 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, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral. Este ámbito es una excepción al *modelo dual* de asignación de competencias, debido a que la Constitución refiere que respecto de esos delitos la procuración e impartición de justicia será concurrente, al punto de que la cláusula constitucional analizada señala en su segundo párrafo que tales leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y la Ciudad de México.

Pero en todo caso, lo fundamental es advertir que, desde el punto de vista de la fórmula constitucional de distribución de competencias, la *materia penal-sustantiva* permanece en el ámbito de la competencia residual de las entidades federativas, razón de más para que cada una de ellas expida, a través de sus órganos legislativos locales, un código penal que establezca

los delitos y faltas locales, así como las sanciones que por ellos deban imponerse.

Teniendo en cuenta lo anterior, la violación al ámbito de competencia local en *materia penal-sustantiva* se actualiza en la medida de que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 impacta y modifica, por ejemplo, la forma y requisitos en que deben operarse figuras como las excluyentes de responsabilidad o las excusas absolutorias ante tipos penales como el aborto en caso de violación. Nótese el problema de la norma cuestionada.

De esta forma, la NOM-046 posibilita la práctica de una conducta tipificada como delito por todos los códigos penales de la República mexicana, el aborto, incluidos el Código Penal para el Estado de Aguascalientes (CPEA) y el Código Penal para el Estado de Baja California (CPEB), entidades que promovieron las controversias constitucionales referidas anteriormente, alterando el procedimiento que tales códigos establecen para la aplicación de las excusas absolutorias que ambos contemplan.

Así, por ejemplo, el artículo 103 del CPEA²² establece que para que el aborto practicado en casos de violación no sea sancionado se requiere que, en cualquier etapa del procedimiento penal, a petición de la víctima, la autoridad judicial autorice la realización del aborto para que sea practicado por personal médico especializado; mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 señala que el personal de salud deberá prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación, sin estar obligado a verificar el dicho de la solicitante.

De manera similar, el artículo 136, fracción II, del CPEB²³ señala que el aborto no será punible cuando sea

²² “Artículo 103.- Exclusión de aborto doloso. No se considerará Aborto Doloso, y por ende no se aplicará pena o medida de seguridad alguna cuando de no practicarse el aborto, la mujer embarazada corra grave peligro de muerte, a juicio del médico que la asista y de otro a quien éste consulte, si ello fuere posible y la demora en consultar no implique peligro.

“Cuando el embarazo haya sido causado por hecho punible tipificado como violación en cualquier etapa del procedimiento penal iniciado al efecto, a petición de la víctima, la autoridad judicial podrá autorizar la realización del aborto, para que sea practicado por personal médico especializado, sin que ello conlleve las consecuencias jurídicas descritas en el presente capítulo”.

²³ “Artículo 136.- Aborto no punible. - El aborto no será punible:

“II.- Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial.- Cuando el embarazo sea resulta-



resultado de una violación, siempre que se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica; mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 altera sustancialmente la aplicación de la excusa absolutoria mencionada.

Es más, la invasión de la NOM-046 respecto del ámbito competencial que en *materia penal-sustantiva* poseen las entidades federativas se ratifica al advertir que, conforme al punto 6.6.1 de la misma, las y los prestadores de servicios de salud solo deberán informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Es decir, mientras que, conforme a los códigos penales citados, para practicar un aborto a una mujer embarazada por motivo de una violación se hace indispensable la denuncia y el inicio del procedimiento penal correspondiente, al punto de que se requiere autorización judicial —en Aguascalientes— o del Ministerio Público —en Baja California—, la NOM-046 soslaya tales actuaciones y, con ello, invade un ámbito que solo le corresponde desarrollar a dichas entidades federativas. Lo que, además, como se verá más adelante, genera una violación a los principios de seguridad y certeza jurídicas, tanto para las niñas-adolescentes y sus padres como para las mujeres embarazadas y el personal de salud que participe en el aborto.

Por último, debe advertirse que tanto las *excluyentes de responsabilidad* como las *excusas absolutorias*, más allá de la diversa naturaleza jurídica que poseen,²⁴ son instituciones jurídicas pertenecientes al

derecho penal sustantivo, es decir, por ningún motivo puede plantearse que tales institutos sean parte del derecho penal adjetivo y, bajo tal premisa, pretender afirmar que su regulación y desarrollo le correspondería al Congreso de la Unión a través del Código Nacional de Procedimientos Penales. Lo anterior se confirma, precisamente, al advertir que dicho código es omiso por completo al regular tales tópicos. Como ya se dijo, el desarrollo de tanto las *excluyentes de responsabilidad* como las *excusas absolutorias*, al pertenecer al derecho penal sustantivo, se encuentra dentro del ámbito competencial de las entidades federativas.

En definitiva, de lo anterior debe concluirse que la NOM-046 invade el ámbito competencial que, en materia penal sustantiva, le confiere la Constitución mexicana a las entidades federativas, ya que modifica sustancialmente, por ejemplo, la forma en que resultan procedentes las excusas absolutorias en los estados de Aguascalientes y Baja California, generándose con ello una profunda inseguridad e incertidumbre jurídica, tanto para la niña-adolescente embarazada y sus padres como para la mujer embarazada y el personal de salud que practique abortos bajo el marco regulatorio de la norma analizada.

5.2.1.2. Invasión de competencias en el ámbito civil

Por lo que hace a la *materia civil-sustantiva*, resulta igualmente claro que, conforme al artículo 124 constitucional, dicho ámbito solo puede ser desarrollado por las autoridades locales, debido a que lo único que se ha determinado sea regulado por el Congreso de la Unión, a través de legislación única, son las materias procesal-civil y procesal-familiar.

Teniendo en cuenta lo anterior, la NOM posibilita acciones que tienen impacto directo en el derecho

do de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica...”.

²⁴ La *excusa absolutoria* consiste en que sí existe una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito, es decir, tienen como efecto la determinación de que sí existió la conducta típica y el respectivo delito (sus elementos y la responsabilidad del agente), pero por determinadas razones el legislador considera que no debe aplicarse la pena, por lo que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena.

Por su parte, en la *excluyente del delito* no se integra el delito y, por tanto, no existe responsable y mucho menos una pena, es decir, implica que no puede considerarse que existió un delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos propios o ajenos, o ante la inexistencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal, aunque se cometa alguna de las conductas típicas. (cfr: Registro No. 165 259. EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 18. P. V/2010. Registro No. 187 799. EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; Tomo XV, Febrero de 2002; Pág. 592. P./J. 11/2002.)

civil local, debido a que las niñas-adolescentes, aun siendo menores de edad, podrán solicitar, *motu proprio* y sin participación alguna de quienes ejerzan la patria potestad, la práctica del aborto, con lo cual se alteran los principios relativos a la personalidad jurídica desarrollados por todos los códigos civiles de la República mexicana, incluidos el Código Civil para el Estado de Aguascalientes (CCEA) y por el Código Civil del Estado de Baja California (CCEBC), entidades que promovieron las controversias constitucionales referidas anteriormente. Con lo anterior se vulnera, dicho sea de paso, el principio del interés superior de los menores, según el cual, su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a su vida.²⁵

Así, por ejemplo, los artículos 20, 435, 436 y 437 del CCEA²⁶ disponen que: (i) la minoría de edad es una restricción a la personalidad jurídica pudiendo los menores ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes; (ii) los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley; (iii) la patria potestad se ejerce sobre la persona de los hijos; y (iv) la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres o los ascendientes en segundo grado (los abuelos en caso de que falten los padres) en el orden que determine el juez de lo Familiar. Por el contrario, el punto 6.4.2.7 de la

NOM-046 permite que una menor de edad, aun sin el conocimiento de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad, manifieste bajo protesta de decir verdad que su embarazo es producto de una violación y, derivado de ello, que el Estado le practique un aborto.

De igual forma, los artículos 23, 409, 410 y 415 del CCEBC²⁷ disponen idénticas reglas que las mencionadas en la legislación civil del estado de Aguascalientes, mientras que el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 las modifica, dándole plenos efectos jurídicos a un acto realizado por una menor incapaz —manifestación bajo protesta de decir verdad— a fin de que sea sometida a una intervención consistente en un acto que, dicho sea de paso, se encuentra tipificado como delito en dicha entidad federativa.

Una vez puntualizadas las violaciones que la norma impugnada actualiza a partir de la invasión del ámbito competencial que la Constitución mexicana arroga a las entidades federativas en las materias penal-sustantiva y civil-sustantiva, procederé a explicar las violaciones que se derivan de la realización del control constitucional y convencional de carácter material. Veamos.

5.3 Violaciones a los principios de interés superior de la niñez, así como a los principios de seguridad y certeza jurídicas (control constitucional y convencional material)

5.3.1. El interés superior del menor como mandato de optimización

Por mandato constitucional y convencional, replicado en distintas leyes generales y reiterado en la Ley de

²⁵ Registro No. 2 012 592. INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESCRITO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES. Localización: [J] ; 10a. Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 34, Septiembre de 2016; Tomo I ; Pág. 10. P./J. 7/2016 (10a.).

²⁶ “Artículo 20.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 435. Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

“Artículo 436. La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las leyes aplicables”.

“Artículo 437. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

“A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

²⁷ “Artículo 23.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 409.- Los hijos menores de dieciocho años de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

“Artículo 410.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de las personas menores de dieciocho años de edad, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con Leyes y Reglamentos relativos a las personas menores de dieciocho años de edad infractores.”

“Artículo 415.- A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 411, en el orden que determine el Juez de Primera Instancia de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”



Amparo, el *interés superior del menor* constituye una directriz que debe observar la familia, la sociedad y las autoridades del Estado, sin importar el ámbito de su competencia, lo que significa que debe, al momento de tomar cualquier decisión, ubicar en primer lugar el beneficio de los menores.

Para efectos del presente estudio, es importante señalar que los derechos y principios a través de los cuales se materializa el interés superior del menor encuentran sustento en el siguiente marco normativo:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Parámetro de regularidad constitucional

Artículos	Norma jurídica
1° y 4°	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2 y 25.2.	Declaración Universal de los Derechos Humanos
3.1., 18.1, 18.2., 19.1., 19.2, 24	Convención Sobre los Derechos del Niño
8, 13, 19	Convención Americana sobre Derechos Humanos
10.3., 12, 14, 24.1	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ²⁸
1 y 2	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
9	Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
2, 3, 6, fracción I, 18, 22, 23, 24, 26 fracción I, 42, 50, 83 fracción I, 86, fracción III, 106 y 114	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
28, inciso c)	Ley de Asistencia Social
5	Ley General de Víctimas
6, fracción III, 65, 77 bis 4, 166 Bis 8, 168, fracciones II, IV y V, 170	Ley General de Salud

²⁸“Artículo 12.

”1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

”2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

”a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

”b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

”c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

”d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
Parámetro de regularidad constitucional

Artículos	Norma jurídica
1, 2, 3, 5, fracciones VI y VIII, 47, fracción X, 49 XXIV,	Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (10.1)
Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985
ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 4, La Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 5, Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 de 20 de julio de 2009.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13 de 18 de abril de 2011.
ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.
ONU, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas en la resolución 205/20 de 22 de julio de 2005.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de 28 de agosto de 2002. Opinión Consultiva OC-17/02
Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños

Como he mencionado líneas arriba, no debe pasar desapercibido que, conforme a jurisprudencia firme emitida por el pleno de la SCJN, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad.

En esa lógica, “cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y estas inciden sobre los derechos de los niños,

niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida”, de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en la que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.²⁹

²⁹ Registro No. 2 012 592. INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESCRITO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 34, Septiembre de 2016; Tomo I; Pág. 10. P.J. 7/2016 (10a.).



Teniendo en cuenta lo anterior, y a efecto de advertir la desproporcionalidad de la medida prevista por la NOM-046, resulta importante advertir que, por ejemplo, en el estado de Aguascalientes una menor de edad no puede bajo ningún motivo contraer matrimonio³⁰ —ni con la autorización de sus padres—, o bien, que en el Estado de Baja California para contraer matrimonio se requiere ser mayor de edad, y solo los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas, prohibiendo de manera absoluta las dispensas para menores de 16 años.³¹ No obstante, conforme a la NOM-046, una niña-adolescente de, por ejemplo, 13 años de edad, puede practicarse un aborto sin que sus padres o tutores, o quienes ejerzan la patria potestad, o las autoridades competentes especializadas en la protección de los derechos de la niñez, tengan conocimiento de ello.

En este sentido, mientras que el derecho civil local tutela y concreta el principio del *interés superior del menor* prohibiendo o dificultando de manera importante que las menores contraigan matrimonio, la NOM-046 altera sustancialmente las reglas de la personalidad jurídica establecidas en aquel derecho, a efecto de posibilitar que una declaración bajo protesta de decir verdad, emitida por una menor incapaz, surta plenos efectos jurídicos y pueda practicársele a la menor un aborto, lo cual, como ya se mencionó, tiene la agravante de que dicho procedimiento está tipificado como delito por las leyes penales.

De esta manera, el Estado renuncia a su obligación de brindar una tutela reforzada a los derechos de la niñez.

5.3.2 Violaciones al principio de seguridad y certeza jurídicas

Como es de advertirse, el parámetro de regularidad constitucional del que debe partirse para desarrollar este apartado se hace consistir, en primer lugar, en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución mexicana. Sobre el particular, la Primera Sala de la SCJN ha sostenido que tal cláusula constitucional re-

conoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de la Corte mexicana, del que cabe realizar —sostiene la Primera Sala— un recuento en dos vertientes de los elementos que lo integran en la actualidad, a saber: (a) el elemento referido a las formalidades esenciales del procedimiento, y (b) el elemento relativo a determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos.³²

En segundo lugar, sirve de parámetro de regularidad constitucional el precepto contenido en el primer párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución, según el cual se garantiza que cualquier afectación a la esfera jurídica del ciudadano, por minúscula que esta sea, solo será constitucionalmente admisible si existe un acto de autoridad que cumpla con los siguientes requisitos, a saber: (i) un mandamiento escrito, (ii) emitido por la autoridad competente, y (iii) que funde y motive la causa legal del procedimiento.

De esta forma, ambas cláusulas constitucionales no hacen sino reconocer los *principios de seguridad y certeza jurídicas*, ya que establecen los límites que deben ser respetados por la autoridad cuando pretenda emitir actos de privación o actos de molestia que incidan en la esfera jurídica de los ciudadanos. Es, por tanto, el respeto a tales principios uno de los principales aportes del constitucionalismo, ya que se concreta y materializa la aspiración de que el derecho se erija en un verdadero límite al ejercicio del poder.

Por tanto, la Constitución mexicana, a través de los artículos 14 y 16, distingue y regula de manera diferente los *actos de privación* respecto de los *actos de molestia*, pues a los primeros —que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del ciudadano— los autoriza únicamente a través del cumplimiento de

³⁰ “Artículo 145.- La edad mínima para contraer matrimonio será de 18 años”.

³¹ “Artículo 145.- Para contraer matrimonio, tanto el hombre como la mujer, necesitan haber cumplido dieciocho años. Los Presidentes Municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas. No se otorgara dispensa a ningún menor de dieciséis años”.

³² Registro No. 2 005 401. DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 2, Enero de 2014; Tomo II; Pág. 1112. 1a. IV/2014 (10a.).

determinados los requisitos precisados en el artículo 14, como son la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales de un procedimiento en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado.

En cambio, a los *actos de molestia* que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del ciudadano, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito emitido por una autoridad con competencia legal para ello, en donde funde y motive la causa legal del procedimiento.³³

Ahora bien, para este punto en particular, me permitiré reproducir la NOM-046 en la parte que interesa:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo **en los casos permitidos por ley**, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o **conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.**

En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.

Se deberá respetar la objeción de conciencia del per-

sonal médico y de enfermería encargados del procedimiento.

Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables. [Énfasis añadido]

Como puede observarse, atendiendo al parámetro de regularidad constitucional antes mencionado —principios de certeza y seguridad jurídicas—, las porciones normativas en que se señala que deben prestarse los servicios de interrupción voluntaria del embarazo *en los casos permitidos por ley*, así como que las menores de 12 años de edad podrán solicitar dicho servicio a solicitud de su padre y/o su madre o, a falta de estos, de su tutor o *conforme a las disposiciones jurídicas aplicables*, generan confusión y una violación a tales principios. Esto se debe a que —como se verá enseguida—, al tratarse de una norma que remite en forma general a “los casos permitidos por la ley” y a “las disposiciones jurídicas aplicables”, genera un reenvío que, lejos de clarificar, crea dudas, incertidumbre y confusión para los destinatarios de esta. Veamos.

5.3.2.1 Inseguridad jurídica en el ámbito penal

No pasa desapercibido que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que ha configurado la SCJN, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta solo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, sin importar su jerarquía, a la hora de ser aplicadas deben interpretarse de acuerdo con los preceptos constitucionales, de forma que en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión se elija aquella que se ajuste al parámetro constitucional.

En otras palabras, esa supremacía intrínseca no solo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas.

³³ Registro No. 200 080. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Julio de 1996; Pág. 5. P./J. 40/96.

Este principio de interpretación a la Constitución conforme de todas las normas del ordenamiento, reiteradamente utilizado por los tribunales constitucionales, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución; de manera que solo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse.³⁴

Derivado de lo anterior, nada impediría realizar una *interpretación conforme*,³⁵ en la que la porción normativa que contempla “los casos permitidos por la ley”, sea entendida en el sentido de que el operador, previo a realizar alguna acción, requiere remitirse a la legislación de la materia, a efecto de advertir cuáles son los supuestos en los que está permitido el aborto y, conforme a ello, actuar en consecuencia.

No obstante, no perdamos de vista que el personal médico, el de enfermería y los demás intervinientes en el proceso correspondiente, al no ser peritos en derecho, podrían interpretar la norma controvertida de manera directa, sin verificar los supuestos en que la legislación correspondiente lo permita; o en su caso, al no conocer o no comprender el alcance de los supuestos previstos en la legislación aplicable, podrían determinar no practicar la interrupción del embarazo, aun cuando fuere conducente, toda vez que estos, al no ser expertos en derecho, no conocen cuáles son

las leyes que deben aplicar al momento de brindar el servicio de salud que corresponda.

En efecto, la porción normativa a la que se ha hecho alusión impide que los intervinientes en el proceso de aborto conozcan con precisión cuál es el parámetro jurídico correcto para practicarlo.

Otro aspecto que ocasionaría falta de certeza jurídica en la aplicación de la NOM-046 consiste en advertir que el punto 4.1 de la misma define al aborto médico como la “terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”.³⁶ Por lo antes descrito, el punto 4.1. de la NOM-046 se contrapone a lo dispuesto por el punto 6.4.2.7 de la misma norma. El primero de ellos estipula que la terminación del embarazo o aborto se realizará de conformidad con la legislación local aplicable, misma que en el caso lo constituyen, por un lado, el artículo 103 del CPEA³⁷ y, por el otro, el artículo 136, fracción II, del CPEB;³⁸ esto es, en Aguascalientes y Baja California, el aborto se puede practicar cuando el embarazo es producto de una violación sí y solo sí existe la petición de la víctima y una autorización del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público —dependiendo de la entidad federativa de que se trate—. No obstante, el punto 6.4.2.7 de la NOM-046 no contempla que, previo a la supuesta interrupción voluntaria del embarazo, la solicitante deba requerir la autorización de las autoridades antes señaladas a

³⁶ “4. Definiciones.

”Para los fines de esta norma se entenderá por:

”4.1. Aborto médico, terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”.

³⁷ “Artículo 103. Exclusión de aborto doloso [...]

”Cuando el embarazo haya sido causado por hecho punible tipificado como violación en cualquier etapa del procedimiento penal iniciado al efecto, a petición de la víctima, la autoridad judicial podrá autorizar la realización del aborto, para que sea practicado por personal médico especializado, sin que ello conlleve las consecuencias jurídicas descritas en el presente capítulo”.

³⁸ “Artículo 136.- Aborto no punible. - El aborto no será punible:

”II.- Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. - Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica...”.

³⁴ Registro No. 2 005 135. INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 1, Diciembre de 2013; Tomo I; Pág. 530. 1a. CCCXL/2013 (10a.).

³⁵ Lo enunciado, con fundamento en la jurisprudencia cuyos datos de localización son los siguientes: Registro No. 195 031. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA A EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIGIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo VIII, Diciembre de 1998; Pág. 824. P. /J. 79/98.

fin de que pueda acceder a la atención médica correspondiente.

Así las cosas, las niñas-adolescentes, sus padres, las mujeres embarazadas y el personal de salud que participe en el aborto de conformidad con la NOM-046 podrían interpretar la norma en cualquiera de las siguientes alternativas: (i) en el sentido de que es necesaria la presentación de la denuncia por el delito de violación a fin de que pueda procederse a la aplicación de la excusa absolutoria, o bien, (ii) en el sentido de que tal denuncia no es necesaria por lo mandado en la NOM-046. Con ello se genera una violación al principio de certeza jurídica, por lo que resultaría fundamental que exista una declaración de invalidez, o bien, que sea determinado el alcance de la NOM-046 a través de una *interpretación conforme*.

Así, se clarificaría que las personas que intervienen en el proceso de aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, lo deben realizar acudiendo a la legislación penal local aplicable al caso concreto. De esta forma los intervinientes en la aplicación de la NOM-046 no incurrirán en alguna falta u omisión que pudiera estar sancionada por las leyes penales.

Es más, nótese que la inseguridad jurídica que se genera es de tal magnitud que, por ejemplo, el personal médico que en el estado de Aguascalientes y en el de Baja California aplique la NOM-046 de acuerdo a la segunda de sus vertientes interpretativas —no atender al procedimiento establecido en la legislación penal local para la aplicación de la excusa absolutoria— estarían cometiendo el delito de aborto y, por tanto, actualizaría claramente los supuestos a que se refieren el artículo 102 del CPEA y el artículo 135 del CPEB, los cuales son del tenor siguiente:

Código Penal para el Estado de Aguascalientes

ARTÍCULO 102.- Suspensión en caso de aborto.

Cuando el Aborto Doloso lo realice un médico, cirujano o partero, además de la punibilidad establecida en el Artículo anterior, se le suspenderá de 2 a 5 años en el ejercicio de su profesión u oficio.

Código Penal para el Estado de Baja California

Artículo 135.- Pena adicional para el aborto causado por un médico o auxiliar.- Si el aborto lo provocare un médico, cirujano, partero, enfermero o practicante; se le impondrá de tres a diez años de prisión y además se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

De esta forma, aquel personal médico que, por ejemplo, en Aguascalientes y Baja California apliquen la NOM-046 sin cuestionamientos, no habrá duda de que estarían actualizando los supuestos antes mencionados y, con ello, estarían poniendo en riesgo el ejercicio de su profesión.

En suma, tanto la porción normativa “en los casos permitidos por la ley” del punto 6.4.2.7 de la NOM-046 como el contenido —que no fue objeto de modificación— del punto 4.1, que define al aborto médico como la “terminación del embarazo realizada por personal médico, en los términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”, resultan contradictorios con el punto 6.4.2.7 de la norma oficial en la parte que dispone que “el personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante”, así como con el punto 6.6.1 de la misma, en la parte que dispone que:

las y los prestadores de servicios de salud sólo deberán informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Es decir, las primeras porciones normativas señaladas, al referirse a “los casos permitidos en la ley” y a “la legislación local aplicable y previo cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en ésta”, remiten a los códigos penales locales y, por tanto, establecen que para practicar el aborto a una mujer embarazada por motivo de una violación se hace indispensable la denuncia y el inicio del procedimiento penal correspondiente, al punto de que se requiere autorización judicial —Aguascalientes— o del Ministerio Público —Baja California—; mientras que las segundas porciones normativas identificadas no hacen sino obviar tales actuaciones, ya que el personal médico solo deberá informar a la víctima de su derecho a denunciar, debiendo practicar el aborto sin verificar que el dicho de la solicitante en torno al delito de violación sea cierto.



5.3.2.2. Inseguridad jurídica en el ámbito civil

Como ya se advirtió líneas arriba, existe una invasión al ámbito de competencias de las entidades federativas en materia civil por parte de la NOM-046, en la medida en que trastoca y modifica sustancialmente los principios y reglas relativas a la personalidad y capacidad jurídica de las menores de edad, al punto de que la norma cuestionada dota de plenos efectos jurídicos a la declaración bajo protesta de decir verdad de una persona que, conforme a dichos principios y reglas, es incapaz jurídicamente; razón por la cual, solo podría actuar a través de sus representantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, permítame, querido lector, reproducir nuevamente la norma cuya constitucionalidad se cuestiona:

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o **conforme a las disposiciones jurídicas aplicables**. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas. [Énfasis añadido]

Nótese que por lo que hace a la declaración bajo protesta de decir verdad, así como a la autorización de los padres o tutores en caso de niñas menores de 12 años, la norma impugnada termina por remitir “a las disposiciones jurídicas aplicables”. En este sentido, si se parte por admitir —como no puede ser de otra forma— que la personalidad y capacidad jurídicas son ámbitos del derecho civil, y este a su vez se encuentra dentro de la competencia residual de las entidades federativas, no hay duda de que las disposiciones jurídicas aplicables no son otras que los códigos civiles locales. Sin embargo, la propia NOM-046, en sus líneas

precedentes, altera, como ya se analizó, las reglas de tales ordenamientos.

Por tanto, existe una violación a los principios de seguridad y certeza jurídicas, debido a que de la interpretación literal del punto 6.4.2.7 de la NOM-046 se derivan dos posibles interpretaciones, a saber: (i) que para el caso de niñas-adolescentes (menores de 18 años pero mayores de 12 años) deba acudir a las disposiciones jurídicas aplicables —léase los códigos civiles de las entidades federativas—, o bien, (ii) que debe acudir solo a tales disposiciones jurídicas aplicables para el caso de que la solicitante sea una niña menor de 12 años, caso en el cual habría que proceder “conforme a las disposiciones jurídicas aplicables”.

Debido a ello, los destinatarios de la norma impugnada no tendrán la certeza jurídica que les permita advertir cómo deben aplicar la misma en relación con los códigos civiles de las entidades federativas, por lo que se hace indispensable que la SCJN proceda a la declaración de invalidez, o bien, que determine el alcance de la NOM-046 a través de una *interpretación conforme*.

Con ello se clarificaría que las personas que intervienen en el proceso de aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, lo deben realizar acudiendo a la legislación civil local aplicable al caso concreto y, por tanto, exigir que todas las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad sean requisitadas por quienes son sus representantes legales, ya sea quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

6. Conclusiones

Establecer políticas públicas para practicar abortos a menores de edad, sin el acompañamiento de sus padres, tutores o de las autoridades competentes que pueden ejercer una representación en suplencia, pone en riesgo innecesario la vida, la supervivencia y el desarrollo integral de las *niñas-adolescentes*.

Ello es así, pues la práctica de un aborto, como cualquier cirugía, puede poner en riesgo la salud y la vida de cualquier persona y, en mayor medida, de las niñas-adolescentes, quienes de conformidad con las otras normas oficiales mexicanas en la materia tendrían que firmar el consentimiento informado y *aceptar* los posibles riesgos de dicha intervención quirúrgica, tales como: violencia obstétrica, daños obstétricos,

Las menores de edad víctimas de violencia sexual. La respuesta inconstitucional del Estado mexicano a través del espejismo generado por la NOM-046

daño al útero o al cuello uterino, perforaciones uterinas, sangrados excesivos, infecciones del útero o de las trompas de Falopio, cicatrizaciones del interior del útero, reacciones adversas a las anestésicas o extracción parcial. Todo ello sin la compañía ni la autorización de sus padres, tutores o de las autoridades competentes para ejercer la representación en suplencia.

No debemos olvidar que, con la reforma de junio de 2011, se modificó el artículo 29 constitucional,³⁹ a efecto de incorporar el principio de no suspensión de ciertos derechos, según el cual, no podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio —entre otros— de *los derechos a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia y los derechos de la niñez*. Debido a lo anterior, es de advertirse que tales derechos son de una categoría diferente. Es decir, desde la óptica que defiende, lo que hace a tales derechos ser insusceptibles consiste en que son derechos en sentido fuerte.⁴⁰

³⁹ “Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

⁴⁰ “En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. [Énfasis añadido]

⁴⁰ Sobre el particular, Ronald Dworkin ha señalado que: “Not all legal rights, or even Constitutional rights, represent moral rights against the Government. I now have the legal right to drive either way on Fifty-seventh Street, but the Government would do no wrong to make that street one-way if it thought it in the general interest to do so. I have a Constitutional right to vote for a congressman every two years, but the national and state governments would do no wrong if, following the amendment procedure, they made a congressman’s term four years instead of two, again on the basis of a judgment that this would be for the general good. But those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that

En otras palabras, son derechos que hunden sus raíces de manera directa en los valores superiores (la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad).

Recuérdese que existen ciertas realidades que, lejos de ser derechos, les sirven de fundamento a todos los derechos. Son realidades prejurídicas por ser anteriores a la existencia del Estado mismo y, por ello, aún más respetables que los mismos derechos. Así, bien se podría decir que “... ni la vida, ni la dignidad, ni la igualdad humana básica, ni la libertad general inherente a la persona son derechos, aunque den lugar a derechos concretos al protegerlas de los ataques que puedan sufrir”.⁴¹

Ahora bien, teniendo en cuenta esa categoría especial de los derechos a que se refiere el artículo 29 de la CPEUM, resulta de explorado derecho que durante los estados de excepción es de común ocurrencia que se afecten ciertos derechos que la misma Constitución permite restringir o limitar, valga citar el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de circulación, etc. Sin embargo, *existen otros que en ninguna época pueden ser objeto de limitación*, como lo son los derechos de la niñez, dentro de los que habrá que considerar el *derecho a la protección de la salud* de dicho grupo vulnerable. Tales derechos deben ser considerados como inafectables.

Si esto acontece en un estado de excepción, es decir, casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, y se encuentra constitucionalmente vedado afectar o limitar tales derechos, ¿de qué forma habríamos de proceder los operadores jurídicos ante una NOM-046 que no hace sino facilitar que las *niñas-adolescentes* permanezcan en los entornos de violencia sexual en los que pudieran estar inmersas?

La única respuesta viable es declararla inconstitucional y exhortar al Ejecutivo federal a revisar la política pública que subyace detrás de la NOM-046, a efecto de erradicar el peligroso *espejismo* que esta genera.

our legal system respects the fundamental rights of the citizen. If citizens have a moral right of free speech, then governments would do wrong to repeal the First Amendment that guarantees it, even if they were persuaded that the majority would be better off if speech were curtailed”. (Véase: Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, U.S., Harvard University Press, 1978, p. 191, [http://books.google.com.mx/])

⁴¹ Vázquez Gómez B., Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*, México, Porrúa, 2012, p. 456.



Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano



Carmen González Vaz

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La política criminal ha dado un giro de 180° desde los atentados del 11S. La nueva realidad en la que se encuentra la sociedad, la globalización y el terrorismo de corte yihadista han provocado que el panorama político-criminal y la calidad de los derechos fundamentales y las garantías procesales se haya reducido ante la demanda de seguridad. Orwell quizás tenía razón.

PALABRAS CLAVE: terrorismo, política criminal, derecho penal del enemigo, derecho penal de garantías, principios político-criminales.

ABSTRACT: The criminal policy has turned 180° since 11S. The new social situation, globalization and jihadist terrorism have led to a reduction in the quality of fundamental rights and procedural guarantees due to the demanded safety. Maybe Orwell was right.

KEY WORDS: terrorism, criminal policy, enemy criminal law, guarantee criminal law, political-criminal principles.

SUMARIO: 1. Introducción. El nuevo panorama político-criminal 2. La globalización y la sociedad del riesgo. Nuevo escenario social y criminal 3. El delito de autoadoctrinamiento terrorista (autocapacitación) del artículo 575.2 del cp como manifestación de la tendencia de la política criminal actual. 4. Conclusión. Orwell tenía razón. 5. Bibliografía.

Rec: 9-07-2019 | Fav: 19-07-2019

Cualquier sociedad que renuncie a un poco de libertad para ganar un poco de seguridad no merecerá ninguna de las dos cosas y perderá ambas.

B. FRANKLIN

1. Introducción. El nuevo panorama político-criminal

“No obstante, lo malo no eran las patrullas, sino la Policía del Pensamiento”,¹ advertía Orwell en su libro *1984*. En esta obra, el autor inglés imaginaba un mundo pseudo-apocalíptico en el que el Estado había asumido un poder sin límites, en el que tomaba total relevancia la llamada Policía del Pensamiento. Esta institución se encargaba de controlar que los miembros que integran la sociedad acataran las normas, lo que significaba que debían pensar cómo el Gran Hermano determinaba qué se podía hacer, de lo contrario, esta persona sería arrestada y, muy probablemente, eliminada.

Parecería que el mundo de *1984* sería una distopía creada por Orwell a modo de mundo artificial e inverosímil. Sin embargo, hoy en día podría llegar a considerarse una advertencia, una profecía.

Podría parecer un disparate argumentar que esto podría suceder, o que ya está sucediendo, cuando nuestro sistema penal se construye sobre un Estado de derecho y sobre las normas de un derecho penal del hecho. De acuerdo con el principio del hecho, al sujeto solo se le podrá castigar por la comisión de una conducta (ya sea acción u omisión) que produzca un cambio material en la realidad. No poseerá legitimidad, pues, el castigo de meros pensamientos o formas de ser propio de sistemas dictatoriales, en los cuales no se goza de ciertos derechos y libertades, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de conciencia o a la libertad de expresión.

Sin embargo, la política criminal ha dado un cambio en su tendencia. Posiblemente, el punto de referencia se encuentre en los atentados del 11S, en el que llegaron a morir alrededor de 2 000 personas y dejó innumerables heridos.² Este suceso conmocionó a la

comunidad internacional, la cual condenó el ataque e inmediatamente comenzó a tomar medidas a nivel nacional e internacional para combatir este tipo de delincuencia.

La preocupación era fundada. La forma de comisión de los delitos había pasado, en muy poco tiempo, de realizarse en un territorio limitado³ y contra bienes jurídicos concretos, a dirigirse a bienes jurídicos supraindividuales o abstractos a nivel global.⁴ El modo en el que operaba el terrorismo también había mutado. En vez de estructurarse de forma centralizada, piramidal y en sentido vertical,⁵ como se había venido presentando hasta finales del siglo pasado, el terrorismo de corte yihadista se configura sin una estructura definida,⁶ funcionando por medio de células que apenas se conectan entre sí. Esto, sin duda, dificulta las operaciones de investigación y prueba en el proceso, ya que se mueven de manera opaca y silenciosa que, además, dificulta que sea posible establecer una relación entre los sujetos que integran una célula u otra y, consecuentemente, presentar prueba alguna que lo pueda sustentar.

Para mantener un mínimo de contacto y así poder planificar y desarrollar sus actividades, estos grupos terroristas se han aprovechado de las nuevas tecnologías. De este modo, organizaciones terroristas como el Dáesh⁷ se han servido de la red virtual para llevar

³ González Vaz, C., “El fenómeno terrorista y el derecho penal, ¿hacia un nuevo rumbo?”, en *Boletín Oficial del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 7, julio-septiembre de 2017, p. 689.

⁴ Sánchez, V. / Yubero, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016, p. 7.

⁵ Sansó-Rubert, D., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica. Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, n. 41, 2016, p. 184.

⁶ Terradillos Basoco, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016, p. 33.

⁷ Cuando hacemos referencia al Dáesh, se quiere entender, en realidad, *Estado islámico*.

¹ Orwell, G., *1984*, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial, España, Madrid, 2013, p. 2.

² *Vid.* “About the memorial”, en *9/11 memorial & museum*, disponible en el siguiente enlace web (última consulta: 28/06/2019, <https://www.911memorial.org/about-memorial>)



a cabo distintas funciones, que van desde su propia financiación hasta la difusión de su propaganda.⁸

A esto hay que añadirle que el Dáesh se ha proclamado como la organización terrorista más rica de todos los tiempos. De acuerdo con estudios de 2015, la organización terrorista se embolsaba dos millones de dólares por año.⁹ Hablando de estas cifras no resulta difícil llegar a la conclusión de que cuentan con financiación suficiente para llevar a cabo ataques y

estrategias militares de gran envergadura y, por ende, más letales.¹⁰

Estas características forman el caldo de cultivo para hacer cundir el pánico entre la sociedad. Los medios de comunicación, lejos de ser un impedimento para este avance, se convierten en su propio oxígeno, como decía Margaret Thatcher.¹¹ Ya sea por la propaganda que el Dáesh publica a través de la red, o por el trato desmedido, irresponsable y sensacionalista que usan los medios de comunicación cuando ocurre un suceso de naturaleza terrorista, el miedo que se infunde a la sociedad es desmedido y desequilibrado con la real seguridad que existe en la calle (seguridad ciudadana).¹²

⁸ De organizaciones terrorista como el Dáesh llama especialmente la atención el modo en el que radicaliza. Con las organizaciones terroristas del pasado no era un asunto relevante, pues para ingresar en la organización debías pertenecer al círculo de confianza, implicando además “la realización de aportaciones a la estructura de la organización consistentes en infracción criminal” (*Vid.* Cancio Meliá, M., “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010, p. 158). Sin embargo, la nueva dinámica terrorista ha cambiado en lo referente a la hora de captar adeptos. Por medio de internet, haciendo especial incidencia en las redes sociales, miembros del Dáesh intentan convencer a miles de potenciales “fanáticos”, para lo cual no es necesario siquiera que el sujeto tenga relación con el mundo islámico, sino que, extrañamente, se logra radicalizar a personas nacidas en territorio europeo, especialmente jóvenes, sin que prime ninguna circunstancia social, económica o académica. El único punto común sería encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

No es de extrañar, entonces, que la mayor parte de los radicalizados se encuentre en el rango de entre los 14 a los 24 años, momento vital de mayor duda, confusión y, por lo tanto, vulnerabilidad. (*Vid.* Igualada Tolosa, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 8, octubre-diciembre 2017, p.8). Tampoco resulta casual este espectro, ya que la mayor parte de la propaganda para la radicalización se lleva a cabo por medio de internet. De acuerdo con un estudio realizado por Global Web Index en 2014, el consumidor medio de internet y de redes sociales coincide con aquellas personas de edades comprendidas entre 16 y 34 años. *Vid.* Una muestra del estudio en el siguiente gráfico de Global Index Web (última visita: 28/06/2018, <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>)

Dáesh, aprovechando esta circunstancia, ha centrado su canal de radicalización en internet y las redes sociales, lo cual se ha llegado a conocer como: yihad 2.0 o yihad global (*Vid.* Vives-Ferrández Sánchez, L., “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015, p. 19). De hecho, cuenta con sus propias revistas online (*Dabiq* y *Rumiyah*), a través de las cuales relata sus victorias, recuerda a los “hermanos caídos” e instruye a los seguidores que decidieran atentar en nombre de la organización terrorista como un “lobo solitario”.

⁹ *Vid.* “A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists”, says Francisco Martínez”, en *Acting Government, Palacio de la Moncloa*, disponible en el siguiente enlace (última visita: 23/06/2019 <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco--mart--aspx>)

¹⁰ De hecho, es tal la importancia que se le atribuye desde distintos niveles que han surgido distintos instrumentos para su prevención y represión. A nivel universal, las Naciones Unidas redactan en 1999 el Convenio Internacional Represión de la Financiación del Terrorismo, así como también la Resolución 1373 de 2001. En ambos instrumentos se incluyen medidas para castigar la financiación del terrorismo, ya sea por medio de la tipificación de ciertas conductas o el fomento de la cooperación. Asimismo, no se puede olvidar la labor que desarrolla el GAFI en esta materia en concreto. *Vid.* Aust, A., “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, en *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, p. 285 y ss.; Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en el siguiente enlace (última visita: 01/07/2019 https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114)

En la misma línea se perfila la Unión Europea, que ha establecido un cuerpo legal para combatir la financiación del terrorismo, compuesto por una serie de directivas. Al mismo tiempo, ha creado las unidades de inteligencia financiera (*Vid.* Cancio Meliá, M., “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal e Criminal*, Vol. 2, n. 1, 2004, p. 3 y ss.). Por su parte, España, comprometida con la lucha antiterrorista, ha tipificado en el Código Penal dichas conductas, también ha creado la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. *Vid.* NAVARRO CARDOSO, F., “Los delitos dolosos de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-01, 2018, pp. 3 y ss.; Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, párr. I.

¹¹ Estas palabras fueron exteriorizadas por la Primera Ministra de Reino Unido durante su discurso del 15 de julio de 1985: “And we must try to find ways to starve the terrorist and the daughter of the oxygen of publicity on which they depend. In our societies we do not believe in constraining the media, still less in censorship. But ought we not to ask the media to agree among themselves a voluntary code of conduct, a code under which they would not say or show anything which could assist the terrorists’ morale or their cause while the hijack lasted?”. *Vid.*, Thatcher, M. 1985. “Speech to American Bar Association”. (Disponible en el siguiente enlace web, última visita 28/06/2019, <http://www.margarethatcher.org/document/106096>)

¹² España se sitúa entre los Estados europeos con menos criminalidad, no llegando a alcanzar los 300 homicidios de media en territorio de la Unión Europea, fijándose el número en un total

Por desgracia, esto no es novedoso. Ya Beck¹³ señaló este fenómeno de exagerada sensación de inseguridad cuando hace referencia a la *sociedad del riesgo*. No es que el mundo sea hoy en día más peligroso que antes, sino que, gracias a la globalización, las nuevas tecnologías y el buen nivel de vida en general, han aparecido nuevos tipos delictivos, distintas maneras de cometer los antiguos y una rápida red de información con la que es posible que la sociedad esté al corriente en todo momento de las últimas noticias.

2. La globalización y la sociedad del riesgo. Nuevo escenario social y criminal

Para referirnos al mundo actual es necesario hablar en clave global, internacional. Actualmente las nuevas tecnologías han traído al ser humano una serie de beneficios que han aumentado la calidad de vida. Desgraciadamente, junto a estos avances tecnológicos (medios de transporte de alta velocidad, comunicaciones inmediatas y a distancia e información a tiempo real) han aparecido nuevos focos de riesgo como consecuencia de esta globalización.

Las grandes virtudes de la globalización y de las nuevas tecnologías han sido utilizadas también a la hora de cometer crímenes. Como ya se menciona, han aparecido nuevos delitos o nuevas formas de cometer delitos existentes.¹⁴ La característica que más relevancia ha tenido ha sido, sin duda alguna, la llamada *transnacionalización del crimen*, también conocido

como *crimen transnacional*.¹⁵ Llevando esto al ejemplo del terrorismo, el terrorismo del pasado se caracterizaba por operar en un territorio específico, dentro de unos límites establecidos. Hoy en día, los grupos terroristas como Al-Qaeda y el Daesh han ampliado sus ambiciones y, con ellas, sus fronteras. Ya no se conforman con un lugar acotado, sino que el mundo entero se ha convertido en el escenario para desarrollar sus actividades terroristas. Desde 2001, los ataques se han propagado por todo el planeta: Estados Unidos, España, Francia, Alemania, Reino Unido, Siria, e Irak, entre otros. Es la primera vez que una misma organización terrorista decide actuar en distintas partes del mundo, contra objetivos que poco tienen en común, pues los atentados se han producido tanto en territorio occidental como oriental, contra cristianos o incluso musulmanes, son estos ataques indiscriminados.

Este nuevo *modus operandi*, a su vez, plantea numerosos problemas a la hora de desarrollar la investigación criminal y el posterior enjuiciamiento, puesto que los crímenes, incluso, se pueden cometer a distancia o el sujeto puede escapar en cuestión de poco tiempo a otro territorio huyendo, de este modo, del poder del Estado. Todo esto produce en la sociedad una gran sensación de impunidad¹⁶ que acentúa la inseguridad y la pérdida de confianza en los poderes estatales.

Así, y como decía antes, la idea de que nadie se encuentra libre de convertirse en víctima de un terrorismo alimenta la sensación de riesgo, a la sociedad del riesgo.¹⁷ Parte de esta culpa reside en los medios de comunicación, que cuentan con la complicidad de ciertos sectores de los poderes públicos. Como también se comentó más arriba, los medios de comunicación han encontrado en los sucesos terroristas una gran fuente de beneficios. Por medio del miedo y, en

de 289 homicidios dolosos y asesinatos consumados en 2018, con 18 casos menos que el año anterior. Vid. "Infracciones penales registradas en CCAAs, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes", en Secretaría de Estado de Seguridad, disponible en el siguiente enlace web (Última consulta: 28/06/2019 <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/informe+balance+2018+4º%20trimestre.pdf/fb51653e-77f5-44da-9d23-535dbf4b2edd>)

Hay que tener en cuenta que el bien jurídico *seguridad nacional* se explica desde dos vertientes: la vertiente objetiva o "el riesgo real de la calle", por un lado, y la vertiente subjetiva que podría identificarse con "la sensación de seguridad que experimentan los miembros de la sociedad en un momento concreto". Por lo tanto, aunque nos encontremos en el momento más seguro de la historia, el sentimiento de inseguridad se encuentra generalizado entre la población, fenómeno al que se dará explicación en las siguientes páginas. Vid. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 222 y ss.

¹³ Cifr. Beck, U., *La sociedad del riesgo hacia. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁴ Borja Jiménez, E. "Globalización y concepciones de Derecho Penal", en *Revista Estudios penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2018, pp. 183 y 184.

¹⁵ Sánchez, V. y Yubero, B., "Influencia de las redes criminales...", *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ Silva Sánchez, J.M., "¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, 2008, pp. 150-156.

¹⁷ Así, explica Beck cómo la histeria se ha apoderado de los miembros de la sociedad que, hoy en día, son más conscientes de los riesgos que nos rodean y que conviven con el miedo constante de poder convertirse en víctimas de un delito. No obstante, que pueda ser posible no quiere decir que pueda ser probable. Vid. Beck, U., "Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo", en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n. 30, 2000, p. 14.



ocasiones, del morbo¹⁸ que suscitan estos casos, los medios de comunicación explotan esta información no con el fin de mantener al tanto a la población, sino para conseguir altos índices de audiencia,¹⁹ lo que se traduciría en un gran beneficio económico.

Este es el detonante esencial e imprescindible para que la población, movida por el pavor de la *situación de riesgo* en la que se encuentra, exija a los poderes públicos, dirigidos especialmente al poder político, que solucionen dicho problema.²⁰ El sector político, sin embargo, sin adoptar una conducta responsable, atiende a estas demandas, aunque, eso sí, no de forma acertada. A pesar de que lo correcto podría ser la inversión en políticas sociales y de educación, lo cierto es que le resulta más sencillo (y económico) reformar el Código Penal (CP),²¹ lo cual, además, produce una sensación de alivio entre los miembros de la sociedad. Este *populismo punitivo*²² es el principal responsable de las últimas reformas al Código Penal —entre las que destaca la reforma de 2015—, que crean un derecho penal cada vez más duro, abstracto e inútil, que incluso no guarda respeto a derechos fundamentales y garantías procesales.

Todas estas circunstancias dan lugar, a su vez, a una serie de consecuencias que repercuten en la calidad del Estado de derecho, y todas ellas se pueden observar en el delito de autoadocctrinamiento terroris-

ta (art. 575.2 CP) introducido por la Ley Orgánica (LO) 2/2015, del 30 de marzo.

3. El delito de autoadocctrinamiento terrorista (autocapacitación) del artículo 575.2 CP como manifestación de la tendencia de la política criminal actual

Una de las características más importantes (y eficaces) del terrorismo del Dáesh es la captación y radicalización a distancia. El Dáesh cuenta con numerosos recursos en la web, así como perfiles cibernéticos en las redes sociales más destacables. El proceso no solo es rápido, sino que resulta bastante eficaz, puesto que, de acuerdo con Naciones Unidas, un total de 40 000 personas²³ han viajado a territorio controlado por el Dáesh para enrolarse a sus filas.

Esta preocupación ya se ha expresado en distintas sedes a nivel internacional y nacional, lo cual ha generado, a su vez, la elaboración de normas al respecto con el fin de prevenir y reprimir este fenómeno que cada día crece de un modo más alarmante. Un ejemplo de esto lo encontramos en el legislador penal. Con la reforma operada por la LO 2/2015, del 30 de marzo, por la que se introduce el nuevo delito conocido como autoadocctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). De acuerdo con la literalidad del tipo delictivo:

Con la misma pena (de dos a cinco años) se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior (reciba adocctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o

¹⁸ Pascual Matellán, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, en *CLIVATGE. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, n. 3, 2015, p. 60.

¹⁹ De acuerdo con Callegari: “con esto, los medios de comunicación masiva promueven, en decurrencia de intereses meramente mercadológicos, un falseamiento de los datos de la realidad social, generando enorme alarde al vender el “crimen” como un producto rentable, lo que redundará en el aumento del clamor popular por el recrudecimiento de la intervención punitiva...”. *Vid.* Callegari, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010, p. 18.

²⁰ Mir Puig, S. “Contexto Internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español”, en Mir Puig, S. (Dir.), Corcoy Bidasolo, M. (Dir.) y Gómez Martín, V. (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, p. 23.

²¹ García Arán, M. y Peres Neto, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº1, 2009, p. 284 (Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenal yCriminologia-2009-1-30320/PDF>)

²² Marqués I Banqué, M., “Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 12, N. 24, diciembre 2017, p. 718.

²³ De acuerdo con la ONU, hasta 2017, alrededor de 40 000 personas viajaron a territorio controlado por Dáesh. *Vid.* “Greater Cooperation Needed to Tackle Danger Posed by Returning Foreign Fighters, Head of Counter-Terrorism Office Tells Security Council”, en *Meetings Coverage and Press Releases*. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 27/06/2019, <https://www.un.org/press/en/2017/sc13097.doc.htm>)

Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano

contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.²⁴

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Una simple lectura superficial ya crea confusión; sin embargo, un estudio exhaustivo tampoco mejora la situación. No son pocos los elementos que no transmiten claridad, pero llama especialmente la atención las expresiones: “cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. La expresión genera dudas, ya que el uso reiterado de fórmulas demasiado generales e indeterminadas no garantiza que la norma sea comprendida por sus receptores, esto es, los sujetos. No es sencillo discernir a qué quiere referirse concretamente el legislador y, por ende, se traduce en la imposibilidad de que el sujeto pueda adecuar su conducta a la norma. En palabras de López Oñate:

La exigencia de la certeza de la norma, esto es, de la ley, y consiguientemente a través de ella de la certeza del derecho, se ha sentido siempre como indispensable para la convivencia social ordenada [...] [la certeza] está basada en la seguridad que de ella se sigue para el individuo.^{25/26}

²⁴ Art. 575.2, del Código Penal español.

²⁵ López De Oñate, F., *La certeza del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1953, pp. 98 y ss.

²⁶ Autores como Corsale van incluso más allá al afirmar que “la función del Derecho es justamente el de aportar certeza a las acciones: no tiene sentido, por lo tanto, hablar de Derecho prescindiendo de la certeza”, y continúa añadiendo que “los miembros de una comunidad organizada de un ordenamiento jurídico deben estar seguros del hecho que, en cualquier momento pueda surgir una contestación acerca de sus propios derechos, la cual vendrá resuelta en la manera más próxima al común sentimiento de justicia”. *Vid.* Corsale, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, pp. 15 y 31.

El principio de taxatividad, al igual que el mandato de certeza, se ve aquí afectado, poniendo en riesgo incluso el principio de separación de poderes. Al usar conceptos jurídicos indeterminados o bastante amplios el legislador deja a la libre interpretación del juez el establecimiento de su contenido. De este modo, ya no sería el legislador (Poder Legislativo) el que elaboraría las normas, sino que “cedería” esta función propia al juez (Poder Judicial), difuminando los límites de la frontera entre los poderes estatales.²⁷

Esta indeterminación también afecta a la naturaleza del bien jurídico. Tradicionalmente, los bienes jurídicos penalmente relevantes consistían en bienes jurídicos individuales y concretos, como pueden ser el honor, la vida, la integridad física y la dignidad, por nombrar algunos. Empero, con la llegada de la sociedad del riesgo y la globalización, ahora existe la necesidad de proteger otros bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos se caracterizan por su carácter abstracto y, además, por pertenecer a una colectividad: bienes jurídicos colectivos.²⁸ Este tipo de bien jurídico carece de “sustrato físico” y no se corresponde con un individuo concretamente, sino que se refiere a “la no perturbación de unas condiciones o estándares de convivencia, dados por unas normas organizativas de manera que de ser incumplidas hay lugar a una respuesta punitiva”.²⁹ Esto, como bien apunta Hassemer,³⁰ provoca la necesidad de crear tipos penales de peligro abstracto y, por lo tanto, lejano a la lesión y puesta en riesgo del bien jurídico, como es

²⁷ Tal y como ilustra Palazzo, “el principio de determinación (mandato de certeza) es un límite al juez, el cual no podrá extralimitarse en sus funciones, ya que tendrá que allanarse a la literalidad de la Ley, llevando a cabo una interpretación restrictiva del precepto cuando se traten de normas incriminatorias y en sentido amplio cuando sean normas exculpatorias” *Vid.* Palazzo, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979, p. 299.

Sin embargo, si se trata de normas abstractas y amplias, con elementos indeterminados, se amplía el poder del juez, comprometiendo el principio de legalidad y determinación, así como el principio de separación de poderes. *Vid.* Moccia, S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 113.

²⁸ Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 194 y ss.

²⁹ Jiménez Mejía, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, p. 136.

³⁰ Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanc, 1989, p. 279.

el caso del delito de autoadoctrinamiento terrorista. El bien jurídico que se viene a proteger en los delitos de terrorismo, al menos de forma general, es la seguridad ciudadana,³¹ bien jurídico colectivo o supraindividual.

Es cierto que un ataque terrorista como lo fue el del 11M sí provocaría una lesión de la seguridad ciudadana, la cual se definiría como “el conjunto de reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad”.^{32/33} Sin embargo, en el caso del acceso habitual a ciertas páginas webs de contenido terrorista o la posesión de contenido de la misma naturaleza con el fin de capacitarse para finalmente cometer delitos de terrorismo, no estaría claro si de verdad se produciría la puesta en riesgo del bien jurídico *seguridad ciudadana*. En realidad, se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad³⁴ que, aun así, no pretende proteger al bien jurídico, sino que trata de dar tranquilidad a la población, cerrándose así el círculo del populismo punitivo. Este fenómeno, además conocido como *derecho penal simbólico*, es por el que se da prioridad a las funciones *latentes*³⁵ frente a las funciones *principales* de la protección del bien jurídico.

Tal adelantamiento de las barreras de punibilidad supone, a su vez, retrotraer la posición del momento punitivo al *iter criminis* que roza la fase del pensa-

miento. En efecto, el mero acceso o posesión para la capacitación terrorista apenas podría encajar como conducta, identificándose más con la formación de la cosmovisión. No se trata de una novedad, sino que esto ya ocurría con el delito de posesión de pornografía infantil, regulado en el artículo 189.5 del CP. El tenor literal del artículo 189.5 del CP determina que:

el que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Por lo que la conducta que se castigará será la mera posesión, como la segunda modalidad de comisión del artículo 575.2 del CP. Debido a que no existen aún estudios ni jurisprudencia sobre cómo se interpretará, es necesario recurrir a delitos similares para poder comprender su dimensión y este precepto será el delito de posesión de pornografía infantil del artículo 189.4 del CP.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, se entenderá por *posesión* en el ámbito de pornografía infantil cuando “la información queda almacenada en el disco duro del principio en otro soporte o medio permanente de conservación de los datos, situado en el ámbito o esfera de disposición del sujeto”.³⁶ De esta manera, no bastará con la visualización *streaming*, sino que el sujeto deberá descargar propiamente dicho material para que pueda haber una disponibilidad de dicho material por parte del sujeto.³⁷ Por otra parte, el acceso a sitios web sí que se correspondería con el visionado *streaming*, pues el sujeto necesitará una conexión a

³¹ A esta doctrina pertenecen Faraldo Cabana, Roma Valdés. *Vid.*, Faraldo Cabana, P., *Asociaciones ilícitas...*, *op. cit.*, pp. 205 y ss.; Roma Valdés, A., *Código Penal Comentado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 797.

³² Sainz Moreno, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977, p. 604.

³³ Hay que tener en cuenta que la *seguridad ciudadana* se encuentra constituida por dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva. En primer lugar, la vertiente objetiva viene a hacer referencia a “situación real que propicia las condiciones necesarias de tranquilidad y estabilidad para el ejercicio de los derechos de la persona” (*Vid.* Jiménez Díaz, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 22); mientras que la seguridad ciudadana subjetiva equivale a aquel “estado o situación, una condición de protección frente a situaciones de peligro para la persona o sus bienes, generalmente causada por otras personas” (*Vid.* Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas...*, *op. cit.*, p. 222). Actualmente, estas vertientes no se encuentran en equilibrio ya que, aunque no exista un riesgo desmedido, la sensación de seguridad en la sociedad no lo refleja, por lo que los individuos interpretan que están rodeados de peligros y, por ende, inseguros.

³⁴ Fuentes Osorio, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, p. 2.

³⁵ Muñoz Conde, F., “¿Es el derecho penal internacional un ‘derecho penal del enemigo’?”, en *Revista Penal*, n. 21, 2008, pp. 101 y ss.

³⁶ Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18 (2006), p. 209.

³⁷ Existe una doctrina minoritaria en Alemania que entiende que bastaría con la mera visualización para que se diera la “posesión” (*Vid.* Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión...”, *op. cit.*, pp. 210-212).

La posesión mediata no encajaría en este tipo delictivo a la hora de interpretar la “posesión”, ya que lo verdaderamente importante de la posesión se centra en la disponibilidad de la que disfruta el sujeto para poder acceder a ese contenido aún sin tener a disposición una conexión a internet. De hecho, así se ha visto reflejado en la (escasa) jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS). De acuerdo con la Sentencia del TS 734/2017, del 15 de noviembre, el TS consideró que se había producido la posesión al encontrar contenido de naturaleza terrorista en su dispositivo móvil.

internet para ingresar en estas páginas y además consumir su contenido.

Como se puede advertir, la línea entre la fase interna y la fase de ejecución, o incluso los actos preparatorios punibles, es muy difusa en este caso. Teniendo en cuenta estas definiciones a la hora de determinar si tanto el acceso como la posesión en el delito de autoadocinamiento terrorista podrían encajar en el concepto de *acción*, no sería posible determinarlo con exactitud.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, a la que pertenecen Mir Puig y Muñoz Conde,³⁸ “el concepto de ‘acción’ o ‘comportamiento’ que importa al derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos [...] sino que depende también de las exigencias del derecho penal”;³⁹ es decir, que tendrá que ajustarse a las garantías jurídico-procesales y que “pueden contemplarse en cuanto constituyan acciones finales (dirigidas voluntariamente a una meta) o en cuanto causen una modificación en el mundo exterior”.⁴⁰

Si volvemos a la conducta típica del artículo 575.2 del CP, tanto la posesión como el acceso carecen de entidad suficiente como para considerar *acción* de acuerdo con la concepción mayoritaria. En primer lugar, no respetaría los principios básicos de lesividad y *ultima ratio*, por lo que no atendería al respeto de las “exigencias del derecho penal”,⁴¹ y, en segundo lugar, no habrían creado una modificación en el mundo exterior, por lo que en ninguna circunstancia se podría entender esta conducta dentro del concepto de *acción* relevante para el derecho penal.

De esta manera, solo cabría determinar que esta conducta en realidad pertenecería a la fase interna del *iter criminis*. Si esto fuera así, se estaría a su vez infringiendo el principio del hecho, ya que el pensamiento no delinque.⁴² Y es que cada uno tiene derecho a tener su propia conciencia (artículo 16 de la Constitución española), aunque esta sea desaprobada por

la generalidad de la población, pues la disparidad de opiniones y pensamientos constituye la base de cualquier Estado de derecho que se precie.

De hecho, si se estudia el derecho fundamental a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, se podrá advertir que el derecho a la libertad de conciencia dispone de dos vertientes: una interna y otra externa. Mientras que la externa se traduciría como la exteriorización del pensamiento y, por tanto, coincide con el derecho a la libertad de opinión,⁴³ la vertiente interna es ilimitada. Esto quiere decir que la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole”,⁴⁴ es decir, que el pensamiento no puede ser objeto de intromisión por el *ius puniendi* estatal. Ya la doctrina ha sido muy crítica: el Estado no puede entrar a decidir qué contenidos consume o no el individuo para formar su pensamiento y personalidad, no puede castigar qué se odia⁴⁵ o qué se debe pensar.⁴⁶ De hecho, en el caso del delito de autoadocinamiento terrorista, el mismo TS, en la sentencia anteriormente destacada (STS 354/2017, de 17 de mayo. Ponente: Andrés Palomo del Arco), advierte que “es *necesaria la interpretación restrictiva* de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia *sin quebranto del derecho a la libertad ideológica* y del derecho a la *información*”⁴⁷ (FJ 2º).

⁴³ De hecho, el Estado tiene el deber de cumplir la función de garante en cuanto a este derecho o, lo que es lo mismo, el Estado en ningún momento podrá interferir en el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión; es más, deberá, además, protegerla de la intromisión de terceros. *Vid.* González Moreno, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, sept.-dic. 2002, p. 125-126.

⁴⁴ Valero Heredia, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013., p. 65.

⁴⁵ STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018 (caso Cassandra): “el Derecho Penal no puede *prohibir el odio*, no puede *castigar* al ciudadano que *odia*” (énfasis añadido).

⁴⁶ Merece la pena destacar el caso Stanley vs. Georgia del Tribunal Superior de Estados Unidos. En la misma, se sienta un precedente de gran importancia, argumentando la Sala que el castigo de la mera posesión de pornografía infantil iría en contra de los derechos fundamentales más esenciales del Estado de derecho, como puede ser el derecho a la libertad de pensamiento, ya que “si tal Derecho constitucional significa algo, es que no es asunto del Estado decirle a una persona sentada sola en su propia casa, qué libros debía leer o qué películas debe ver”.

⁴⁷ Énfasis añadido.

³⁸ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 216 y ss.

³⁹ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Ed. Reppertor, 2016, p. 194.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 195.

⁴¹ *Ibidem*, p. 194.

⁴² Tal y como expresa acertadamente Cancio Meliá, “ha de excluirse toda responsabilidad por meros pensamientos”. *Vid.* Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio Meliá, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010, p. 337.



Y, es más, no es legítimo prohibir ciertas conductas o castigarlas con el pretexto de facilitar la investigación y sanción de conductas que se le asemejan y que, sobre todo, resultan complicadas de probar sin sacrificar la cobertura de ciertos derechos y garantías jurídico procesales.⁴⁸ El Estado no está legitimado para entrometerse en ciertas parcelas de la esfera privada y personal de las personas, como puede ser en sus preferencias sexuales o su orientación ideológica, por muy desaprobada que sea esta entre la sociedad.⁴⁹ No se puede permitir el secuestro del Estado de derecho en favor de una investigación policial más efectiva, ya que flexibilizaría las garantías y daría banda ancha a la hora de que el *ius puniendi* invadiera los límites y quisiera en riesgo el derecho penal de garantías.

La exclusiva punición de hechos y no pensamientos o formas de personalidad es una de las grandes victorias a favor del Estado de derecho, limitando el *ius puniendi* del Estado a la hora de entrometerse en la esfera privada de los individuos.⁵⁰ Sin embargo, con el precepto del artículo 575.2 del CP, el principio del hecho se ve infringido. Y es que acceder o poseer documentos de contenido terrorista no podría considerarse en sí una acción, al menos desde un punto de vista estrictamente penal. En realidad, el sujeto tan solo está consultando información, actividad necesaria —contenida en un derecho fundamental— para poder conformar una cosmovisión y desarrollar así su propia personalidad. Precisamente, en primer lugar, por configurarse la libertad de pensamiento como un derecho fundamental y, en segundo lugar, por las di-

ficultades de probar el pensamiento de un sujeto, la fase interna del *iter criminis* a la que pertenecen los pensamientos y las formas de la personalidad permanece fuera del alcance del poder punitivo del Estado.⁵¹

Pero es que ni siquiera se pueden llegar a clasificar las conductas del delito de autoadoctrinamiento terrorista con los actos preparatorios punibles llegando a calificarlos el propio Tribunal Supremo español como “actos protopreparatorios”.⁵² Este adelantamiento de las barreras de punibilidad es un síntoma más del avanzado estado del derecho penal de autor y, por ende, un derecho penal del enemigo en el sistema penal actual. Es necesario recordar que, bajo los parámetros de un derecho penal garantista, en concordancia con el Estado de derecho, el pensamiento no puede ser penado, sino que la maquinaria penal pone su foco en los hechos. En resumen, se adelanta la barrera de punibilidad a unos estratos más alejados que los propios actos preparatorios punibles. El sujeto no ha siquiera propuesto, conspirado o provocado con su conducta. Lo que a la vez contradice el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

El sujeto no ha iniciado la conducta aún, solo está revisando contenidos en Internet. Se trata de un adelantamiento de la barrera de punibilidad sin que llegue a ser siquiera un acto preparatorio punible, rayando así en el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

La idea del sujeto no es más que eso: una idea que aún se encuentra en la fase interna, la cual no tiene relevancia para el derecho penal de garantías. Solamente cuando comience con el procedimiento y se pase a la fase externa, podrá ser reprochado por el derecho

⁴⁸ Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión...”, *op. cit.*, p. 179. De hecho, ya lo señala Parra González cuando advierte que “no se puede justificar su restricción con base en la necesidad de facilitar la aplicación de otras normas jurídico-criminales por válidas y legales que estas sean”. *Vid* Parra González, A.V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple* (tesis doctoral), 2011, p. 313. Disponible en el siguiente enlace (Última visita: 01/07/2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=42607>)

⁴⁹ De acuerdo con Jakobs cuando esboza las características del “enemigo”, este (el enemigo) “es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad”, por lo que no se le castigará por sus hechos, sino por sus pensamientos o formas de ser que, no coincidiendo con la generalidad de la sociedad, podrían poner en riesgo las concepciones mayoritarias entre la gran mayoría. *Vid* Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006, p. 43.

⁵⁰ *Vid* Mir Puig, S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 136; Villavicencio Terreros, F. A., *Derecho penal. Parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 10.

⁵¹ En palabras de Martín Sánchez, la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole. Las principales consecuencias jurídicas que de ello se derivan para el Estado sintetizarse en: a) la prohibición de los poderes públicos de invadir la esfera afectable de la interioridad individual, mediante la pretensión de influir en la toma de decisiones sobre una materia de exclusiva competencia personal; b) El deber del Estado de actuar como garante de la dimensión interna del derecho frente a las injerencias procedentes de terceros”. *Vid* Martín Sánchez, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 16, 2008, p. 65.

⁵² STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; Ponente: Andrés Palomo del Arco): “El alejamiento respecto de una acción concreta, en estos comportamientos de autoadoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, determina su configuración como un delito de peligro”.

penal. Pero tal y como hemos dicho antes, no se trata siquiera de actos preparatorios punibles.

¿Estamos entonces evolucionando o, mejor dicho, involucionando a un derecho penal de autor? ¿Es este un derecho penal del enemigo? ¿Estamos ya aceptando los bienes jurídicos simbólicos y el adelantamiento del derecho penal? ¿Estamos al mismo tiempo consintiendo la expansión del derecho penal y su administrativización?

Desde luego, lo que sí es seguro es que la tendencia actual de la política criminal esta virando hacia un derecho penal con un fuerte carácter policial, con rasgos más cercanos al derecho penal de autor. Y es que, si se acepta que las conductas de acceso y posesión no forman parte de la fase ejecutoria, pero tampoco se pueden interpretar como un acto preparatorio punible, solo queda deducir que en realidad nunca se ha pasado más allá de los márgenes de la fase interna.

Afirmando esta premisa, se puede decir que el delito de autoadoctrinamiento terrorista del artículo 575.2 del CP inaugura una política criminal contradictoria a la par que peligrosa. Castigar el pensamiento o la forma de ser rompe con los cimientos del Estado de derecho más básico y esencial. En un ambiente donde se castiga el pensamiento contrario al aceptado por la mayoría, se coarta la más esencial de las libertades, y el Estado se transforma en uno represivo, monista, en el que no cabe la pluralidad de opiniones y, por lo tanto, en un Estado totalitario.

4. Conclusión. Orwell tenía razón

A la luz de este breve estudio se ha dejado patente que en realidad el universo que Orwell describía en su obra *1984* no parece muy lejano, menos aún si se tiene en cuenta la introducción del delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2, CP) por la LO 2/2015. De hecho, ya algunos autores, como Cuerda Arnau y Terradillos Basoco, han llegado a referirse a este delito como “orwelliano crimen de adoctrinamiento”.⁵³

Como se ha determinado en este breve estudio, se trata de un delito que arremete contra todos y cada

uno de los principios político-criminales que forman el derecho penal garantista, así como también infringe derechos fundamentales esenciales, como puede ser el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 16, Constitución española). La conducta del artículo 575.2 del CP, bajo el estandarte de la protección de la seguridad ciudadana, configura un derecho penal simbólico. Si bien en realidad no se pretende principalmente defender la seguridad ciudadana, sino que más bien el objetivo principal se fija en aportar una sensación de tranquilidad a la población (y así estabilizar la vertiente subjetiva de la seguridad ciudadana), se han adelantado demasiado las barreras de punibilidad.

Como consecuencia de esta “lejanía” de la lesión o la puesta en riesgo del bien jurídico, infringiéndose a su vez el principio de lesividad del derecho penal de garantías, el legislador no dispone de otra alternativa que la de usar estructuras legislativas demasiado vagas e indeterminadas, lo cual produce, principalmente, dos problemas.

Por una parte, al receptor (al individuo) no le llega esta información de manera clara y nítida, siendo difícil, y en muchas ocasiones casi imposible, adaptar su conducta a la legalidad. Si no se tiene claro qué conductas están castigadas, no se podrá tener claro cuáles están permitidas, por lo que se produce la quiebra del principio de seguridad jurídica y una cierta inestabilidad entre la legalidad y la realidad.

Por otra parte, las líneas limítrofes entre las funciones y deberes de los poderes públicos quedan difuminadas con el riesgo del traspase de exigencias entre unos y otros poderes. El esquema es sencillo: a más indeterminación por parte del Legislativo, más margen de maniobra para la interpretación del Poder Judicial, que pasaría de interpretar la ley a *crear* la ley. El riesgo de la afección del principio de división de poderes es, por ende, manifiesto y real.

Sin embargo, lo verdaderamente preocupante es la confusión entre conducta típica y derecho. Sin duda alguna ha quedado patente que la conducta que se tipifica es en realidad una manifestación del derecho a la libertad de pensamiento (art. 16, Constitución española). No solo resulta que las conductas de *acceso* o *posesión* no poseen la suficiente entidad para ser consideradas *acciones* desde el punto de vista penal, sino que, además, el “adoctrinamiento” pertenece a la vertiente interna del derecho a la libertad de con-

⁵³ Cuerda Arnau, M.L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en De la Cuesta Aguado, P.M. y Ruiz Rodríguez, L.R., Acale Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, J. M., (Coords.), *Liber amicorum : estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p. 1399; Terradillos Basoco, J. M., “Terrorismo...”, *op. cit.*, p. 48.



ciencia, pensamiento y religión (art. 16, Constitución española). Cada uno es libre, de acuerdo con tal derecho fundamental, de adoptar el pensamiento que le plazca o a no adoptar ninguno siquiera, sin que pueda interferir en este punto el *ius puniendi* del Estado.

La persecución de *conductas* que poco tienen que ver con el concepto de *acción* penal, trae a la mente el castigo de meros pensamientos o particulares formas de personalidad contrarias a las que posee la generalidad y que podrían considerarse “peligrosas”, o lo que es lo mismo, el derecho penal de autor.

Todas estas características apuntan a la intromisión de nuestro ordenamiento jurídico a conductas propias de un derecho penal del enemigo, incompatible totalmente con el Estado de derecho.

La democracia, pues, está en peligro. El derecho penal cada vez es más severo y abarca más aspectos, conductas que antes no se imaginaban tipificadas como delitos. A partir de la identificación de la tendencia que está tomando la política criminal podrá determinar la dirección que tomará el derecho penal, así como proponer posibles alternativas en pos de la conciliación y balanza entre derechos fundamentales, derecho penal y la seguridad.

El terrorismo y su *modus operandi* han mutado y con ello los Estados tratan de prevenir y neutralizar la amenaza, aunque eso signifique que para ganar seguridad se reduzca el margen de ejercicio de derechos y libertades fundamentales y garantías procesales. ¿Está el terrorismo consiguiendo de forma indirecta su principal objetivo?

El derecho penal no puede ser cómplice de la destrucción de la democracia, y tal vez ahora más que nunca deberíamos tomar la advertencia que 1984 nos dejó en forma de ficción, y que igualmente nos destacó Umberto Eco en el prólogo que recientemente escribió en dicho libro: “Aquí ya no estamos (solo) ante lo que habitualmente reconocemos como ‘literatura’ e identificamos con la buena escritura. Aquí estamos, repito, ante energía visionaria. Y no todas las visiones se refieren al futuro, o al Más Allá”.⁵⁴ Hoy, quizás más que nunca, Orwell tenía razón.

5. Bibliografía

- Aust, A., “The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism”, en *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001.
- Beck, U., “Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo”, en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n. 30, 2000.
- Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- Borja Jiménez, E. “Globalización y concepciones de derecho penal”, en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2018.
- Callegari, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010.
- Cancio Meliá, M., “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010.
- Cancio Meliá, M., “El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal e Criminal*, Vol. 2, n. 1, 2004.
- Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio Meliá, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010.
- Corsale, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970.
- Cuerda Arnau, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en De la Cuesta Aguado, P.M., Ruiz Rodríguez, L. R., Acale Sánchez, M., Esther Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, J. M. (Coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.
- Eco, U., “Prólogo: Orwell, o la energía visionaria”, en Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.
- Esquinas Valverde, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación”,

⁵⁴ Eco, U., “Prólogo: Orwell, o la energía visionaria”, en Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.

- en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18, 2006.
- Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Fuentes Osorio, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.
- García Arán, M. y Peres Neto, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº1, 2009, p. 284. (Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320/PDF>).
- González Moreno, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, año 22, n. 66, sept.-dic., 2002.
- González Vaz, C., “El fenómeno terrorista y el derecho penal, ¿hacia un nuevo rumbo?”, en *Boletín Oficial del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 7, julio-septiembre de 2017.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanc, 1989.
- Igualada Tolosa, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 8, octubre-diciembre, 2017.
- Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, Trad: Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006.
- Jiménez Díaz, M.J., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- Jiménez Mejía, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero-junio, 2014, Universidad EAFIT .
- López De Oñate, F., *La certeza del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1953.
- Marquès I Banqué, M., “Problemas de legitimación del derecho penal del miedo”, en *Revista Política criminal*, Vol. 12, N. 24, diciembre 2017.
- Martín Sánchez, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 16, 2008.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Ed. Reppertor, 2016.
- Moccia, S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F., “¿Es el Derecho Penal Internacional un “Derecho penal del enemigo?””, en *Revista Penal*, n. 21, 2008.
- Navarro Cardoso, F., “Los delitos dolosos de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-01, 2018.
- Orwell, G., 1984, Ed. Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.
- Palazzo, F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979.
- Parra González, A.V., *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple* (tesis doctoral), 2011. Disponible en el siguiente enlace (Última visita: 01/07/2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=42607>).
- Pascual Matellán, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, en *CLIVATGE. Estudis i Testimonis sobre el conflicte i el Canvi Socials*, n. 3, 2015.
- Roma Valdés, A., *Código Penal comentado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- Sainz Moreno, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977.
- Sánchez, V. y Yubero, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016.
- Sansó-Rubert, D., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, n. 41, 2016.
- Silva Sánchez, J.M., “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la

impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, n. 86-87, 2008.

Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

Terradillos Basoco, J.M., "Terrorismo yihadista y política criminal del Siglo XXI", en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n. 87, julio-diciembre 2016.

Valero Heredia, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

Villavicencio Terreros, F. A., *Derecho penal parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

Vives-Ferrández Sánchez, L., "(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0", en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015.

Jurisprudencia y legislación consultados

Caso Stanley vs. Georgia del Tribunal Superior de Estados Unidos.

Código Penal español.

Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; Ponente: Andrés Palomo Del Arco).

STS 734/2017, de 15 de noviembre.

STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018.

Recurso Webs Consultados

"A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists", says Francisco Martínez", en *Acting Government, Palacio de la Moncloa*, disponible en el siguiente enlace (última visita: 23/06/2019, <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco--mart.aspx>).

"About the memorial", en 9/11 memorial & museum, disponible en el siguiente enlace web (última consulta: 28/06/2019, <https://www.911memorial.org/about-memorial>).

"Active users of the top social platforms and messaging tools, by age, Global Index Web. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 28/06/2018, <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>).

"Greater Cooperation Needed to Tackle Danger Posed by Returning Foreign Fighters, Head of Counter-Terrorism Office Tells Security Council", en *Meetings Coverage and Press Releases*. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 27/06/2019, <https://www.un.org/press/en/2017/sc13097.doc.htm>).

"Infracciones penales registradas en CCAAs, provincias, islas, capitales y localidades con población superior a 30.000 habitantes", en Secretaria de Estado de Seguridad, disponible en el siguiente enlace web (Última consulta: 28/06/2019, <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/informe+balance+2018+4%20trimestre.pdf/fb51653e-77f5-44da-9d23-535dbf4b2edd>).

Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en el siguiente enlace (última visita: 01/07/2019, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114).

Thatcher, M. 1985. Speech to American Bar Association". Disponible en el siguiente enlace web (última visita: 28/06/2019, <http://www.margaretthatcher.org/document/106096>).

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad*

Maximiliano Hernández Cuevas *Universidad Autónoma de la Ciudad de México*

RESUMEN: Este estudio contribuye a esclarecer el concepto de reinserción social de sentenciados a prisión como un derecho fundamental de prestación y sus posibilidades de ejercicio. Resignificarlo, así, involucra un mejor y más efectivo uso de las alternativas penales para que la práctica de tal derecho sea posible dentro y fuera de la prisión. Finalmente, se expone que, al concebir a la reinserción social como fin de la pena, la aplicación de esta no resiste el examen de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE: prisión, reinserción social, principio, proporcionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT: This study contributes to clarify the concept of social reintegration of sentenced to prison as a fundamental right of benefit and its possibilities for exercise. Resignifying it thus involves a better and more effective use of criminal alternatives so that the practice of such right is possible in and out of prison. Finally, it is stated that, in conceiving of social reintegration as the end of grief, the application of the sentence does not withstand the proportionality test.

KEY WORDS: prison, social reintegration, principle, proportionality, human rights.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto jurídico de reinserción social de sentenciados. 3. El concepto de reinserción social en documentos internacionales. 4. La reinserción social en el contexto jurídico constitucional federal y local. 5. La reinserción social en la Ley Nacional de Ejecución Penal. 6. La pena privativa de la libertad y la reinserción social ante el examen de proporcionalidad. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Rec: 15-05-2019 | Fav: 20-06-2019

* Este artículo fue previamente publicado en Ciencia Jurídica, año 8, núm. 16.

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

1. Introducción

La hipótesis, punto de partida del siguiente desarrollo, es la siguiente: *en nuestro país el concepto de reinserción social de sentenciados penalmente es impreciso en la Constitución Federal; y a nivel local, en la Constitución de la Ciudad de México, aunque se le reconoce como un derecho, su contenido también resulta difuso y equívoco. Esto se debe, primordialmente, a que tal concepto es concebido como finalidad de la pena privativa de la libertad y no en calidad de derecho de prestación reclamable por los reclusos.*

Tal aseveración ensaya una respuesta preliminar a diversas interrogantes que surgen cuando se busca el sentido actual de la pena privativa de la libertad, tales como: ¿es esta una institución cuyo fin es la reinserción social de los penados, más que la protección de los derechos de las personas víctimas del delito?, ¿es posible aprovechar su tiempo de duración para administrarle a los detenidos un tratamiento que coadyuve al logro de dicha reinserción?, ¿qué significa la reinserción social como principio dispuesto constitucionalmente?, ¿cuándo cabe hablar de reinserción, mientras los titulares de tal derecho están presos o hasta que son excarcelados?, ¿cabe considerar el ejercicio de derechos fundamentales como un medio para lograr la pretendida reinserción social?

Dar respuesta íntegra a las interrogantes previas rebasa los límites del presente estudio, sin embargo, ello no supone la imposibilidad de responderlas aquí al punto de exponer las insuficiencias y equívocos respecto al principio constitucional de la reinserción social de sentenciados tal como se ha dispuesto, de un lado, en la Constitución federal y, de otro, en la Constitución de la Ciudad de México. En ese empeño, el objetivo de este trabajo es analizar dicho principio y esgrimir argumentos que reivindiquen su calidad de derecho fundamental, para demostrar que como está dispuesto su contenido, actualmente, carece de una especificidad que permita reconocerlo como tal, lo cual es necesario a efecto de proteger su efectiva realización y, en su caso, evitar los excesos punitivos en la aplicación de la pena privativa de libertad.

En otras palabras, se pretende contribuir a esclarecer que el derecho a la reinserción social, dada su actual definición en la Constitución federal y, a su vez, en la Constitución de la Ciudad de México — con sus particulares asertos—, precisa de una recon-

ceptualización sin contenidos teleológicos, en la cual se asuma que la pena de prisión, dadas sus propias características, *afecta la integridad psicofísica* de los penados; y que, por lo mismo, necesita —básicamente— organizarse para protegerla promoviendo la práctica de los derechos fundamentales no limitados por el castigo. Esto, asimismo, considerando a la reinserción social como un derecho exigible por los sentenciados y no como finalidad de la pena.

2. El concepto jurídico de reinserción social de sentenciados

No obstante que la teoría de la personalidad delincencial resulta anacrónica —lo mismo que su correspondiente perspectiva político-criminal, promotora de una institución carcelaria con la cual se ha pretendido reformar a los reclusos con un tratamiento de corte terapéutico—,¹ y pese a la evidencia empírico-teórica que prueba lo contrario,² todavía así, en la legislación internacional y nacional sobre el tema sigue vigente tal idea. Para ello se ha colocado el concepto de *reinserción social* en sustitución de otros previos —como los de *rehabilitación* o *readaptación*—, rodeándolo de una visión jurídica en la cual, aunque se hace referencia a *un tratamiento* de los sentenciados a pena de prisión, este ha sido desligado de sus rasgos curativos

¹ Presuntamente útil para reintegrarlos a la vida social como individuos productivos no reincidentes en comportamientos delictivos.

² Es decir, el fracaso de la prisión en funciones y fines de rehabilitación. Sobre el tema véase, por ejemplo, Herlinda Enriquez Rubio Hernández, *El pluralismo jurídico intracarcelario. El derecho y la ley no escrita de la prisión*, México, Porrúa, 2016, 2ª ed., véanse capítulos 2 y 3; Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, 1ª ed., 1ª Reimpresión, pp.193-218; Octavio Orellana Wiarco, *Criminología moderna y contemporánea*, México, Porrúa, 2012, pp. 211-225; Teresa Miralles, “IV Patología criminal: La personalidad criminal”, en Roberto Bergalli, et al, *Pensamiento criminológico I: un análisis crítico*, Bogotá, Colombia, Temis, 1983, pp. 69-90; Maximiliano Hernández Cuevas, *Trabajo y derecho en la prisión. Una relación entre legalidad y normatividad alterna*, México, Porrúa, 2011, véanse capítulos 4 a 6; Francis Cullen y Paul Gendreau, “Evaluación de la rehabilitación correccional: política, prácticas y perspectivas”, en Rosemary Barberet y Jesús Barquín, *Justicia penal siglo XXI. Una selección criminal justice 2000*, Granada, National Institute of Justice (U.S. Department of justice), 2006, pp. 275-348; David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 235-276; Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 135-146; Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 506-509.

(con los que se buscaba rehabilitarlos en un régimen penitenciario progresivo y técnico).³

De tal modo, se conserva la idea central reformista de la pretendida personalidad criminal, pero sin recurrir a nociones terapéuticas. Es decir, sobre la base de administrar a los internos tratamientos orientados a la práctica de sus derechos, aquellos que no les han sido restringidos por la pena privativa de la libertad. El resultado: la justificación de que la pena de prisión puede contribuir a su reinserción a la vida en sociedad procurando que no vuelvan a reincidir, ahora con base en la práctica de los derechos humanos.⁴

Así, establecida la liga entre derechos fundamentales no limitados a los reclusos durante su encarcelamiento y su reinserción social, procede analizar cómo esta es conceptualizada jurídicamente, primero a nivel internacional y después en el nacional mexicano.

3. El concepto de reinserción social en documentos internacionales

En la reconocida Carta de Derechos Humanos⁵ el tema de la pena de prisión y sus fines se enuncia como sigue:

Artículo 10⁶

1. Toda persona privada de libertad será tratada huma-

³ Ley que Establece las normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, derogada a partir del 16 de junio de 2016: "ARTICULO 7o.- El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, (...)".

⁴ Puede afirmarse que el término "técnico" es un puente entre la visión terapéutica que refiere a un cuerpo interdisciplinario de especialistas en diversas ramas del saber científico, antes concebidos en calidad de terapeutas (encargados de hacer un diagnóstico y prescribir un tratamiento progresivo y técnico de carácter reformador de la personalidad), y, ahora, como prestadores de servicios ofrecidos a los internos, lo que representa la garantía de que puedan ejercer sus derechos fundamentales no limitados con la prisión. Esto marca una importante diferencia de fondo, sin embargo, el cambio de orientación se trastoca al no organizar una práctica de los derechos humanos *per se*, es decir, valorada por su peso propio, sino degradándola a un medio para lograr la reinserción social.

⁵ Se conoce así al conjunto fundacional y jerárquicamente más importante de instrumentos jurídicos sobre derechos humanos en el contexto internacional, constituido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos facultativos (1966), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Adopción en 1966).

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Organización de las Naciones Unidas*, Nueva York, 1966 (adhesión de México el 24 de marzo de 1981). Se destaca en cursivas lo que ocupa nuestro análisis.

namente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...]

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados [...]

Nótese que el numeral 1 contiene la porción nuclear del derecho fundamental consagrado en el artículo y que el numeral 3 contribuye a definirlo: se afirma que las personas privadas de su libertad serán tratadas humanamente y esto, necesariamente, lleva a considerar como parte de ello al *tratamiento* o régimen cuya finalidad es la reforma y readaptación social de los penados.

De igual forma, conviene advertir que esta disposición, perteneciente a un tratado jurídico de primordial jerarquía a nivel internacional, define lo que ha de entenderse por *régimen penitenciario* y sus finalidades. Lo hace, como podrá inferirse de la terminología empleada (*tratamiento, reforma y readaptación*), bajo el criterio reformista y rehabilitador más arriba mencionado; idea que científicamente ha caducado, pero que en dicho convenio se mantiene vigente. Vemos aquí un asunto relevante: que el tratamiento o régimen penitenciario, y los fines de reforma y readaptación social *constituyen* parte del *derecho fundamental* consagrado en el pacto, aun cuando esto resulta una paradoja, como veremos.

En igual circunstancia se encuentra lo expresado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de origen y cobertura regional, que acorde con el contenido del pacto antes citado dispone:

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...]*

6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.*⁷

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 7 de mayo de 1981. Se destaca en cursivas lo que ocupa nuestro análisis.

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

En este caso, la reforma y readaptación social contribuyen a definir el derecho a la integridad personal, y con ello, como en el caso anterior, adquieren calidad de derecho aun cuando esto también sea cuestionable.

Lo paradójico de que la reforma y readaptación social queden enmarcadas como derecho fundamental estriba en que los derechos fundamentales son estrictamente potestades de extracción deontológica y no axiológica, principios que —por esto mismo— no admiten orientación teleológica,⁸ tal como se atribuye a la reforma y readaptación al conceptualizarlos como “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad. Advertimos así una importante *inconsistencia* producida al ubicar como valores a los derechos fundamentales,⁹ cuando epistémicamente su carácter es el de principios. Es decir, resulta erróneo definirlos por medio de finalidades (en este caso la reforma y la readaptación social), pues se afecta su calidad categórica —de obligatoriedad— y se les degrada a una aspiración que puede o no ser cumplida.¹⁰

En el caso de la convención, además, sin referir al régimen penitenciario —el cual dentro del pacto significa “tratamiento”—, se rescata que “Toda persona privada de libertad será *tratada* con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Y posteriormente, en el numeral 6, aparece llanamente la pena privativa de la libertad con sus fines de reforma y readaptación. Esto último, le reconoce a dicha institución punitiva un papel en la definición del derecho a la integridad personal, *lo que resulta antagónico* a tal cometido, pues, sustancialmente, la privación de la libertad es una agresión a la integridad psíquica y física de las personas. Y no cabe, por lo mismo, involucrarla en disposiciones de derecho fundamental que con ella no se pueden cumplir (como es el salvaguardar la integridad de la persona humana).

⁸ Los *principios* son de cuño deontológico, en cambio, *los valores* son de origen axiológico y, por ende, se orientan a finalidades.

⁹ En el pacto, a un trato humano y respetuoso de la dignidad, y en la convención, a la integridad personal.

¹⁰ Sobre el tema de los valores y principios en el sentido expuesto, véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005, 4ª ed., pp. 328-335; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 138-172; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-120; Martín Farrel, “El utilitarismo en la filosofía del derecho”. En línea. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/4.pdf> (consultada el 2 de marzo de 2018); Adela Cortina, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000, 6ª ed., pp. 90-92.

De tal manera, es dable apreciar inestabilidad o equivocidad en las definiciones de los derechos fundamentales analizados. Pero, simultáneamente, que aun cuando *la readaptación social* es integrante de esas definiciones, pese a la falta de ser ubicada como finalidad, adquiere una dimensión propia —esto es, se proyecta como derecho fundamental en ciernes, con peso propio— al tener presencia en dos documentos distintos. Un derecho en sus comienzos que, para integrarse como tal, primero precisa de una reconceptualización que abandone el sentido reformista de la personalidad y, segundo, su reconocimiento de principio o norma de derecho fundamental de los condenados, *exigible y practicable*, en lugar de finalidad de la pena privativa de libertad o consecuencia *deseable*.

Más todavía, si se toma en sentido fuerte el derecho a un trato digno y respetuoso de la integridad, la posible reintegración de los penados a la vida social adquiere el carácter de derecho fundamental de prestación,¹¹ es decir, que intrínsecamente conlleva la obligación del Estado de proteger efectivamente la integridad de los penados, la cual resulta seriamente menoscabada por el encierro.¹² Es en esto cuando cobra importancia desprender del régimen penitenciario la idea reformadora y curativa; de ahí que en documentos actualizados el término “readaptación” ha sido sustituido por el de “reinserción social”, como enseguida veremos, dentro de una perspectiva que intenta trascender la idea terapéutica original. Revisemos de qué modo se ha manejado el tema en docu-

¹¹ “(...) los derechos de prestación son el resultado, o bien de un mandato de hacer dirigido a los poderes públicos (incluso a los particulares) contenido en la norma iusfundamental, de tal manera que de ese mandato sea posible deducir un derecho a una conducta positiva del Estado (o de los particulares), o bien de una exigencia derivada de la garantía de un efectivo y real ejercicio del derecho fundamental en cuestión (...) En sentido amplio un derecho de prestación puede ser el derecho a que el Estado regule determinada realidad”, Francisco Bastida *et al.*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, pp. 98-99. En línea. Disponible en: <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF> (consultada el 31 de enero de 2019); “(...) Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio (...)”, Robert Alexy, *teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 419; “(...) Todo derecho a un acto positivo, es decir, a un acto del Estado es un derecho a prestaciones (...)”, *Ibidem*, p. 427.

¹² Al respecto véase, Herlinda Enríquez Rubio Hernández, *El pluralismo...*, *op. cit.*, capítulos 2, 3 y los anexos II y III; Maximiliano Hernández Cuevas, *Trabajo y derecho...*, *op. cit.*, capítulos 4 y 6 y anexo I; Octavio Orellana Wiarco, *Criminología...*, *op. cit.*, pp. 211-225.

mentos legislativos internacionales de carácter reglamentario.

3.1. La reinserción social a nivel reglamentario

¿Qué acontece con la reglamentación internacional sobre las disposiciones acabadas de revisar? Es pertinente comenzar por el primer instrumento que reglamenta lo que de forma general se ha dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana. El documento fue actualizado en 2015, precisamente, porque varias normas lo requerían, entre ellas las que ocupan el interés de nuestro análisis. En este sentido, se le modificó la denominación con la añadidura: “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos” o, también, “Reglas Nelson Mandela”. Como corresponde a un instrumento actualizado, se hace un uso más cuidadoso de los conceptos y se retira del mismo la perspectiva terapéutica que aparecía en el documento original.¹³ Al respecto, veamos las reglas interesantes a nuestro análisis:

Regla 4

1. *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia.* Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, *la reinserción de los exreclusos en la sociedad* tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

2. *Para lograr ese propósito*, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrece-

¹³ El nombre y las fechas de adopción del documento original vía sus respectivas resoluciones son: *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adopción: Consejo Económico y Social de la ONU. Resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977. En su principio 59 se establece: “*Para lograr este propósito*, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del *tratamiento individual* de los delincuentes, todos los *medios curativos*, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.” Las cursivas son mías.

rán en atención a *las necesidades de tratamiento* individuales de los reclusos.

Regla 5

1. El régimen penitenciario procurará *reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad* que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.¹⁴

Nótese que a diferencia del pacto y de la convención acabados de analizar, las Reglas Mandela presentan objetivos y no fines de la pena privativa de la libertad. Evitan hablar del fin de la readaptación social de los penados y, en cambio, enuncian que los objetivos de la referida sanción son los de proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia.

La sustitución de términos obedece, por una parte, a necesidades de actualización según se consigna en la observación preliminar 1 de este documento,¹⁵ y por otra, en mi opinión, a un mejor entendimiento sobre la pena privativa de la libertad, con respecto a lo mostrado en el pacto y la convención citados anteriormente, pero que aún no libra los equívocos. Las Reglas reconceptualizan el fin de la pena privativa de la libertad como objetivos: *proteger del delito y reducir la reincidencia*.¹⁶

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015. Las cursivas fueron puestas por mí.

¹⁵ “Observación preliminar 1. El objeto de las siguientes reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar, partiendo de los conceptos generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria.”, *idem*.

¹⁶ Esto, aunque la evidencia empírica demuestra que la prisión no protege a la sociedad, dados los niveles de impunidad y de reincidencia delictiva; igualmente demuestra, y con mayor contundencia, que tampoco puede reformar y rehabilitar a los reclusos. Este es todo un tema en el problema de los fines y justificación de la pena privativa de libertad que en el terreno formal y teórico no se consigue resolver, como podemos advertir en las contradicciones normativas apuntadas: el fin de la pena de prisión ¿es la reforma y readaptación de los penados? o acaso ¿la protección de la sociedad en contra del delito y su reincidencia? Las diferentes teorías de la pena han fracasado en el intento de justificar la aplicación del derecho penal, eso es constatable en la literatura que sobre el tema ha realizado una cuidadosa crítica. Así, el escabroso asunto de la justificación del derecho penal, y de la pena de prisión en particular, ha sido resuelto no en el terreno jurídico ni en el teórico-penal, sino en el de la filosofía del derecho: la única justificación posible de la existencia y aplicación del derecho penal es la protección de

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

No obstante, ¿de qué manera se maneja la idea si no de readaptar, la de hacer algo con los penados? En el numeral 1 de la Regla 4, se prescribe un aprovechamiento del periodo de reclusión “[...] para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad [...]”.¹⁷ En efecto, el concepto de *reinserción social* aparece por primera vez en la historia de ese documento reglamentario. Pero adviértase que se utiliza para el caso de los *exreclusos* y no antes, pues resulta pertinente hablar de reinserción una vez que los penados han logrado su libertad. Y aparece como un propósito que ayudará, a su vez, al logro de los objetivos de protección a la sociedad y reducción de la reincidencia, si se aprovecha el tiempo de duración de la pena.

Entonces, ¿el significado de reinserción dado en la Regla 4, se vincula así al periodo de internamiento? Al legislar esto la Asamblea de la ONU consigue no declarar que la reinserción es el fin de la pena privativa de libertad, pero indirectamente conserva esta finalidad al *condicionar* el logro de los objetivos de protección y reducción de la reincidencia a lo que se haga en el periodo de duración de la pena, con lo que se continúa con la idea de reformar la personalidad de los reclusos. No obstante, el uso de la expresión “lograr en lo posible” revela que la reinserción social se concibe con incertidumbre. Implica duda sobre el resultado de aquello que pudiera efectuarse en el periodo de aplicación de la pena con el propósito (enunciado así en el numeral 2) de que los *exreclusos* no delincan y sean capaces de vivir de su trabajo.

Cabe decir que el concepto *reinserción social* es, de entrada, definido con propiedad porque se aplica al caso de los *exreclusos*, pero se le vuelve equívoco al involucrar aquello a realizar con el penado en cautiverio. En tal sentido, se conserva la idea del tratamiento de los reclusos como parte de su proceso de reinserción, lo cual conduce a una interrogante *incontestable de manera afirmativa* en el contexto de los hechos: ¿qué tanto es posible la reinserción de los internos, en los términos prescritos, aun cuando el régimen peni-

tenciario “procure reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad”?

Tal problemática proviene del error que implica orientar a fines o propósitos tanto al trato digno a los reclusos (el cual es un principio, no un medio dirigido a un propósito reformador), como a la reinserción social de los *exreclusos*, misma que precisa ser reconocida en su carácter de derecho fundamental de prestación, *que obliga al Estado a hacer* lo necesario para que dicha potestad se ejerza plenamente por las personas que ya cumplieron una pena privativa de libertad. Esto es, que logren un autosostén digno y no reciban un trato proclive a la marginación o al estigma dentro de la vida social.

Ahora bien, para acceder a posturas como la anterior, es imperioso la existencia de estatutos en los que se logre dimensionar con precisión el carácter de principios de las normas organizadoras de los regímenes penitenciarios; evitar equivocidades como las observadas en los instrumentos hasta ahora revisados. En tal sentido, podemos apreciar otro documento internacional: “*Los principios básicos para el tratamiento de los reclusos*”¹⁸ cuya perspectiva acerca del trato a los privados de la libertad es notablemente distinta, pues alejada de la prescripción de tratamientos reformistas de la personalidad, en cambio, se centra en la realización de principios, en su caso, derechos fundamentales:

1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos [...]

5. Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

6. Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desa-

los derechos humanos. Al respecto, véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 335-336; Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo penal*, México, Fontamara, 2004, pp. 283-299; Alessandro Baratta, *Criminología crítica...*, op. cit., pp. 227-241.

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015, Regla 4 numeral 1.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Adopción: Asamblea General de la ONU, Resolución 45/111, 14 de diciembre de 1990.

rollar plenamente la personalidad humana [...]

8. Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio [...]

10. Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del exrecluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

Es destacable que las disposiciones tienen el carácter de *principios* y no de valores orientados a fines, esto es, se mantienen en el ámbito deóntico y no en el axiológico, lo cual transforma profundamente lo que se considera debe hacerse con los reclusos en prisión, es decir:

Primero, se da un giro al sentido del régimen penitenciario: de basarse este en disposiciones normativas dirigidas al logro de finalidades, objetivos y propósitos, se cambia a principios que ordenan el ejercicio de los derechos fundamentales no limitados por la pena, en un entorno respetuoso de la dignidad humana (principios 1 y 5). *Segundo*, por lo mismo, se habla de “trato” y no de “tratamiento” de los penados (principio 1).

Tercero, el derecho a participar en actividades culturales y educativas (principio 6), implica que estas se reconocen y protegen en su calidad de *derechos fundamentales de prestación*, pues el Estado queda obligado a garantizar la provisión de los insumos necesarios para la realización de dichas actividades (derechos a la cultura y a la educación).

Cuarto, respecto al mismo principio, la realización efectiva e integral de los derechos fundamentales permite pensar en un posible y pleno desarrollo de la personalidad *en cualquier* ser humano. Pero ello se funda *en la práctica de derechos humanos*, no en la prescripción de “tratamientos individuales” encaminados a fines con pretensiones reformistas de la personalidad.

Quinto, en igual sentido, el principio 8 hace referencia a derechos fundamentales de prestación de tipo laboral, en lo que el Estado queda obligado a hacer lo conducente para la realización de tales potestades de los reclusos. Práctica que facilite *su reinserción en el mercado laboral* y permita contribuir al sustento

familiar y el propio. Obsérvese que aquí, nuevamente, aparece condicionado el ejercicio de derechos a finalidades de reinserción; lo cual hace patente la dificultad de separar la práctica de un derecho fundamental dentro de la prisión, de los resultados que de ello pudieran derivarse. Tenemos pues, el mismo desacierto de los documentos precedentes: orientar el ejercicio de un derecho fundamental a fines, con lo cual dicha práctica se convierte en un medio, cuando propiamente es un principio. La obligación del Estado, sobre todo hacia quienes son separados de la sociedad por la fuerza, es garantizar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, aquellos no restringidos por la pena de prisión, independientemente si de ello se desprenden o no consideraciones de utilidad como pueden ser la reinserción y el autosostén.

Sexto, el principio 10 también estatuye un derecho de prestación: *el derecho fundamental a la reinserción social de los exreclusos*. Es en este caso cuando procede la práctica de tal potestad al tratarse de la pena privativa de la libertad, es decir, cuando la referencia es a *exreclusos*. En internamiento el ejercicio de este derecho es impracticable en los términos normativos actuales; y, sin embargo, *reclamable* ¿pero hasta qué punto? En esto último, radica la problemática de los fines de la pena privativa de libertad. Si su finalidad es la reinserción social, la práctica de derechos humanos se reduce a un medio para conseguirla, lo cual resulta inviable epistemológicamente porque los derechos humanos son principios y no medios. En cambio, si la reinserción social se asume como derecho de prestación, entonces se vuelve no una aspiración, sino un principio exigible por los reclusos, pero esto, según lo permita su limitación punitiva y proporcional de derechos fundamentales impuesta por la pena de prisión. Asunto que enseguida abordaremos.

4. La reinserción social en el contexto jurídico constitucional federal y local

En el texto vigente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el concepto de reinserción social aparece como sigue:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte *como medios* para lograr *la reinserción* del sentenciado.

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

do a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.¹⁹

Puede observarse que se ordena la organización del sistema penitenciario sobre la base del respeto a los derechos humanos en general y, entre ellos, en particular, al trabajo, la capacitación, la educación, la salud y al deporte. De esto, es importante subrayar que tales derechos —pese a su carácter fundamental— son degradados a medios junto a los demás derechos fundamentales no restringidos por la pena, esto, porque su respeto y ejercicio se subordina al logro de “la reinserción del sentenciado a la sociedad”. Equívoco producto de una magra definición de la reinserción social, supeditada a una justificación reformista de la personalidad dada a la pena privativa de la libertad.

Así, tenemos una redacción constitucional federal que incorpora lo dispuesto en la legislación internacional revisada y que no logra superar las deficiencias apuntadas con anterioridad. No obstante, ¿qué sucede en el caso de la Constitución de la Ciudad de México, considerando que se trata de un documento del siglo XXI? Su definición y claridad acerca de los derechos humanos es muy avanzada en contraste con la Constitución federal que —pese a sus continuas actualizaciones— se remonta a principios del siglo pasado, lo cual implica limitaciones difícilmente subsanables con enmiendas. No así el caso de la nueva carta fundacional de la Ciudad de México, que sobre el tema de nuestro interés dispone:

Artículo 11. Ciudad incluyente

A. Grupos de atención prioritaria

La Ciudad de México garantizará la atención prioritaria para el pleno ejercicio de los *derechos de las personas que debido a la desigualdad estructural* enfrentan discriminación, exclusión, maltrato, abuso, violencia y mayores obstáculos para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

B. Disposiciones comunes

1. Las autoridades de la Ciudad adoptarán las medidas necesarias para promover, respetar, proteger y *garantizar* sus derechos, así como para *eliminar progresi-*

vamente las barreras que impiden la realización plena de los derechos de los grupos de atención prioritaria y alcanzar su inclusión efectiva en la sociedad [...]

4. Las autoridades deberán actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, *tomando en cuenta la situación y condiciones de vulnerabilidad de cada grupo [...]*

6. La ley preverá un sistema integral de asistencia social a cargo de diseñar y ejecutar políticas públicas *para la atención de personas, familias, grupos y comunidades con perspectiva de derechos humanos y resiliencia.*

L. Derechos de las personas privadas de su libertad

Las personas privadas de su libertad tendrán derecho a un trato humano, *a vivir en condiciones de reclusión adecuadas que favorezcan su reinserción social y familiar*, a la seguridad, al respeto de su integridad física y mental, a una vida libre de violencia, a no ser torturadas ni víctimas de tratos crueles, inhumanos o degradantes y a tener contacto con su familia.²⁰

Una constitución centrada en el reconocimiento, promoción, respeto y garantía de los derechos humanos, contempla la existencia y necesidad de proteger a los grupos vulnerables; en tal sentido, en la Constitución de la Ciudad de México se reconoce *por primera vez* la vulnerabilidad de los reclusos en las prisiones al incluirlos dentro de los grupos de atención prioritaria; esto, en función de “la desigualdad estructural” que, en su caso, viven en el encierro, lo cual los torna en personas a las que debe garantizarse “el pleno ejercicio de sus derechos (...)”.²¹

En esa ruta, además —en el apartado “L”— se puntualizan garantías especialmente importantes para ellos, como la seguridad, el respeto a su integridad física y mental, a una vida libre de violencia, sin tortura ni tratos crueles, así como a que se mantengan en contacto con sus familiares.²² Y en cuanto a la reinserción

²⁰ Constitución Política de la Ciudad de México, Aprobada en sesión solemne el 31 de enero de 2017 y publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* y en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 2017. Las cursivas son mías.

²¹ *Ibidem*, Artículo 11, apartado A.

²² Lo que en el apartado “L” se enuncia como derechos —en este caso, considerables también como derechos de prestación—, en sentido estricto y a la luz de la teoría garantista, son garantías de los reclusos, es decir, *obligaciones del Estado* de crear y mantener las condiciones necesarias para salvaguardar la integridad física y mental de estos.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 24-02-2017, Artículo 18, 2º párrafo. Cursivas mías.

social, es posible afirmar que se avanza hacia definirla en calidad de derecho fundamental, por lo siguiente:

Primero, en el numeral 1 del apartado “B. Disposiciones Comunes”, se ordena “eliminar progresivamente las barreras que impiden la realización plena de los derechos de los grupos de atención prioritaria y alcanzar su inclusión efectiva en la sociedad.” Con ello *se reconoce y define un derecho de prestación*, pues el Estado se obliga a hacer lo conducente (eliminar barreras, que en el caso de los reclusos —de modo imperativo— implica modificar a fondo el régimen penitenciario) no solo para la práctica de los derechos que como seres humanos y grupo vulnerable poseen, sino, en particular, del derecho a la inclusión efectiva (léase, reinserción) social. Y aunque dicha inclusión sea referida como meta, en realidad tiene *carácter de derecho fundamental* reclamable por los integrantes de cualesquiera de los grupos de atención prioritaria, pues su práctica involucra el abandono de la exclusión vejatoria por ellos padecida y, por ende, una inclusión (reinserción) social dignificante que posibilite la recuperación y fortalecimiento de su integridad personal deteriorada. En el caso de los reclusos, por consiguiente, también incluye proveerles de más y mejores posibilidades de contacto con la vida social exterior.

Segundo, relacionado con lo anterior, en el numeral 6, de igual manera, es posible ubicar parte del reconocimiento y definición del derecho a la reinserción social, al prescribir la creación de un sistema integral de asistencia “a cargo de diseñar políticas públicas” de atención con “perspectiva de derechos humanos y resiliencia”. Esto, para los reclusos y exreclusos, implica el reconocimiento de que la prisión, contrario a lograr reformarlos, les daña física y mentalmente, y que —por lo tanto— es imperioso asistirlos *durante* y al *término* de la sanción para amortiguar las secuelas de la pena y apoyar su resiliencia, esto es, la adaptación menos lesiva y recuperación ante el perjuicio infligido por la aplicación penal.

Todo esto significa un viraje en el sentido dado a la pena privativa de libertad. De una institución organizada para administrar tratamientos dirigidos a la reforma de los condenados y la disminución de su reincidencia delictiva, a otra que revela centrarse en proteger los derechos de las víctimas del delito, pero también los de los reclusos. Para las primeras, porque el derecho penal en general, y la pena privativa de

libertad en particular, son una garantía de protección a sus derechos fundamentales que se activa cuando las garantías primarias han fallado en tal cometido.²³ En cuanto a los segundos, porque en el encierro pasan de victimarios a víctimas del sistema de justicia penal.²⁴ Se convierten en personas en situación de vulnerabilidad a quienes es menester proteger de los efectos de la aplicación penal a través de la salvaguarda a su integridad y dignidad humanas, y dándoles todo el apoyo posible para auxiliarlos en su proceso de *resiliencia* —entendiendo por esta, la “capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos”.²⁵

Como puede apreciarse, existe la posibilidad de concebir a la reinserción social como un derecho fundamental (de prestación) y no como finalidad de la pena. Realizable, por completo, para el caso de los exreclusos, y exigible en el de los internos cuando la aplicación de la pena constituye un límite al derecho a la libertad impuesto proporcionalmente.²⁶ Pero también, por su parte, en el de aquellos reclusos con sentencias altamente prolongadas (quienes difícilmente obtendrán su libertad), en el sentido de que tienen el derecho a vivir en circunstancias lo más cercanas, similares, a las existentes en la vida social del exterior lo cual, en cierta medida, significa incluirlos en lugar de excluirlos de esta.²⁷

²³ Garantías primarias son aquellas otorgadas directamente a nivel constitucional para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales ahí reconocidos, las garantías secundarias son “(...) las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.” Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, 4ª ed., p. 43.

²⁴ Cfr. Herlinda Enriquez Rubio Hernández y Maximiliano Hernández Cuevas, “Víctimas del sistema de justicia penal. La vulnerabilidad de los penados y sus derechos” en José Zamora Grant y Emilio José García Mercader, (Coords.), *Acceso a la justicia a víctimas del delito y violaciones a los derechos humanos en Iberoamérica*, Murcia España, Diego Marín Editor, 2016, pp. 329-373; Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 331-336; Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 120-131; Maximiliano Hernández, *Trabajo y derecho...*, op. cit., pp. 149-169.

²⁵ Real Academia Española (RAE), *Diccionario de la Lengua Española* (2018).

²⁶ Es decir, cuando la restricción al derecho a la libertad resiste el “test” de proporcionalidad.

²⁷ Por ejemplo, dotar a la vida en reclusión de circunstancias en que los reclusos pudieran ejercer derechos fundamentales en la actualidad limitados o francamente cancelados con la pena, como el derecho al voto o al ejercicio legal de una profesión. La práctica de tales derechos ampliaría significativamente la posibilidad de realizar proyectos de vida que les facilitaría dar un sentido social incluyente a sus vidas, aun dentro de la cárcel.

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

Finalmente, por lo argumentado, procede afirmar que en la redacción de este texto constitucional *no existe el sentido teleológico* presente en los demás documentos previamente revisados. Y puede reconocerse, en cambio, el carácter implícito de derecho fundamental aún insuficientemente definido, pero presente que posee la reinserción social.

5. La reinserción social en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Aunque la ley reglamentaria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presenta avances significativos en materia de ejecución penal, con respecto a las leyes que le precedieron en los niveles federal y local, parcialmente se mantiene en la línea teleológica marcada constitucionalmente respecto de la reinserción social. Podemos observarlo en lo que sigue:

Artículo 14. De la Autoridad Penitenciaria

La Autoridad Penitenciaria organizará la administración y operación del Sistema Penitenciario *sobre la base del respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para procurar la reinserción de la persona sentenciada a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir [...]*²⁸

Como advertimos en el análisis de la legislación internacional e hicimos mención en el caso de la Constitución federal, la reinserción social es concebida como una finalidad, objetivo o propósito por alcanzar, lo mismo que la no reincidencia delictiva. Pero aquí, podemos añadir que dicha aspiración se maneja más en calidad de intención, ya que se emplea reiteradamente el término “procurar”, es decir, que la autoridad penitenciaria debe organizar la administración y operación del sistema penitenciario para procurar, intentar, hacer esfuerzos, para lograr la reinserción y la no reincidencia. Por lo demás, lo analizado más arriba se aplica a la ley de ejecución, es decir, se degrada a medios el respeto y la práctica de los derechos humanos, al supeditarlos a la intención de alcanzar la reinserción social y la no reincidencia.

No obstante, conviene destacar que en esta ley reglamentaria por fin se define el concepto de reinserción social: “*Reinserción social*. Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.²⁹ Y que tal concepto es concebido en calidad de *principio* rector del sistema penitenciario, junto con otros principios.

¿Hacia dónde puede conducir este posicionamiento? Por un lado, como principio, el concepto de reinserción social es de carácter deóntico y no axiológico, por lo cual no cabe darle un significado finalista. Y esto, acaso, puede explicar por qué se enuncia —en un intento muy comprometido y mal logrado de evitar el sentido teleológico—, como acabamos de observar en el artículo 14 recién citado, que la autoridad penitenciaria “procurará”, esto es, “intentará” la reinserción social. Lo cual resulta antagónico a la ubicación de esta última como principio.

Por otro lado, al tener la reinserción social el carácter de principio es posible concebirla como derecho fundamental conforme a la teoría de los derechos fundamentales,³⁰ considerando lo siguiente:

Su primer nivel de definición es dado como *disposición de derecho fundamental* puesta en el artículo 18 de la carta magna, que la conceptualiza difusamente aún como finalidad: “El sistema penitenciario se organizará [...] para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir”.³¹

Un segundo nivel de definición le proporciona el carácter de *norma de derecho fundamental* al posicionarla como principio rector del sistema penitenciario: “*Reinserción social*. Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.

Es de esta manera como la teoría da cuenta de un derecho fundamental cuya configuración completa se integra en dos niveles de definición: el primero,

²⁹ *Ibidem*, Artículo 4. Principios Rectores del Sistema Penitenciario.

³⁰ Sobre la conformación de los derechos fundamentales véase, Robert Alexy, *Teoría de los ...*, op. cit., pp. 48-172; y Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4ª ed., capítulo 1.

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente, última reforma, *Diario Oficial de la Federación*, 24-02-2017.

²⁸ Ley Nacional de Ejecución Penal, texto vigente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

con la disposición de derecho fundamental enunciada constitucionalmente, y, el segundo, con su porción definitoria reglamentaria, la norma de derecho fundamental. Juntos, ambos contenidos normativos, definen al derecho en cuestión. En este caso, *el derecho a la reinserción social*.

Podrá objetarse que en el primer nivel la reinserción no está dotada como principio, sino como finalidad. Sin embargo, una constitución, en sentido estricto, dispone principios no valores, aun cuando a menudo se haga un uso indiscriminado de términos en tal sentido. El rasgo distintivo de una Constitución es precisamente establecer principios que, por supuesto, tienen carga valorativa, pero el sentido y su fuerza está en su esencia deontológica.

La segunda fase de integración del derecho fundamental, en el caso de la ley de ejecución, claramente lo termina de delinear al precisarlo y dejarlo establecido como principio, pese a los desaciertos puestos más adelante, entre otros, en su artículo 14.

Ahora bien, las derivaciones que pueden hacerse de concebir a la reinserción social, bien como finalidad o en su calidad de derecho fundamental, llevan una carga problemática que es necesario no desdeñar por sus fuertes implicaciones.

6. La pena privativa de la libertad y la reinserción social ante el examen de proporcionalidad

El problema de que la reinserción social sea tratada legalmente como un fin de la pena de prisión se hace evidente cuando esta última es sometida a un examen de proporcionalidad, por medio del cual se busca responder a lo siguiente: ¿Qué tan adecuada, necesaria y racional en sentido estricto es la pena impuesta como restricción al derecho a la libertad? ¿Es viable concebir que los penados podrán reinsertarse a la sociedad, en los términos que se plantean normativamente, cuando sus sentencias son altamente prolongadas?

El principio o máxima de proporcionalidad³² es un instrumento jurídico empleado para examinar qué

tan proporcional o razonable es el límite impuesto a un derecho fundamental (en nuestro caso por la pena privativa de la libertad). Ordena que toda norma regulatoria limitante de un derecho fundamental debe ser razonable, es decir, proporcional,³³ lo cual sucede si tal regulación respeta los tres subprincipios o condiciones de razonabilidad siguientes:

1. *Adecuación o idoneidad*, prescribe que las normas reguladoras deben ser idóneas para alcanzar el fin que se busca con su cumplimiento. En nuestro caso, acorde a la Constitución y la Ley Nacional de Ejecución Penal, tal fin es la reinserción social y la no reincidencia delictiva. “Es decir, establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulta apto para el logro del primero”.³⁴ Tal verificación consiste en constatar que la pena de prisión, en efecto, no imposibilite la realización de la reinserción social aun cuando sea en un solo caso, pues se trata de restricción de derechos fundamentales. Y es aquí cuando encontramos que dicha sanción no es totalmente adecuada para conseguir la finalidad constitucional, si se toma en cuenta que leyes especiales ordenan sentencias hasta por ochenta, noventa y cien años.³⁵ Pena de prisión que *de hecho* es cadena perpetua. Una antinomia del fin de la reinserción social que compromete la superación satisfactoria del “test” de idoneidad, pese a la opinión más indulgente de algunos especialistas.³⁶

subprincipio-de-necesidad-y.pdf?sequence=1 (consultada el 31 de enero de 2019); Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Miguel Carbonell, (Comp.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2015, pp. 113-153.

³³ Cfr. Juan Cianciardo, *El subprincipio...*, op. cit.

³⁴ *Ibidem*, p. 1.

³⁵ Por ejemplo, Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, última reforma publicada Diario Oficial de la Federación 19-01-2018, “**Artículo 9.** Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán: I. De *cuarenta a ochenta años de prisión* (...) **Artículo 10.** Las penas a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley, se agravarán: I. De *cincuenta a noventa años de prisión* y de cuatro mil a ocho mil días multa, si en la privación de la libertad concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes: Párrafo reformado DOF 03-06-2014 (...) II. De *cincuenta a cien años de prisión* (...) Las sanciones señaladas en el presente artículo se impondrán, sin perjuicio o con independencia de las que correspondan por otros delitos que de las conductas a las que se aplican resulten.” *Cursivas mías.*

³⁶ Por ejemplo: “(...) normalmente el medio adoptado por el legislador buscará por lo menos realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad. Por esta razón, la re-

³² Sobre el tema véase, Robert Alexy, *Teoría de...*, op. cit., pp. 11-137; Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, pp. 11-29; Carlos Bernal Pulido, *El principio de...*, op. cit., capítulo 1; Juan Cianciardo, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, *El derecho*, Argentina, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2003, pp. 185-198. En línea. Disponible en:

<https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/482/EI->

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

2. *Necesidad*, que también, desde la perspectiva fáctica, examina si el límite impuesto—en nuestro caso— al derecho a la libertad por la pena de prisión, realmente es el necesario o existen mejores alternativas para intervenirlo con menor perjuicio, igualmente, encaminadas al fin de la reinserción social.

Con certeza, para muchos reclusos aplicarían otras penas restrictivas del derecho a la libertad menos nocivas que la prisión, como el tratamiento en libertad de imputables, la semilibertad y el trabajo a favor de la víctima o de la comunidad,³⁷ dado que gran parte de la población penitenciaria está presa por delitos no graves: según la Encuesta Nacional Penitenciaria (ENPOL 2016),³⁸ el 73.9% de los reclusos en México son presos sin antecedentes penales y un 25.9% son reincidentes. Asimismo, en *más del 50 %*, la duración de sus sentencias es entre 0 y 10 años de prisión, en el 20.2% entre 11 y 19 años, y *solo un 25.7%* tiene sentencias de 20 o más años. ¿Qué significado cabe darle

a esta información? Entre otros, que la mayoría de los sentenciados a pena de prisión podrían estar *mejor y menos dañados* en penas alternativas, también dirigidas a cumplir con el fin de la reinserción social. En efecto, conviene añadir que la institución carcelaria es en extremo mortificante y lesiva de la integridad de los penados, por lo cual no puede cumplir con programas y planes que coadyuven a la reinserción social.³⁹ Podemos observar así, que la pena de prisión tampoco supera la exigencia del subprincipio de necesidad.

3. *Proporcionalidad en sentido estricto*, consiste en establecer si el límite impuesto (pena de prisión) resulta razonable con respecto al fin que se persigue (reinserción social). Es en este punto, donde normativamente aflora el error jurídico de relacionar a la pena de prisión con el fin de la reinserción.⁴⁰ ¿Debe prevalecer el interés de proteger y garantizar los derechos de las víctimas del delito o el interés de reinserir socialmente al delincuente? Si el fin de la prisión es la reinserción social de este ¿cómo queda el interés o finalidad de proteger los derechos de aquellas?

Además, adviértase que no solo de manera fáctica—como se vio en los exámenes de los anteriores subprincipios—, sino también legislativamente, el fin de la reinserción social no puede ser cumplido para los casos de sentencias prolongadas, pese a su prescripción a nivel constitucional y lo que se reglamenta en la Ley Nacional de Ejecución Penal. Como se aprecia, normativamente la pena de prisión tampoco supera el test de estricta razonabilidad, cuando el fin que se persigue con ella es la reinserción social.

Podrá inferirse de lo precedente, que es preferible—más razonable— colocar como fin y justificación

levancia práctica del subprincipio de idoneidad es más bien baja.” Robert Alexy, *Los derechos fundamentales y el...*, op. cit., p.14.

³⁷ Código Penal Federal, texto vigente, última reforma publicada *Diario Oficial de la Federación*, 9-03-2018, “**Artículo 27.-** El tratamiento en libertad de imputables consistente en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la reinserción social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. La semilibertad implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa. Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso. Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado.”; véase también, para el fuero común: Código Penal del Distrito Federal, texto vigente, última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, el 31 de diciembre de 2018, Artículos 34, 35 y 36. Cursivas mías.

³⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional Penitenciaria (enpol) 2016*. En línea. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2016/> (consultada el 2 de abril de 2019).

³⁹ Acerca de estudios que prueban la lesividad de la pena de prisión y la ineficacia de los programas de reinserción social, véase Herlinda Enríquez Rubio Hernández, *El pluralismo...*, op. cit., capítulos 2,3 y anexos II y III; Maximiliano Hernández Cuevas, *Trabajo y derecho...*, op. cit., capítulos 4, 5, 6 y Anexo I; Herlinda Enríquez Rubio Hernández y Maximiliano Hernández Cuevas, “Derecho ilegítimo en la prisión: morir dignamente o vivir sin derechos”, *Revista Andamios*, núm. 27, enero-abril, 2015, pp. 237-256. En línea. Disponible en: <https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/issue/archive> (consultada el 2 de febrero de 2019).

⁴⁰ “Las llamadas “antinomias de los fines de la pena” surgen cuando el derecho penitenciario—en verdad una parte y prolongación del derecho penal y del derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas— desarrolla, por su parte, y claramente favorece una determinada meta de la pena: la resocialización. Los problemas de armonización que esto puede crear con la conminación penal y la fase de medición de la pena son evidentes, ya que en estas otras fases dominan otros fines el centro de su interés”. Winfried Hassemmer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la criminología...*, op. cit., p. 134.

de la pena privativa de la libertad a la protección de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general,⁴¹ pues con ello se evita el callejón sin salida mostrado y, en cambio, se hace posible reivindicar el derecho fundamental de los reclusos a la reinserción social en su calidad de principio y no de finalidad, siempre que la restricción impuesta sobre este no lo impida, lo cual es motivo de otro debate.

7. Conclusiones

1. Este estudio ha contribuido a demostrar que es posible concebir a la reinserción social como derecho fundamental, aun cuando equívocamente se le da tratamiento legislativo de finalidad no solo en nuestro país, sino también en algunos documentos internacionales sobre el tema. No obstante, son notables los avances aportados por la Constitución de la Ciudad de México.

2. El único fin y justificación de la pena de prisión admisible desde una postura garantista es proteger los derechos fundamentales, en particular de las víctimas del delito; que cumpla su función de garantía secundaria cuando las garantías primarias de protección a los derechos fundamentales han sido rebasadas por el delito. Como quedó demostrado, si se le adjudica como fin la reinserción social, la aplicación penal no resiste un examen de proporcionalidad.

3. Resulta improcedente tratar como medios a los derechos fundamentales de los reclusos al dirigir, condicionar su práctica al logro de la reinserción social, dado que son principios. Esta es otra inconsistencia de la Constitución federal.

4. Aunque la definición de la reinserción social es difusa y contradictoria en la Constitución federal, es viable entenderla ya como derecho de los reclusos más que como fin de la pena gracias a su porción complementaria dada en la Ley Nacional de Ejecución Penal, que la define y establece como su principio rector. Con ello se reúnen dos requisitos básicos de integración de un derecho fundamental: el primero, en la Constitución como disposición de derecho fundamental, y el segundo, en la citada ley en calidad de norma de derecho fundamental.

5. La reinserción social, estrictamente, desde una postura deontológica, y por ende garantista, es un principio constitucional más que un fin de la pena.

Por lo mismo, un derecho de prestación que obliga al Estado a realizar lo conducente para rehabilitarle al penado su derecho a la libertad, junto con los demás derechos que le fueron suspendidos con la pena, tras el cumplimiento de su condena o, bien, al otorgarle los beneficios que la ley le otorga.

6. Como derecho de prestación realizable aún en el encierro, particularmente en lo concerniente a los presos con sentencias prolongadas, el Estado también está obligado a garantizarles condiciones de vida lo más cercanas a las existentes en la sociedad exterior, de modo que puedan ejercer, aun con ciertas restricciones, varios de los derechos que actualmente les han sido suspendidos. Tal es el sentido de la práctica de sus derechos y no el de tratamiento reformista. El derecho a la reinserción social se realiza no solo cuando la persona abandona la prisión, sino que su práctica también involucra que las personas recobren un sentido de vida digno.

8. Bibliografía

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, 1ª ed., 1ª Reimpresión.
- Bastida, Francisco *et al.*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004. Disponible en: <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF> (consultada el 31 de enero de 2019).
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4ª ed.
- Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (Comp.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2015.
- Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000, 6ª ed.

⁴¹ Como de alguna forma se hace en las Reglas Mandela.

La reinserción social ante la pena de prisión y el principio de proporcionalidad

- Cianciardo, Juan, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, *El derecho*, Argentina, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2003. En línea. Disponible en: <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/482/El-subprincipio-de-necesidad-y.pdf?sequence=1> (consultada el 31 de enero de 2019).
- Cullen, Francis y Gendreau, Paul, “Evaluación de la rehabilitación correccional: política, prácticas y perspectivas”, en Barberet, Rosemary y Barquín, Jesús, *Justicia penal siglo XXI. Una selección criminal justice 2000*, Granada, National Institute of Justice (U.S. Department of justice), 2006.
- Enríquez Rubio Hernández, Herlinda y Hernández Cuevas, Maximiliano, “Víctimas del sistema de justicia penal. La vulnerabilidad de los penados y sus derechos” en Zamora Grant, José y García Mercader, Emilio José (Coords.), *Acceso a la justicia a víctimas del delito y violaciones a los derechos humanos en Iberoamérica*, Murcia España, Diego Marín Editor, 2016.
- Enríquez Rubio Hernández, Herlinda, *El pluralismo jurídico intracarcelario. El derecho y la ley no escrita de la prisión*, México, Porrúa, 2016, 2ª ed.
- Enríquez Rubio Hernández, Herlinda y Hernández Cuevas, Maximiliano, “Derecho ilegítimo en la prisión: morir dignamente o vivir sin derechos”, *Revista Andamios*, núm. 27, enero-abril, 2015. En línea. Disponible en: <https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/issue/archive> (consultada el 2 de febrero de 2019).
- Farrel, Martín, “El utilitarismo en la filosofía del derecho”. En línea. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/4.pdf> (consultada el 2 de marzo de 2018).
- Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- _____, *Epistemología jurídica y garantismo penal*, México, Fontamara, 2004.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2004.
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2005.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- Hernández Cuevas, Maximiliano, *Trabajo y derecho en la prisión. Una relación entre legalidad y normatividad alterna*, México, Porrúa, 2011.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional Penitenciaria (enpol) 2016*. En línea. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2016/> (consultada el 2 de abril de 2019).
- Miralles, Teresa, “IV Patología criminal: La personalidad criminal”, en Bergali, Roberto, *et al., Pensamiento criminológico I: un análisis crítico*, Bogotá, Colombia, Temis, 1983.
- Orellana Wiarco, Octavio, *Criminología moderna y contemporánea*, México, Porrúa, 2012.
- Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- Documentos legislativos*
- Código Penal del Distrito Federal, texto vigente, última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, el 31 de diciembre de 2018.
- Código Penal Federal, texto vigente, última reforma publicada *Diario Oficial de la Federación*, 9-03-2018.
- Constitución Política de la Ciudad de México, Aprobada en sesión solemne el 31 de enero de 2017 y publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* y en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 2017.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 24-02-2017.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 7 de mayo de 1981.
- Ley que Establece las normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, México, 19 de mayo de 1971.

Ley Nacional de Ejecución Penal, texto vigente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 16 de junio de 2016.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 19-01-2018.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la ONU, Nueva York, 1966.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adopción: Asamblea General de la ONU, Resolución 45/111, 14 de diciembre de 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Adopción: Consejo Económico y Social de la ONU. Resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), Asamblea General de la ONU, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en España: estado de la cuestión y propuestas de reforma*

José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia

RESUMEN: *En España, la financiación ha sido tradicionalmente uno de los principales focos de delincuencia en el seno de los partidos, yendo asociada en numerosas ocasiones a sonados escándalos de corrupción. En cambio, hubo que esperar a la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para que el legislador español creara ex novo los artículos 304 bis y 304 ter (relativos a la financiación ilegal de partidos políticos). No obstante, y a pesar de la corta vida de estos preceptos, pronto se generaría en el Poder Legislativo el debate acerca de la conveniencia de modificar dichos artículos. De forma que constituye el objeto principal de este trabajo analizar las recientes propuestas de reforma de los delitos de financiación ilegal planteadas por los distintos grupos parlamentarios, para contraponerlas con la que a nuestro juicio debiera ser la modificación que algún día tendría que emprender el legislador español.*

PALABRAS CLAVE: *financiación ilegal, partidos políticos, corrupción, responsabilidad penal, personas jurídicas.*

ABSTRACT: *In Spain, financing has traditionally been one of the main sources of crime within the parties, often associated with high-profile corruption scandals. Instead, we had to wait for the reform of the Criminal Code operated by LO 1/2015, of March 30, so that the Spanish legislator created ex novo articles 304 bis and 304 ter (relating to the illegal financing of political parties). Nevertheless, and despite the short life of these precepts, the debate about the advisability of modifying said articles would soon be generated in the legislature. Thus, the main purpose of this paper is to analyze the recent proposals for the reform of illegal financing crimes raised by the different parliamentary groups, in order to counterpose them with what, in our opinion, should be the modification that the Spanish legislator should one day undertake.*

KEY WORDS: *illegal funding, political parties, corruption, criminal liability, legal entities.*

* El presente artículo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Criminal compliance programs y elaboración de mapas de riesgo. En especial, en delitos de medio ambiente y corrupción”, referencia: RTI2018-097572-B-100, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. La incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos: una necesidad político-criminal. 3. Las distintas iniciativas legislativas de reforma; 3.1. En relación con el artículo 304 bis cp; 3.2. En relación con el art. 304 ter cp; 3.3. Incorporación de nuevos artículos al Título XIII bis. 4. Toma de posición; 4.1. Planteamiento; 4.2. Las conductas delictivas; 4.3. La delimitación entre el ilícito penal y el administrativo; 4.4. Penas a imponer. 5. Reflexiones últimas. 6. Bibliografía.

Rec: 15-11-2019 | Fav: 30-11-2019 | Código ORCID: : 0000-0002-0537-6563.

1. Consideraciones previas

Como se han encargado de remarcar la mayoría de autores,¹ los vínculos de la corrupción política con la financiación ilegal de los partidos son más que evidentes, a tenor de los múltiples casos en que estos se han visto envueltos.² La obtención de recursos económicos en un partido político se reduce a una cuestión de pura supervivencia, lo que la convierte, así, en el principal foco de actividad ilícita de estas organizaciones, puesto que los ingresos que perciben (tanto públicos como privados) se han mostrado insuficientes para hacer frente a todos los gastos que los partidos tienen, en particular los relativos a las elecciones, pues estas se erigen como medio para acceder (en primer lugar) al poder, para mantenerlo o incluso acrecentarlo. Y solo así, al obtener representación institucional, esto es, al “hacerse visibles”, puede garantizarse el futuro de la propia formación política. Por otro lado, la fuerte competencia electoral (ocasionada en parte por la volatilidad del electorado y el multipartidismo), la frecuente sucesión de citas electorales, la configuración del propio sistema de partidos, la anémica falta de democracia interna y transparencia de estas organizaciones, unida al poder institucional que copan, se erigen en el caldo de cultivo idóneo para propiciar o tolerar este tipo de prácticas.

En este sentido, la reforma del Código Penal operada en España por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo una importante novedad: incorporaba a nuestro ordenamiento el delito de financia-

ción ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) y, relacionado con este, el de pertenencia a una organización destinada a financiar ilegalmente a aquellos (art. 304 ter). Ahora bien, este valiente gesto del legislador —dado el elevado grado de autoproteccionismo que tradicionalmente venía caracterizando a las organizaciones partidistas—³ pronto sería objeto de acertadas críticas, manifestándose al respecto que la inclusión de estos nuevos delitos respondía más bien a un intento por neutralizar las repercusiones mediáticas y sociales de los múltiples casos de corrupción, y no tanto a un firme compromiso por acabar con este tipo de prácticas delictivas de los partidos.⁴ Así, la configuración que se dio a los delitos de financiación ilegal, fruto de una acusada improvisación, pronto truncaría las expectativas generadas en torno a estos.⁵

De hecho, dos años más tarde, el 7 de abril de 2017, era publicada la Proposición de Ley Orgánica sobre represión penal de la financiación ilegal de los partidos políticos (promovida por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados a iniciativa de Compromís), la cual tenía por objeto una modificación del artículo 304 ter cp.⁶ Posteriormente, el 15 de noviembre de 2018 se publicaban las enmiendas a

³ Vid. más detenidamente, sobre este fenómeno, Maroto Calatayud, M.: “Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas”, en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (Dir.): Autorregulación y sanciones, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 413.

⁴ Así, por todos, Javato Martín, A. M.: “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 19-26, 2017, p. 41.

⁵ Vid., sobre este particular, León Alapont, J.: “Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas: consideraciones en torno a su régimen jurídico y los compliances programs”, en Matallín Evangelio, Á. (Dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 170.

⁶ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 155-1, 7 de abril de 2017.

¹ Vid., por todos, Quintero Olivares, G.: “Artículo 304 bis y artículo 304 ter”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): Comentarios al Código Penal Español. Tomo II, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 528.

² Vid. algunos ejemplos en León Alapont, J.: La responsabilidad penal de los partidos políticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 124 y ss.



dicho articulado, en las que otros grupos parlamentarios instaron una reforma no sólo del artículo 304 ter CP, sino también del artículo 304 bis CP.⁷ Al análisis de estas propuestas dedicaremos el presente trabajo, pues, si bien es cierto que todas ellas caducaron con la expiración de la XII Legislatura (al disolverse las cortes y convocarse elecciones para el 28 de abril de 2019), las mismas pueden ser retomadas en una próxima legislatura y, en todo caso, deben ser objeto de consideración por nuestra parte, dado que son las únicas que se han planteado en sede legislativa hasta el momento.

2. La incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos: una necesidad político-criminal.

La reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo una importante novedad: incorporaba a nuestro ordenamiento el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis). Y, relacionado con este, el de pertenencia a una organización destinada a financiar ilegalmente a aquellos (art. 304 ter). Así, en las líneas que siguen trataremos de analizar desde una óptica político-criminal si la intervención penal en este ámbito quedaba o no justificada.

Comenzaremos, pues, repasando algunos de los casos más representativos de financiación “anómala”⁸ en que se han visto envueltos algunos partidos políticos en nuestro país para demostrar que se trata de hacer frente a una realidad criminógena y no a una atmósfera delictiva imaginaria.

Partido Socialista Obrero Español (PSOE). La STS, 2ª, 1/1997, de 28 de octubre, declaraba probado que a mediados de 1987 José María Sala Grisó (quien fuere secretario de organización del Partido de los Socialistas de Cataluña —PSC—) y Carlos Navarro Gómez (secretario de finanzas) crearon un conglomerado empresarial (formado por Malesa, Filesa y Time Export) para asumir, principalmente, los gastos originados por el PSOE durante las elecciones de 1989.

Los fondos percibidos por Filesa y Time Export correspondían a “supuestos informes” (unos inexistentes y otros ficticios) realizados para empresas que aglutinaban desde bancos o supermercados, hasta compañías eléctricas (entre otras), llegándose a recaudar más de 1 000 millones de pesetas (unos seis millones de euros) entre los años 1989 y 1991. Aunque no quedase acreditado, como consta en la sentencia, que “los Bancos o empresas, como compensación a la generosidad con que actuaban, obtuvieran concesiones de la Administración a la hora de autorizar obras, adjudicaciones, contratos o exenciones fiscales”.

Las mercantiles Distribuidora Exprés 2020 y Tecnología Informática, creadas por Aida Álvarez Álvarez (secretaria general de finanzas del PSOE, quien ostentaba la representación de ambas sociedades) junto con otra persona, fueron las que sufragaron directamente desde el alquiler de los locales utilizados como cuartel general durante la campaña electoral hasta los gastos de publicidad electoral, siendo Filesa la encargada de retribuirles dichos servicios.

Finalmente, José María Sala Grisó fue condenado por un delito de asociación ilícita; Carlos Navarro Gómez, por un delito de falsedad en documento mercantil, asociación ilícita y por un delito contra la Hacienda Pública, y Aida Álvarez Álvarez por un delito de falsedad en documento mercantil. Los magistrados señalaron que la financiación ilegal de partidos no era (por aquel entonces) constitutiva de delito.

Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida. El Juzgado Central de Instrucción número 5 decretaba también el 15 de febrero de 2019 auto de apertura de juicio oral contra el Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida en calidad de partícipes a título lucrativo. En esta ocasión, tal y como consta en la citada resolución, la dirección de la mercantil FITONOVO SL creó una infraestructura, tanto operativa como contable, destinada a obtener contratos públicos irregulares del Ayuntamiento de Sevilla, habilitando la estructura comercial de la empresa para conformar una red de contactos con funcionarios corruptos que les facilitaban dicha contratación, y creando una contabilidad paralela que se nutría de facturación falsa para, entre otros fines, financiar el pago de sobornos a funcionarios públicos. Entre esos otros fines cabe destacar el incremento del coste de las obras realizadas en la Agrupación Local Macarena del PSOE (6 839 36 euros), pagos directos a esta for-

⁷ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 155-4, 15 de noviembre de 2018.

⁸ Con este calificativo alude Sandoval Coronado a la financiación irregular, ilegal y corrupta de los partidos. Vid. Sandoval Coronado, J. C.: “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, Revista General de Derecho Penal, núm. 22, 2014, p. 17.

mación política (153 000 euros) y a Izquierda Unida (IU) (155 000 euros). Entre los acusados cabe destacar a los dirigentes socialistas Manuel Gómez Lobo (concejal de Vía Pública del Ayuntamiento de Sevilla) y Domingo Enrique Castaño Gallego (director de Vía Pública), a quienes se les imputan delitos de cohecho y tráfico de influencias, y al dirigente de IU, José Manuel García Martínez (concejal delegado de Juventud y Deportes y Casco Antiguo), a quien se le atribuye un delito de cohecho.

Partido Popular. La STS, 2ª, 1417/1998, de 16 de diciembre, confirmaba la absolución de Gabriel Cañellas Font (presidente del Partido Popular de Baleares) y de José Antonio Berastáin Díez (secretario general del mismo) en el caso de la adjudicación de las obras del túnel de Sóller (Mallorca), pues los delitos de cohecho que se les imputaban habían prescrito. Sin embargo, en el relato fáctico quedaba constancia de que el empresario Antonio Cuart (socio de Cañellas) entregó a este un cheque de 50 millones de pesetas (300 000 euros), con cargo a la empresa constructora, por la adjudicación. Con posterioridad, Cañellas entregó dicho cheque a Berastáin, quien lo canjeó por diez cheques (cada uno de ellos por un valor de 5 millones de pesetas) que fueron ingresados, mayoritariamente, en las cuentas bancarias del Partido Popular de Ibiza, Mallorca y Menorca.

Por otro lado, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenaba al Partido Popular (PP), en su sentencia 20/2018, de 17 de mayo, también, como partícipe a título lucrativo.⁹ En la citada resolución se describe principalmente, a lo largo de numerosos pasajes, la existencia de una trama de corrupción institucional basada en mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica y local, posibilitada gracias a la estrecha y continua relación de Francisco Correa con destacados miembros del PP que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos que dirigían o controlaban directamente a través de terceras personas. La responsabilidad civil del PP como partícipe a título lucrativo se decreta en la presente resolución judicial por cuanto parte de los fondos obtenidos por el Sr. Correa de las actividades

delictivas anteriormente referidas sirvió para pagar directa o indirectamente gastos electorales o similares del PP en los municipios madrileños de Majadahonda y Pozuelo de Alarcón, viéndose, así, beneficiada dicha formación política.

Como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia, los beneficios económicos que obtuvo el PP de las actuaciones delictivas acreditadas en la misma consistieron en “la financiación ilegal de actividades y diversos actos políticos realizados en campañas y precampañas electorales para sus candidatos, que de otra manera hubieran tenido que ser sufragados directamente con recursos económicos propios del partido político en cuestión”. Por tanto, la participación del PP en los efectos del delito se traduce en un ahorro de costes para dicha formación, lo cual supone claramente un beneficio.

De forma resumida, el importe de los trabajos realizados en pro de la mencionada formación política es el que se relaciona en las tablas 1 y 2.

La sentencia condenó, entre otros, a Guillermo Ortega (quien fuera coordinador de las campañas electorales del PP de Madrid entre 1999 y 2003 y alcalde de Majadahonda) por delitos de asociación ilícita, cohecho, fraude a las administraciones públicas, malversación, prevaricación, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales, y a Jesús Sepúlveda (senador, miembro del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Popular y alcalde de Pozuelo de Alarcón desde junio de 2003 a 2009) por cohecho, falsedad en documento mercantil, fraude a las administraciones públicas, malversación, prevaricación, tráfico de influencias y blanqueo de capitales.¹⁰

En igual sentido, el Juzgado Central de Instrucción número 5 decretaba, en su auto de 29 de junio de 2016, apertura de juicio oral contra el PP en calidad de partícipe a título lucrativo. En esta ocasión, como queda indiciariamente acreditado en la citada resolución, el Ayuntamiento de Boadilla del Monte adjudicó de forma irregular una serie de contratos a determinadas empresas de la trama Gurtel que posteriormente asumían el pago del coste de bienes y servicios necesarios para la ejecución de distintos actos electorales y de partido entre los años 2001 y 2007. De este modo, el PP resultó supuestamente beneficia-

⁹ “Artículo 122.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

¹⁰ Vid. detenidamente, sobre esta cuestión, León Alapont, J.: “La responsabilidad civil del Partido Popular como partícipe a título lucrativo: a propósito de la SAN 20/2018, de 17 de mayo”, Diario La Ley, núm. 9229, 2018.

Tabla 1. Majadahonda

CONCEPTO	IMPORTE (€)
Trabajos realizados para el Partido Popular en 2001 y 2002	3.698,54
Factura 2/93 SPECIAL EVENTS por acto de 6.4.2002	3.422,00
Factura 2/95 SPECIAL EVENTS por acto de 26.5.2002	2 411.07
Total actos celebrados entre enero y marzo de 2003	16 432.19
Actos celebrados entre el 28.2.2003 y el 14.9.2003 en gran parte referidos a la campaña electoral de las elecciones municipales de 25.5.2003	77 351.38
Trabajos realizados en la sede del PP en julio de 2003	19 453.06
Actos realizados el 20 y 26.10.2003, así como referidos a robo de equipo en la caseta del PP en septiembre	5 600.18
Publicidad realizada por ASIAN DE LUXE	5 260.06
TOTAL SERVICIOS PRESTADOS AL PP	133 628.48

Tabla 2. Pozuelo de Alarcón

CONCEPTO	IMPORTE (€)
Gastos despacho electoral (año 2003)	15 600.16
Actos electorales (año 2003)	12 264.16
Abono a personas físicas de servicios relacionados con la campaña de las elecciones municipales de 25.5.2003	84 000.00
TOTAL IMPORTE GASTOS ELECTORALES	111 864.32

do en cuantía de 204 198.54 euros por las siguientes mercantiles: SUFI SA (24 901.09 euros), CONSTRUCTORA HISPANICA SA y EOC DE OBRAS Y SERVICIOS SA (30 050 euros), TECONSA (120 000 euros), así como por sociedades del grupo CORREA (29 247.55 euros). Entre los encausados destacan José Galeote Rodríguez (concejal de dicho ayuntamiento) y Arturo González Panero (alcalde del mismo). Al primero se le atribuyen los siguientes delitos: asociación ilícita, prevaricación administrativa, fraude a las administraciones públicas, cohecho, falsedad en documento mercantil y blanqueo de capitales. Al segundo, junto con los anteriores delitos, se le imputan otros como los de tráfico de influencias, contra la Hacienda Pública, malversación de caudales públicos e insolvencias punibles.

En otra ocasión, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en su sentencia 293/2018, de 31 de julio, condenó al PP como responsable civil subsidiario¹¹ al haberse abonado (según consta en la

¹¹ “Artículo 120.

”Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

”1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

”2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

”3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando

narración de hechos probados) una parte de las obras de la reforma de la sede del PP en Telde con cargo a fondos de la Concejalía de Desarrollo Local, reclamándose concretamente a la citada formación política la cantidad de 740 euros. En la mencionada resolución, la responsabilidad del partido se fundamenta en la relación de dependencia de José Luis Sánchez González (condenado por un delito continuado de fraude en concurso medial con sendos delitos continuados de malversación y falsedad en documento oficial) con el Partido Popular, pues en el momento de los hechos ostentaba el cargo de Secretario del Comité Local del PP de Telde.

Unió Mallorca (UM). En el relato de hechos probados de la STS, 2ª, 619/2013, de 5 de julio, constaba cómo Miquel Nadal Buades (presidente del partido Unió Mallorca entre diciembre de 2007 y junio de 2009) ordenó que se adjudicaran dos contratos de asesoría a Antoni Arbona Colom a través del INESTUR (Instituto de Estrategia Turística), del que era presidente como consejero de turismo del Govern Balear. Aunque sin objeto alguno, se pretendía que aparentemente fueran correctos y conformes a la legalidad administrativa; de ahí que el pago, que tenía que ser de 15 000 euros, se camuflara bajo dos contratos menores (uno en 2007 y otro en 2008) para así no ser sometidos a licitación. Todo ello, en pago de los servicios que Antoni Arbona había realizado (sin contraprestación alguna) para el partido, concretamente, ceder el hotel Cal Bisbe (de su propiedad) para la celebración de dos actos de campaña electoral y al menos uno para la preparación del congreso del partido. El tribunal condenó a Miquel Nadal por un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos.

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en su sentencia 23/2016, de 23 de febrero, declaró probado que el partido UM se había benefi-

ciado de los fondos públicos del Consell Insular de Mallorca:

... por el procedimiento de enchufar y camuflar, en Proyectos Públicos (que se gestionaban en el Consorcio Informática Local —CILMA—) a trabajadores, que se incorporaban y trabajaban en esos proyectos para los que habían sido contratados y que, al mismo tiempo, se dedicaban (en ocasiones parcialmente y otras de manera casi exclusiva) a la realización de tareas de captación de voto, proselitismo y difusión del programa del partido político; todo ello de cara a las elecciones autonómicas del año 2007.

La suma de los salarios que se abonaron ascendía a 200.000 euros.

Por último, la STS, 2ª, 807/2017, de 11 de diciembre, condenaba a María Antonia Munar Riutort (presidenta del partido UM entre 1991 y 2007) y a otros cargos relevantes en el mismo por delitos de cohecho: la sociedad Sacresa Terrenos Promoción SL entregó 4 000 000 euros a estos a cambio de la adjudicación del concurso para la enajenación de la finca Can Domenge (propiedad del Consell Insular de Mallorca). En la narración de hechos probados consta cómo una parte de esos 4 millones de euros fueron utilizados en beneficio del partido político Unió Mallorca.

Unió Democràtica de Catalunya (UDC). La SAP Barcelona, 2ª, 53/2013, de 21 de enero, condenaba (por conformidad de las partes) al partido UDC como partícipe a título lucrativo, por haber obtenido una ventaja económica. Entre 1994 y 1999 la Direcció General d'Ocupació del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya promovió una serie de cursos de formación dirigidos tanto a trabajadores en activo como a desempleados, para lo cual se concedían subvenciones a empresas que eran las que se encargaban de impartir, en última instancia, dichos cursos. Los condenados, entre los que se encontraba Vicenç Gavaldá Casat (secretario de organización del UDC entre 1992 y 1996, y secretario de relaciones internacionales entre 1997 y 1999) acordaron que cerca del 10% del importe de las subvenciones percibidas por tres empresas propiedad de Fidel Pallerols Montoya se desviarían a otros fines. Parte de esos fondos, concretamente 32 825 431 pesetas (197 284.82 euros), fueron destinados a la compra de mobiliario y material informático o de oficina para las sedes del partido o al

por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

"4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

"5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas".



pago de las nóminas de los trabajadores, militantes de UDC, que, sin embargo, prestaban sus servicios laborales no para las empresas, sino para el partido. Tres de los condenados (entre ellos Vicenç Gavaldá) lo fueron por un delito de fraude de subvenciones y otro de falsedad en documento mercantil, mientras que Lluís Gavaldá Casat (Director General d'Ocupació) debía responder por un delito de malversación.

Convergència Democràtica de Catalunya (cdc).

La SAP Barcelona, 10ª, de 29 de diciembre de 2017, condenaba a CDC en calidad de partícipe a título lucrativo por haber obtenido a través del Palau de la Música de Catalunya la cantidad de 6 676 105.58 euros que correspondían a una parte de las comisiones que la empresa Ferrovial había pactado con miembros de dicho partido a cambio de adjudicaciones de contratos de la Administración Pública. Los mecanismos utilizados para hacer llegar dichas comisiones al partido fueron tres: 1) entregas en efectivo provenientes de las cuentas de la Associació y Fundació del Palau: 3 741 898.82 euros; 2) convenios de colaboración cultural entre la Associació y Fundació del Palau con la Fundació Trias Fargas (posteriormente denominada CatDem) vinculada a CDC: 630 655 euros; y 3) pago de facturas por servicios inexistentes prestados a la Fundació por determinadas entidades mercantiles (las cuales realizaban donaciones a CDC) y prestación de servicios por parte de estas al partido (y no al Palau de la Música): 2.303.552,16 euros. Entre los condenados se encontraba Daniel Osàcar Escrig (tesorero del partido), como autor de un delito continuado de tráfico de influencias y otro de blanqueo de capitales en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil y un delito de falsedad contable.

Por otro lado, los partidos CDC y Partit Demòcrata Europeu Català (PDECAT) resultaban también investigados por la supuesta comisión de delitos de tráfico de influencias, cohecho y blanqueo de capitales. En el auto del Juzgado Central de Instrucción número 5, de 27 de julio de 2018, se alude a la existencia de una estructura para financiar ilegalmente a CDC de forma encubierta mediante “aportaciones” que una serie de empresas adjudicatarias de contratación pública en administraciones gobernadas por esta formación política hacían llegar al partido bajo la forma de donaciones en favor de sus fundaciones vinculadas (como CatDem, Forum Barcelona Y Nous Catalans),

en ocasiones como contraprestación por la adjudicación de contratos de obra pública o de servicios, con vulneración de los principios de legalidad, igualdad y transparencia, y en otras, simplemente, para conseguir mejorar las expectativas de ser beneficiarios de tales contratos. Respecto del PDECAT, se estima, en la citada resolución, que aunque los hechos refieren al período comprendido entre 2008 y 2013, y esta organización política se constituyó en 2016, la misma es una aparente continuación de CDC y por tanto la responsabilidad penal alcanza también a aquella.

3. Las distintas iniciativas legislativas de reforma

A continuación, pasaremos a examinar las distintas propuestas presentadas por los respectivos grupos parlamentarios, que se centran básicamente en modificaciones de los vigentes artículos 304 bis CP y 304 ter CP, así como la creación de nuevas conductas delictivas fuera de estos dos preceptos. A tales efectos, se irán destacando y comentando críticamente los cambios que se proponen en relación con el tenor literal de los vigentes tipos penales.

3.1. En relación con el artículo 304 bis cp

3.1.1. Actual redacción

1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quintuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quintuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en España: estado de la cuestión y propuestas de reforma

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

3.1.2. Propuesta Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda núm. 4)

1. Será castigado con las penas de multa del triplo al séxtuplo de la cantidad recibida, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos (LOFPP).

2. Los hechos anteriores serán castigados con penas de prisión de dos a cuatro años y, además, las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 250.000 euros.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 50.000 euros.

3. A quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los apartados 1 y 2 anteriores, además de las penas previstas en sus respectivos casos, se le podrá imponer la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho

beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años, así como la imposibilidad de contratar con las administraciones públicas por el mismo período.

4. En las infracciones a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, cuando resultaran de especial gravedad, el Juez o Tribunal podrá, excepcionalmente, imponer la pena superior en grado a la prevista.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos, se le impondrá la pena de multa de uno a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de este Código, una empresa, organización, grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, sea responsable de los hechos, se le impondrá una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

En primer lugar, respecto del apartado primero, la pena de multa para la persona física pasaría de ser del triplo al quintuplo de su valor, a multa del triplo al séxtuplo. Incremento que a nuestro juicio es del todo innecesario, pues consideremos que la actual cuantía que se fija para la pena pecuniaria ya es elevada. Con todo, cierto es que, por ejemplo, delitos con los que se podría establecer cierta comparación (por su similar grado de lesividad) como los de fraude fiscal (art. 305 CP), fraude a la seguridad social (arts. 307 y ss. CP) y fraude de subvenciones (art. 308 CP) establecen dicho límite del séxtuplo. Por otro lado, se propone incorporar la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años, lo cual, en nuestra opinión, debería recalibrarse en caso de que dicha pena se estimase oportuna, dado que nos parece desproporcionado tanto el límite inferior como el superior.

En cambio, en dicha propuesta no desaparece la desafortunada remisión que el apartado primero y



también el segundo del art. 304 bis CP efectúan a la LOFPP. De forma que el texto legal no disiparía la confusión a que se prestan ambos preceptos, aun cuando sería conveniente: ¿significa ello que las irregularidades relacionadas con la financiación electoral quedan al margen del artículo 304 bis CP? Así lo ha entendido determinado sector que considera que también la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) prevé determinadas infracciones en materia de financiación electoral y, en cambio, el Código Penal no alude a ellas.¹² De seguir esta interpretación, una donación hecha por una persona jurídica a un partido para fines electorales, cualquiera que fuere su importe, sería atípica. En cambio, la misma donación destinada a gastos ordinarios del partido sería constitutiva de delito. De igual forma, la donación de 2 000 euros para gastos electorales y 49 000 euros para gastos de normal funcionamiento del partido, realizada por una persona física, no sería delictiva, aun superando el límite de 50 000 euros anuales. En igual sentido, la donación hecha por un Gobierno extranjero por importe de 2 000 000 euros para financiar la campaña electoral de una formación política no supondría una infracción del artículo 304 bis CP, aun cuando supera claramente el límite de los 100 000 euros.

Por ello, a nuestro juicio, la desafortunada remisión del artículo 304 bis CP a la LOFPP debe entenderse hecha solo al tipo o clase de donaciones a las que aluden los artículos 5.1 y 7.2 LOFPP, y no a su ámbito objetivo de aplicación que, por otro lado, no solo se circunscribe a la financiación ordinaria, pues también en ella se contemplan previsiones, por ejemplo, en materia de superación de gastos electorales. De forma que, en nuestra opinión, el artículo 304 bis CP no estaría estableciendo ninguna distinción entre ambos tipos de financiación: electoral y ordinaria. Aunque lo preferible para evitar confusiones sería, como proponemos, que la remisión efectuada a la LOFPP desapareciera del art. 304 bis CP.

Aun así, debe matizarse que el artículo 129 LOREG permite a las personas jurídicas aportar hasta 10 000 euros a las cuentas abiertas por un mismo partido para recaudar fondos en las elecciones convocadas. Por lo que, en este caso, de seguir la interpretación que hemos propuesto más arriba, solo deberían considerarse delictivas dichas aportaciones cuando supe-

rasen aquella cifra.¹³ Con todo, y ello restaría validez a nuestra postura, lo cierto es que a pesar de la literalidad de ese precepto, la Junta Electoral Central en su Acuerdo 134/2017, de 4 de diciembre, manifestó:

*la previsión establecida en el artículo 129 de la loleg, según la cual las formaciones políticas pueden (con un límite de 10.000 euros) recibir donaciones provenientes de personas jurídicas para recaudar fondos en las elecciones convocadas, es una previsión que debe entenderse inaplicable en tanto permanezca en vigor la prohibición que se ha incluido en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, cuyo vigente artículo 5 dispone que: “Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente [...] c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica”.*¹⁴

A pesar de ello, debemos traer a colación el voto particular emitido por los vocales Doña María del Pilar Teso Gamella, Don Antonio Jesús Fonseca-Hertero Raimundo y Doña Inés Olaizola Nogales, al acuerdo mayoritario de la Junta Electoral Central (JEC), que puede resumirse de la forma que sigue: “en la resolución de la que discrepamos [...] en realidad lo que se sostiene es que sigue vigente pero sólo resulta aplicable a las personas físicas, lo que representa, o se parece mucho, a una suerte de modificación legislativa”. No podemos estar más de acuerdo con lo expresado de forma tan gráfica en esta última afirmación contenida en el voto particular. En este sentido, el tenor literal del artículo 129 LOREG no deja margen para la duda: las personas jurídicas sí pueden contribuir a la financiación de los gastos electorales con el límite de 10 000 euros. Por lo que la resolución de la JEC se aparta y mucho de lo establecido en dicho precepto.

En segundo lugar, el apartado segundo recogería igualmente (como sucede ahora) las modalidades agravadas; sin embargo, la pena de prisión pasaría a ser de dos a cuatro años (con los efectos que ello tendría a la hora de obtener la suspensión de la pena), cuando con la redacción vigente es de seis meses a cuatro años. Este sería quizá el único aspecto criticable, pues, en principio, no parece descabellado establecer una pena de prisión de dos a cuatro años para

¹² Vid., por todos, Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 486.

¹³ León Alapont, J.: La responsabilidad..., op. cit., pp. 365-367.

¹⁴ Dicha conclusión es acogida también en el posterior Acuerdo de la JEC 104/2018, de 29 de noviembre.

supuestos “agravados” cuando podemos encontrar otros delitos de contenido económico (como el fraude fiscal) en los que el tipo básico ya se castiga con una pena de 1 a 5 años (art. 305.1 CP). No obstante, debe matizarse que conforme a la propuesta de reforma que más adelante se presentará (vid. infra 3.4) deberían ser otros los supuestos de financiación ilegal sancionados con pena privativa de libertad y no los que se regulan en el citado precepto. Además, cabe tener en cuenta que también se permitiría que las otras penas contempladas en el apartado primero (multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo) se impusieran en su mitad superior.

Ahora bien, las modificaciones relativas a este segundo apartado afectan también a las cuantías a partir de las cuales se considera que las conductas entrañan mayor desvalor. Así, con la regulación propuesta, cuando se tratase de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la LOFPP, el importe debería ser superior a 250 000 euros. Antes se cifraba en 500 000 euros (en esos dos supuestos). Precisamente, es aquí donde advertimos una sustancial novedad: no se contempla en la propuesta el supuesto de la letra b) del artículo 5.1 LOFPP, de forma que las donaciones hechas por personas físicas en cómputo anual, asciendan a la cuantía que sea, no comportarían pena de prisión, a diferencia de lo que sucede con la regulación vigente al superar los 550 000 euros. Por otro lado, cuando se tratase de donaciones recogidas en el artículo 7. Dos de la LOFPP, estas serían delictivas si superasen los 50 000 euros (antes se fijaba en 100 000 euros).

En relación con la exclusión de las donaciones de personas físicas del tipo agravado del artículo 304 bis CP, las dos razones que creemos pueden subyacer son: 1) la de considerar que los focos de financiación en la práctica más habituales sean los seleccionados: donaciones anónimas, condicionales (finalistas y revocables) y, sobre todo, de empresas; y 2) la de entender que ese tipo de aportaciones son las más lesivas, y de ahí que deban tener una modalidad agravada. Cabría añadir una tercera posibilidad mucho más simple: la de haber olvidado copiar la última parte del artículo en su redacción vigente al confeccionar la enmienda. En cualquier caso, sea cual fuere la intención, deben hacerse las siguientes consideraciones: por un lado, no creemos que ese tipo de donaciones se deban

excluir (siguiendo la lógica del precepto) del sistema agravado cuando este se fija con base en límites cuantitativos; y, por otro lado, que de mantener la redacción actual el legislador debiera optar por un tipo agravado que pudiera, a su vez, distinguir entre dos niveles: uno con una penalidad menor hasta alcanzar una cifra (por ejemplo, los 250 000 y 50 000 euros, respectivamente) y otro con una penalidad mayor (los actuales 500 000 y 100 000 euros, respectivamente) lo cual dotaría al precepto de mayor proporcionalidad.

En cuanto al tercer apartado, que regula la entrega de donaciones o aportaciones, se contempla como novedosa la posibilidad de imponer a la persona física, además de las penas previstas en sus respectivos casos, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años, así como la imposibilidad de contratar con las administraciones públicas por el mismo período. A nuestro juicio, una previsión de este tipo resulta acertada: en primer lugar, porque es una previsión que se contiene en numerosos ejemplos a lo largo del Código Penal (podríamos citar los artículos 305, 424 o 429 CP); y, en segundo lugar, por su utilidad según el caso a efectos de prevención especial (piénsese, a título ilustrativo, en el empresario al quien, tras haber donado determinada cantidad al partido por haber conseguido un importante contrato de la Administración, se le prohíbe contratar con esta).

Por cuanto respecta al apartado cuarto, se prevé que cuando las conductas descritas en los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, el juez o Tribunal podrá, excepcionalmente, imponer la pena superior en grado a la prevista. Esta regla se prevé en la regulación vigente, pero no es potestativa, sino imperativa, estando el juez o Tribunal obligado a imponer la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Por ello, la modificación nos parece oportuna; esto es, la imposición de la pena superior en grado tiene que ser algo extraordinario y no tendrá que darse en todos aquellos casos en los que se considere que los hechos revisten especial gravedad. A pesar de lo anterior, y si bien es cierto que el Código Penal está repleto de cláusulas de este estilo,¹⁵ se trata de una circunstancia que dependerá

¹⁵ Podrían citarse como ejemplo los arts. 51, 52, 80, 89, 90, 270, 305 o 307 CP.



de la valoración que su señoría realizase con arreglo a su leal saber y entender, con la inseguridad jurídica que ello genera. Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina, el principal problema que genera este precepto es el amplio margen de discrecionalidad del que disfrutaban jueces y tribunales a la hora de delimitar qué debe entenderse por “conductas de especial gravedad”,¹⁶ con el añadido de que este apartado alcanza no solo a los supuestos agravados, sino a los tipos básicos.

En referencia al apartado quinto, este prevé el castigo de la persona jurídica que sea responsable, conforme al artículo 31 bis CP, de los hechos descritos en el citado precepto. Por tanto, este apartado abarca básicamente tres situaciones: a) la de la empresa que, por ejemplo, con parte de sus recursos realiza donaciones a un determinado partido; b) la de la empresa que actúa como intermediaria recibiendo donaciones que van a ir destinadas a un partido; y c) la del propio partido que recibe finalmente los fondos. Pues bien, si con la regulación vigente la pena de multa a imponer es del triple al quintuplo, la propuesta de reforma contempla una pena de multa de uno a cinco años (por tanto, se produce un cambio del sistema proporcional al de días-multa). Manteniéndose incólume la cláusula “atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Con todo, debe apreciarse que ni la actual regulación, ni la contenida en esta propuesta, prevén (para la persona jurídica) una pena distinta según la gravedad de los hechos, extremo que debiera ser corregido por el legislador.

Por último, el apartado sexto incluye una disposición similar a la anterior, pero, en esta ocasión, dirigida a los entes sin personalidad jurídica. Si bien, solo se les podría imponer una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33, pudiéndose también acor-

dar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

3.1.3. Crítica doctrinal al vigente artículo 304 bis CP

Para algunos autores, el legislador español solo se ha centrado, a la hora de configurar el delito de financiación ilegal de partidos, en los fondos o aportaciones que estos reciben; esto es, únicamente en la vertiente de los ingresos que obtiene el partido y no en el ahorro de costes con los que también se puede financiar (ilegalmente) al partido.¹⁷ De forma que, por ejemplo, será delito que una empresa done 25 000 euros a un partido, pero no que sufrague los gastos de la campaña electoral de esa formación. Además, no distingue el artículo 304 bis CP entre donaciones de procedencia lícita o ilícita, por lo que dará igual, por ejemplo, que los 60 000 euros entregados por un particular provengan de una estafa que se trate de dinero que este haya obtenido lícitamente.

Por otro lado, la doctrina cuestiona también que no quede abarcada por el artículo 304 bis CP la obtención de financiación ilícita de origen público¹⁸ o las donaciones de bienes inmuebles hechas por personas físicas, que no quedan sujetas a límite cuantitativo alguno (a diferencia de lo que sucede con la restricción de los 50 000 euros anuales).¹⁹ Así, tampoco se ha entendido (siguiendo la lógica adoptada por el legislador) por qué otras infracciones en la LOFPP no son consideradas delictivas, por ejemplo: las condonaciones de deuda por parte de entidades de crédito²⁰ y las

¹⁷ Así lo han destacado, entre otros, Basso, G. J.: “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Molina Fernández, F. (Coord.): Penal 2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 1401; González Gugel, J.: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Ayala Gómez, I. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Coords.): Penal económico y de la empresa 2016-2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 725; y Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.: “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cuevas, L. (Dir.): Sistema de Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, Dykinson, 2016, p. 792.

¹⁸ En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, Bustos Rubio, M.: “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, Revista Penal, núm. 37, 2016, p. 64; y Vera Sánchez, J. S.: “Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)”, en Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (Dirs.): Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y Parte especial Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 368.

¹⁹ Vid., a título ilustrativo, Maroto Calatayud, M.: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): Comentario a la reforma penal de 2015, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 762.

²⁰ En este sentido, Quintero Olivares, G.: “Artículo 304 bis...”,

¹⁶ A pesar de la imprecisión de dicha expresión, algunos autores han convenido en que para que unos hechos resulten de especial gravedad deberán valorarse, entre otros, aspectos tales como la relevancia económica de la conducta delictiva, las condiciones en que tiene lugar la donación, las circunstancias inherentes al autor del delito o la especial finalidad perseguida por el donante. Vid., por ejemplo, Morales Hernández, M. A.: “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Marín De Espinosa Ceballos, E. M. (Dir.): Lecciones de derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-264.

donaciones de personas físicas con contrato vigente con la Administración Pública.²¹

Pero, sin duda, el aspecto más polémico que ha captado la atención de la doctrina es el referente a la no inclusión de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos en el ámbito subjetivo del artículo 304 bis CP. En este sentido, la Disposición Adicional séptima de la LOFPP permite que estas puedan recibir donaciones de personas físicas, jurídicas o entes sin personalidad jurídica sin atender a las restricciones establecidas en el artículo 5 a) y b) LOFPP. De forma que, si bien las donaciones efectuadas a un partido por sus fundaciones o asociaciones vinculadas serían constitutivas de un delito de financiación ilegal (pues se trata de donaciones hechas por personas jurídicas), no sucederá lo mismo respecto de la asunción de gastos del partido por parte de estas. Incluso, la citada norma expresa que no tendrán la consideración de donaciones las entregas monetarias o patrimoniales realizadas por una persona física o jurídica para financiar “una actividad o un proyecto concreto de la fundación o entidad”. De ahí que, los “convenios de colaboración” suscritos entre los partidos políticos y las respectivas fundaciones puedan ocultar auténticas donaciones. Ello constituye, sin duda, una auténtica “válvula de escape” que permite sortear a los partidos las limitaciones impuestas a su financiación.²²

Con todo, como puede apreciarse, los grupos parlamentarios parecen no haber tenido en cuenta estas críticas a la hora de plantear sus propuestas de reforma al artículo 304 bis CP.

3.2. En relación con el artículo 304 ter CP

3.2.1. Actual redacción

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo es-

op. cit., p. 531.

²¹ Así, por ejemplo, Olaizola Nogales, I.: “«Medidas de regeneración democrática». La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España”, Estudios de Deusto, vol. 63, núm. 1, 2015, p. 350.

²² En este sentido, Santana Vega, D. M.: “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en Queralt Jiménez, J. y Santana Vega, D. M. (Dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 137.

tablecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

El legislador configuró en 2015 a través de este precepto una nueva figura asociativo-delictiva sui generis, por cuanto, a la vez que guarda cierta semejanza con la asociación ilícita (art. 515.1 CP) y la organización criminal (art. 570 bis CP), presenta algunas notas propias. Veamos cuáles son unas y otras:

a) El tenor literal del precepto es similar al de los artículos 515.1 y 570 bis CP.

Artículo 515.

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

Artículo 570 bis.

1. [...] A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

b) Obsérvese que en el actual artículo 304 ter CP solo se castiga a quienes participen y a quienes dirijan las estructuras u organizaciones que tengan por finalidad financiar a partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores.

En la asociación ilícita se sanciona a los fundadores, directores, presidentes de las asociaciones, y a los miembros activos (art. 517 CP). Así como a quienes cooperen económicamente o de cualquier otra clase (art. 518 CP).

Por su parte, el art. 570 bis 1 CP sanciona a quienes promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaren o dirigieren una organización criminal. Y a quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

c) Las penas establecidas para las personas físicas en los tres preceptos son dispares.

- d) No permite adoptar la disolución de dichas “estructuras” u “organizaciones”, como sí sucede en el caso de la asociación ilícita (art. 520 CP) y en la organización criminal (art. 570 quater CP).
- e) Pero la diferencia principal es que el apartado primero del artículo 304 ter CP alude a que las estructuras u organizaciones tengan por finalidad la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley, lo que a priori parece abarcar no solo la comisión de conductas delictivas (las del art. 304 bis CP), sino también la infracción de normas administrativas (como las previstas en la LOFPP y la LOREG); a diferencia de lo que sucede en los artículos 515.1 CP y 570 bis CP, que hacen referencia a la comisión de delitos.

A nuestro juicio, el vigente artículo 304 ter CP alberga una modalidad de organización criminal,²³ a saber, la de estructuras u organizaciones (con o sin personalidad jurídica) que centren toda (o prácticamente toda) su actividad en la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo dispuesto en la ley.²⁴ De forma que la empresa que, por ejemplo, compagine su actividad cotidiana (la de su objeto social) con la de financiar a una formación política de forma ilícita no entraría en este concepto que maneja el artículo 304 ter CP, y sí encajaría en el apartado quinto del actual artículo 304 bis CP.

Ahora bien, si como hemos afirmado pudiera interpretarse que la expresión “al margen de lo establecido en la ley” abarca no solo la comisión de conductas delictivas (las del art. 304 bis CP), sino también la infracción de normas administrativas (como las previstas en la LOFPP y la LOREG), entendemos que no se debería elevar a la categoría de delito el hecho de participar o dirigir estructuras u organizaciones en las que la totalidad (o prácticamente la totalidad) de su actividad se

centrase en la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, cuando únicamente se incurriese en infracciones administrativas. A estos efectos, habría que considerar que con la expresión “al margen de lo establecido en la ley” el código se refiere a la ley penal, de forma que cabría hacer una interpretación restrictiva del término ley.

3.2.2. Propuesta Grupo Parlamentario Mixto

El artículo único del que constaba la Proposición de Ley Orgánica sobre represión penal de la financiación ilegal de los partidos políticos, añadía un apartado 4 al artículo 304 ter de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de forma que quedare redactado como sigue:

4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos, se le impondrá la pena de multa de uno a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Con este nuevo apartado se lograría suplir la deficiencia anteriormente comentada, la de que con el actual artículo 304 ter CP no se puede imponer consecuencia jurídica alguna sobre las “estructuras” u “organizaciones” que tuviesen por finalidad la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. No obstante, consideramos que la pena a imponer, dado que estamos ante una especie de organización criminal, debiera ser la disolución (en coherencia con el artículo 570 quater CP), y no la pena de multa de uno a cinco años (junto con la posibilidad de que, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales puedan, asimismo, imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33).

Ahora bien, como se refleja en la exposición de motivos que se acompaña a la proposición de ley orgánica, la intención del Grupo Parlamentario Mixto con la inclusión de esta cláusula era la siguiente:

[...] el artículo 304 ter castiga al que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza,

²³ En este sentido, el legislador ha optado por introducir un tipo específico referido a esta clase de organizaciones, al igual que en otras figuras delictivas, como trata de seres humanos (177 bis CP), blanqueo de capitales (art. 302 CP) o tráfico de drogas (art. 369 CP), si bien el artículo 304 ter CP parece estar refiriéndose también al concepto de grupo criminal cuando hace alusión al término estructuras.

²⁴ Vid., respecto de la calificación de un partido político como organización criminal, León Alapont, J.: “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 22 y ss.

Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en España: estado de la cuestión y propuestas de reforma

cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley, si bien la previsión legal no alcanza en este supuesto a conferir a Jueces y Tribunales la potestad para decretar también la disolución o suspensión de actividades del partido político que eventualmente pudiese haber promovido tal conducta o haberse beneficiado de ella.

Existe, pues, un vacío legal que permite la continuidad de aquellas organizaciones políticas que probadamente se hubieren beneficiado de la actividad de estructuras montadas en su seno al objeto de procurarles financiación por vías ilegales, aunque se castiga a las personas que integrasen dichas estructuras y más gravemente a quienes las dirigiesen. Tal situación supone un déficit en la tutela penal a la que tiene derecho la ciudadanía para salvaguardarse de aquellas actuaciones que en materia de financiación ilegal de los partidos políticos resultan más perjudiciales para la salud democrática de nuestro Estado, a saber, aquellas no cometidas por individuos aislados sino por redes organizadas por los propios partidos como fuente continuada de ingresos que les permite desplegar un nivel de actividad por encima de sus posibilidades y adquirir así ilícitamente una posición de clara ventaja sobre las formaciones políticas que ajustan su financiación a los parámetros legales.

En cambio, tenemos serias dudas de que del tenor literal del nuevo apartado cuarto del art. 304 ter CP pudiera deducirse que las penas previstas en él pudieran decretarse sobre un partido político, ya que no se alude en ningún momento a si esa estructura u organización ha sido creado por el propio partido, es controlada por este o existe algún tipo de dependencia o vínculo entre ambos. En este sentido, consideramos que la propuesta que más adelante valoraremos del Grupo Parlamentario Popular es la más acertada para cubrir dicho supuesto.

3.2.3. Propuesta Grupo Parlamentario Ciudadanos (Enmienda núm. 3):

Se modifica el artículo 304 ter, que queda redactado como sigue:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la

financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. **Además, el juez deducirá testimonio, que remitirá al Gobierno y al Ministerio Fiscal a los efectos de que se inicie el procedimiento de disolución judicial del partido político previsto en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.**

4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos, se le impondrá la pena de multa de uno a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

De la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, nos centraremos en comentar la reforma que se propone del actual apartado tercero del artículo 304 ter CP. Así, se plantea que cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad:

el juez deducirá testimonio, que remitirá al Gobierno y al Ministerio Fiscal a los efectos de que se inicie el procedimiento de disolución judicial del partido político previsto en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos

De forma que, al ya de por sí impreciso término “de especial gravedad”, se suma el hecho de que en ese caso el juez tenga que decretar la disolución del partido, sin que haya un presupuesto habilitante para imponer dicha pena. Y digo que no hay presupuesto habilitante ni en dicho apartado ni en ningún otro del articulado propuesto porque, insisto, no se exige ningún nexo de conexión entre quien financia a la formación política y esta. Por tanto, a nuestro juicio, se estaría haciendo responsable al partido político con base en meras presunciones, lo cual resulta del todo rechazable.

ooo

3.2.4. Propuesta Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda núm. 4):

1. Será castigado con las **penas de prisión de dos a seis años y multa del tanto a séxtuplo de la cantidad recibida, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años**, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos, se le impondrá la pena de multa de uno a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de este Código, una empresa, organización, grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, sea responsable de los hechos, se le impondrá una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Comenzando por el apartado primero del nuevo artículo 304 ter CP, debemos mostrar nuestra frontal oposición al incremento de la pena de prisión prevista para dichos supuestos, que pasaría de ser de uno a cinco años, a una pena de prisión de dos a seis años. A este respecto debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, el artículo 570 bis 1 CP establece una pena de prisión de uno a tres años para quien participe activamente en la organización cuando esta tenga como fin la comisión de delitos que no sean graves, y con la actual regulación los delitos de financiación no pueden ser

calificados como graves a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.2 CP. En este sentido, la actual regulación del artículo 304 ter CP ya parece desproporcionada en comparación con el artículo 570 bis 1 CP. No obstante, la propuesta del PSOE de incremento de la pena de prisión de dos a seis años se entiende por cuanto está en coherencia con la modificación planteada del artículo 304 bis CP: al establecerse la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años, el delito de financiación ilegal pasaría a tener la consideración de grave —art. 33.2 d) CP—; pero que aun así no entraría en la horquilla que el artículo 570 bis 1 CP contempla para quien participe activamente en la organización cuando esta tenga como fin la comisión de delitos graves (que es de dos a cinco años). Por el contrario, que se quieran establecer junto a la pena de prisión otras penas, como la de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo, nos parece razonable.

Ahora bien, el principal escollo a sortear en este apartado, que es de técnica jurídica, refiere al establecimiento de una multa proporcional (del tanto al séxtuplo de la cantidad recibida), cuando lo preferible hubiese sido fijar una multa por cuotas. Al no suceder esto último, entendemos que será difícil cifrar la cuantía de la multa con respecto de la cuantía recibida. En primer lugar, porque ello implicaría que la “estructura” u “organización” que financia debería, a su vez, recibir recursos con destino a una formación política (y no tiene por qué suceder así), y, en segundo lugar, porque quien recibiese la financiación no tendría por qué ser necesariamente el partícipe (que es a quien se le va a imponer la multa).

Respecto del apartado quinto, nuestra valoración debe ser positiva, pues naturalmente la estructura u organización que financie a un partido, federación, coalición o agrupación de electores, puede carecer de personalidad jurídica. Así, con la aplicación del artículo 129 CP, dicho espacio quedaría cubierto. Es más, una previsión así podría incluirse también en el artículo 304 bis CP que solo alude a personas jurídicas (31 bis CP).

3.2.5. Propuesta Grupo Parlamentario Popular (Enmienda núm. 5):

Se propone la supresión del artículo 304 ter, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3.2.6. Propuesta Grupo Parlamentario Popular (Enmienda núm. 6):

Aunque se trate de la creación de un nuevo artículo, el 304 quater CP, ubicamos dicha propuesta de reforma en sede del art. 304 ter CP ya que, en realidad, es una reforma de este.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, **que se encuentren incardinadas de manera estable y permanente, dependan, mantengan un vínculo de conexión o hayan sido creadas por los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores**, cuya finalidad sea la financiación de dichos partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones **dentro de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, de acuerdo con sus normas internas de funcionamiento, ya sea una dirección de hecho o de derecho**.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. **Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, la persona jurídica, entendiéndose por tal el partido político o federación, sea responsable de los hechos, se le impondrá la pena de multa de uno a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.**

Respecto del apartado primero, como ya adelantamos, estimamos que esa es (de las propuestas) la fórmula que permitiría dotar de mayor autonomía a un precepto que no deja de ser una especie de organi-

zación criminal: cuando las estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, “se encuentren incardinadas de manera estable y permanente, dependan, mantengan un vínculo de conexión o hayan sido creadas por los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”. De lo contrario, este apartado podría ser prescindible dada la actual redacción e interpretación jurisprudencial del artículo 570 bis CP. Ahora bien, no alcanzamos a entender por qué luego, en el apartado cuarto, la posibilidad de aplicar las penas en él previstas se circunscribe únicamente al caso de los partidos políticos y federaciones y no a la “estructura” u “organización” que financie a estos.

En sentido similar, tampoco comprendemos que el apartado segundo contemple la imposición de la pena en su mitad superior solo a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones “dentro de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, de acuerdo con sus normas internas de funcionamiento, ya sea una dirección de hecho o de derecho”.

Por otro lado, en el apartado cuarto se contempla con pena de multa la sanción del partido político (o federación) que cree un “entramado” para financiarse ilegalmente. Esta es una decisión que nos parece acertada, en tanto en cuanto ello no tiene por qué significar que toda la actividad del partido sea delictiva, lo que justificaría que se pudiera considerar en ese caso al partido político como una organización criminal y, en consecuencia, disolverlo.²⁵ Lo que ya no nos parece tan acertado es, como advertimos anteriormente, que solo se pueda castigar al partido o federación y no a la propia estructura u organización que financie ilegalmente a aquellos. En este contexto, como tuvimos ocasión de señalar más arriba, a la estructura u organización que se dedique en exclusiva a financiar ilegalmente a un partido se la debería poder disolver por cuanto se asimilaría a una especie de organización criminal.

La doctrina, como más adelante comprobaremos, ha abogado por la supresión del artículo 304 ter CP por considerar que su tipificación generaba una duplicidad con respecto del artículo 570 bis CP. Sin embargo, y aun cuando podemos compartir dicha posición (el

²⁵ Vid., con detalle, León Alapont, J.: “Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas”, *Teoría y derecho*, núm. 25, 2019, pp. 223 y ss.



ente que se dedique en exclusiva a financiar ilegalmente a una formación política es una organización criminal), lo interesante de la propuesta del Partido Popular es que, con la actual redacción, no se puede atribuir responsabilidad penal al partido que genere de una u otra forma dichas “estructuras”, sino solamente el hecho de financiarse en contra de lo dispuesto en el artículo 304 bis CP.

3.2.7. Crítica doctrinal al vigente artículo 304 ter CP

La principal crítica que la doctrina ha vertido sobre el artículo 304 ter CP es que se trata de una previsión superflua.²⁶ Habiendo bastado con recurrir, o bien a los tipos genéricos de organización y grupo criminal de los artículos 570 bis y 570 ter CP o bien al clásico delito de asociación para delinquir del artículo 515 CP.²⁷

También se ha destacado que, aunque el artículo 304 ter CP configure una modalidad específica de organización criminal, como sucede en otros preceptos (trata de seres humanos, blanqueo de capitales o tráfico de drogas), a diferencia de lo que allí sucede, en el presente supuesto la cualificación por pertenencia o dirección de la organización no se configura como una agravante de la pena para quien cometa el concreto delito (en nuestro caso, el de financiación ilegal), sino que se fija una pena autónoma (prisión de uno a cinco años). En consecuencia, la redacción de este precepto permite la apreciación de un concurso de delitos entre los artículos 304 bis CP y 304 ter CP, con la excesiva penalidad que puede resultar de ello.²⁸

Asimismo, se ha puesto de manifiesto que el tipo del artículo 304 ter CP lleve aparejada una pena de prisión de uno a cinco años que se impone en su mitad superior a los dirigentes de la organización y en la pena superior en grado para casos de especial gravedad, mientras que el tipo agravado de financiación ile-

gal del artículo 304 bis 2 CP conlleva pena de prisión de seis meses a cuatro años, pero puede alcanzar los seis años en casos de especial gravedad. De acuerdo con esta peculiar tipificación, “participar en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de la ley”, será más grave que la propia financiación ilegal de partidos en su modalidad más grave”.²⁹

Por otro lado, se ha advertido igualmente que las sanciones previstas en este precepto resultan más graves que las establecidas en los artículos 570 bis y ter CP, con la excepción de la dirección de la organización, cuyo marco penal es más amplio en el artículo 570 bis CP que en el artículo 304 ter CP. En este sentido, se ha propuesto que:

tanto para evitar problemas de solapamiento como para establecer una cierta uniformidad en la respuesta punitiva a los fenómenos de organizaciones y grupos criminales, no debería haberse regulado de forma específica la dirección y pertenencia a una organización dedicada a la financiación de partidos políticos.³⁰

En último lugar, cabe señalar que el artículo 304 ter CP introduce un concepto hasta ahora inédito en el marco de las distintas estrategias de persecución de la delincuencia organizada cuando alude al término estructuras. Un concepto que plantea como principal dificultad:

fijar su concreto contenido y caracteres, lo que no es fácil por la exhaustividad con que se definen respectivamente las organizaciones y grupos criminales en los artículos 570 bis y siguientes, siendo estos últimos, los grupos criminales, con los que viene a coincidir las nuevas “estructuras”.³¹

²⁶ Así, por ejemplo, Hava García, E.: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Terradillos Basoco, J. M. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. Tomo III. Derecho penal parte especial. Volumen I, Madrid, Iustel, 2016, p. 456; Quintero Olivares, G.: “Artículo 304 bis...”, *op. cit.*, p. 533; y Nuñez Castaño, E., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos y la Unión Europea: un caso de corrupción al margen de la normativa europea”, en González Cano, M. I. (Dir.): *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 96.

²⁷ Javato Martín, A. M.: “El delito de...”, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ Puente Aba, L. M.: *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 135.

²⁹ Maroto Calatayud, M.: “Financiación ilegal...”, *op. cit.*, pp. 764-765.

³⁰ Puente Aba, L. M.: *El delito de...*, *op. cit.*, p. 136.

³¹ Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.: “Los delitos de...”, *op. cit.*, pp. 798-799.

3.3. Incorporación de nuevos artículos al Título XIII bis

3.3.1. Propuesta Grupo Parlamentario Mixto (Enmienda núm. 1)

Se propone la adición a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de un artículo 304 quater con la siguiente redacción:

1. Cuando resulte acreditada la aplicación, por los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, de fondos o recursos de otro tipo procedentes de la financiación ilegal para sufragar gastos realizados con motivo u ocasión de una determinada campaña electoral, las condenas firmes impuestas por la comisión de alguno de los delitos de este título comprenderá también, en todo caso, la obligación de reintegrar a las administraciones públicas el importe total de las cantidades percibidas en concepto de subvenciones en la campaña electoral en la que se haya aplicado la indicada financiación ilegal, incluidas las recibidas en atención al número de votos y de puestos de representación institucional obtenidos.

2. En idéntico supuesto, los jueces y tribunales impondrán necesariamente como accesoria la pena prevista en la letra f) del apartado 7 del artículo 33.

Esta disposición no debe ser confundida con la figura del decomiso, también aplicable en caso de condena de un partido político, lo cual supondría devolver, por ejemplo, aquellos recursos obtenidos a través de una financiación ilícita.³² Lo que se propone aquí es la pérdida del total de las subvenciones que el partido haya obtenido para una determinada campaña electoral cuando los fondos o recursos procedentes de la financiación ilegal se utilicen para sufragar gastos realizados con motivo u ocasión de dicha campaña. En nuestra opinión, para que ello fuere posible debería producirse una modificación del artículo 33.7 CP, que actualmente no contempla dicha pena; si la prohibición de obtener subvenciones, pero no su pérdida.

3.3.2. Propuesta Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda núm. 4)

Artículo 304 quater.

El que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, con la finalidad de falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación económica-financiera-patrimonial, de un partido político, federación, coalición o agrupación de electores para negar, impedir u obstruir el control externo estos, será castigado, además de con las penas previstas para los concretos delitos cometidos, con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de cuatro a diez años.

Cualquier otra omisión o falsedad deliberada de la situación económico-financiero-patrimonial de las entidades mencionadas para otras finalidades no previstas en el párrafo anterior serán castigadas con la pena inferior en grado.

Artículo 304 quinquies.

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio pasivo de uno a dos años, el que con conocimiento de la comisión del delito previsto en el artículo 304 bis, 304 ter, 304 quater y sin haber participado en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad en el mismo, ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento, o promoviendo alguna de estas conductas, para eludir la investigación de la autoridad o sus agentes.

En realidad, ambos preceptos no contemplan supuestos de financiación ilegal de partidos políticos. El primero de ellos refleja una modalidad de falsedad documental, y el segundo, un tipo de encubrimiento específico.

³² Vid. ampliamente, sobre esta cuestión, León Alapont, J.: "Decomiso y responsabilidad penal de los partidos políticos", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 52, 2018, pp. 176-177.

4. Toma de posición

Más allá de los aspectos problemáticos que presenta una figura delictiva como la del art. 304 ter CP (de carácter más residual), el principal problema que sigue subsistiendo y que no se corrige en ninguna de las propuestas analizadas es la necesidad de dar un nuevo enfoque al artículo 304 bis CP para que de verdad albergue supuestos de financiación ilegal de los partidos políticos. Por ello, a continuación, exponemos algunas de las pautas que, a nuestro juicio, el legislador debiera seguir para tratar de paliar dicha situación.³³

En este sentido, dado el bien jurídico que estimamos queda protegido en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos, a saber, la igualdad de oportunidades o competencia leal entre este tipo de formaciones (en materia de financiación),³⁴ consideramos que el actual artículo 304 bis CP alberga determinadas conductas delictivas que, a nuestro juicio, no atentan contra dicho interés y, viceversa, otras acciones potencialmente lesivas de este no quedan comprendidas en tal precepto. De ahí que coincidamos plenamente con Puente Aba cuando afirma que la actual regulación del delito de financiación ilegal de los partidos políticos no respeta ni el principio de subsidiariedad ni el de fragmentariedad.³⁵ En igual sentido, la penalidad descrita en el artículo 304 bis CP, al menos para el caso de las personas jurídicas, nos parece desproporcionada. De ahí la propuesta de reforma que se expone a continuación.

³³ Pueden consultarse otras formulaciones como las desarrolladas por Maroto Calatayud, M.: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un análisis político-criminal*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 321-323; Olaizola Nogales, I.: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 197 y ss; y Nieto Martín, A.: “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A.: *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 127-136.

³⁴ En este sentido, consideramos que la financiación ilegal de los partidos debiera concebirse (en este ámbito concreto) como un supuesto de “competencia desleal” entre este tipo de organizaciones, pues la ventaja económica que pudiera obtenerse ilícitamente por la formación política correspondiente situaría a esta en una mejor posición competitiva respecto del resto de partidos. *Id.*, con mayor nivel de detalle, León Alapont, J.: “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, *InDret*, núm. 4, 2018, pp. 9-10.

³⁵ Puente Aba, L. M.: *El delito de...*, *op. cit.*, p. 141.

4.1. Planteamiento

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en el vigente artículo 304 bis CP, que solo refiere a una clase de financiación muy concreta, como son las donaciones, consideramos que el objeto material de dicho delito debiera extenderse a cualquier clase de financiación, de forma que comprendiera la recepción de todo tipo de recursos (públicos o privados) de contenido económico-patrimonial o susceptibles de ser sometidos a tal valoración, como pudieran ser, a título de ejemplo, no solo las donaciones de bienes muebles o inmuebles, sino también subvenciones, asunción de gastos del partido (que implicarían para este un ahorro de costes),³⁶ concesión de préstamos, asunción o condonación de deudas, o la cesión de derechos (como los de usufructo o crédito), entre otros.

En segundo lugar, el listado de benefactores quedaría conformado por personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica. Así, sería conveniente que desapareciera la mención expresa que efectúa el actual artículo 304 bis CP a las donaciones de gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas con los mismos, pues ya quedarían comprendidos en la categoría de personas jurídicas (al no distinguirse entre nacionales y extranjeras).

En tercer lugar, la inclusión de la cláusula “directa o indirectamente” en determinados tipos contribuiría a conferir una protección, lo más amplia posible, al bien jurídico protegido, evitando así cualquier posible resquicio que condujera a la atipicidad de la conducta.

En cuarto lugar, la alusión que los artículos 304 bis 1 y 2 CP hacen al verbo *recibir* ha llevado a algunos autores a sostener que tanto la solicitud como la aceptación de aquellas donaciones consideradas delictivas resultarían atípicas.³⁷ Por ello, a pesar de que a nuestro juicio resultaría plausible concebir ambas modalidades como ejemplos de tentativa,³⁸ resultaría conveniente incluirlas expresamente en aquellos tipos que por su naturaleza se presten a ello (como

³⁶ El art. 4.3 LOFPP se refiere a estas como *operaciones asimiladas*.

³⁷ Así, por ejemplo, Nuñez Castaño, E.: “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Penal*, núm. 39, 2017, p. 140; y Muñoz Cuesta, F. J.: “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2015, p. 14.

³⁸ En el caso de *solicitar* se trataría de una tentativa inacabada. Y, en el de *aceptar*, estaríamos ante una tentativa acabada.

más adelante se verá) para evitar cualquier margen interpretativo y, sobre todo, porque consideramos que deben castigarse de forma autónoma. Ahora bien, ello no supone que estemos proponiendo elevar a categoría de delito meros actos preparatorios, como así han sido calificadas, por parte de alguna autora, la solicitud y aceptación.³⁹ Sino que los tipos de acción que consistieran en solicitar o aceptar cualquier clase de financiación quedarían configurados como tipos de peligro concreto. Por el contrario, sí merecería la consideración de acto preparatorio, a título de ejemplo, el proponerse solicitar una donación a un empresario a cambio de adjudicarle directamente (sin licitación alguna) un determinado contrato público. Sin embargo, no se plantea en esta modificación al artículo 304 bis CP la necesidad de castigar la realización de actos preparatorios como el que aquí se ha traído a colación.

Por último, cabe señalar que, aunque en la propuesta que a continuación se detalla nos centremos solo en describir las conductas que podrían ocasionar la responsabilidad penal del partido destinatario de la financiación ilegal y de las personas físicas que contribuyan a tal fin, ello no significa, naturalmente, que nos hayamos olvidado de la otra parte del binomio, esto es, de quienes soliciten, acepten o lleguen a financiar a un partido de la forma prevista en los apartados primero a quinto (*vid. infra* 4.2), lo cual conllevaría el correspondiente reproche penal.⁴⁰ Y tampoco que solo sea delito (en los términos aquí propuestos) la financiación ilegal de los partidos políticos, sino también la que afecte a las federaciones de estos, coaliciones electorales o agrupaciones de electores. Si bien son

cuestiones que no podemos atender por exceder del objeto de este trabajo.

4.2. Las conductas delictivas

Se proponen los siguientes tipos penales:⁴¹

1) *Solicitar, aceptar o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter anónimo.*

Los tipos de acción aquí formulados se configurarían todos ellos como tipos de peligro concreto, por cuanto el anonimato impide identificar no solo quién es el benefactor, sino que además dificulta o imposibilita averiguar la procedencia (lícita o ilícita) de dicha contribución, así como el destino o finalidad de la misma. Ello se traduce en que existe la probabilidad de que el bien jurídico protegido resulte dañado, pues tales conductas generarían una situación objetiva de riesgo específico para aquel.

- Ejemplo: un determinado partido inicia una campaña de crowdfunding en la que los donantes no tienen la obligación de identificarse. En consecuencia, el partido puede recibir numerosas pequeñas aportaciones tanto de personas bienintencionadas y comprometidas con los ideales de este como provenientes de una organización criminal (lo cual no sería detectable). De suceder esto último, el partido se vería en una posición competitiva ventajosa respecto del resto de formaciones políticas que deciden no recurrir a este tipo de financiación totalmente opaca.

2) *Solicitar, aceptar o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable de personas físicas, personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica. Entendiéndose por financiación de carácter finalista aquella que se dirige a lograr la actuación del partido en un determinado sentido (lícito o no) con independencia de que esta se produzca antes o después de la solicitud, aceptación o recepción de la financiación. Por financiación de carácter revocable se entenderá aquella susceptible de ser retirada en caso de no cumplirse la condición a la que quede sujeta.*

³⁹ Cfr. Sierra López, M.V.: “El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?”, en Gómez Rivero, M.C. y Barrero Ortega, A. (Dir.): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 806.

⁴⁰ Nos referimos, básicamente, a personas físicas, fundaciones, empresas o instituciones que financien ilegalmente a un partido político. También, aun cuando resulta difícil de imaginar que una formación política se dedique a financiar de manera ilegal a otro partido, federación, coalición o agrupación de electores, nada obsta, en realidad, para que ello suceda. Con todo, consideramos que las penas que cabría imponer en estos casos debieran ser las mismas que se detallan en esta propuesta, a imagen y semejanza de lo que ocurre con el actual artículo 304 bis 4 CP cuando alude a “Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores”.

⁴¹ Naturalmente, la propuesta que aquí planteamos obligaría a reformar la LOFPP y la LOREG, por cuanto algunos de los supuestos que mencionamos a continuación son perfectamente legales con la actual regulación.

Las conductas relativas a solicitar o aceptar este tipo de financiación deben concebirse como tipos de peligro concreto, mientras que la de recibirla se erige en un tipo de lesión. En cualquier caso, la probabilidad de afectación del bien jurídico o su efectiva lesión derivaría de la siguiente circunstancia: aquellos partidos que no se prestan a vender su “voluntad” o no están dispuestos a incurrir en ilegalidades (que es lo que cabría esperar de ellos) estarían en condiciones de inferioridad respecto de aquellos que sí opten por esa otra senda.

- Ejemplos: a) un Gobierno extranjero realiza una donación de 10 millones de dólares al partido que sustenta al Ejecutivo para que se apruebe la instalación de una base militar en territorio español; b) una entidad de crédito condona toda la deuda que tenía contraída un determinado partido con aquella a cambio de que interceda para que se le conceda el indulto al presidente de dicho banco (que ha sido condenado por blanqueo de capitales); c) un empresario (persona física) promete a un partido pagarle todos los gastos de una concreta campaña electoral si se le adjudica el contrato de gestión de aguas residuales de un importante municipio (el cual debiera licitarse).

No obstante, si bien hemos sostenido que podría castigarse a un partido por solicitar, aceptar o recibir financiación dirigida a conseguir una concreta actuación por su parte (aun cuando fuera para un fin lícito), determinadas conductas en este ámbito podrían considerarse irrelevantes por carecer de la más mínima carga ofensiva.

- Ejemplo: un empresario decide que el partido político para el que suele trabajar no le efectúe el pago de los últimos servicios contratados a cambio de que este siga contando con él en futuras ocasiones.

3) Solicitar, aceptar o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación privada de origen ilícito de personas físicas, personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica.

Una vez más, tanto la solicitud como la aceptación de dicha financiación constituirían tipos de peligro concreto, y la recepción, por su parte, un tipo de lesión. El recurso a este tipo de financiación atentaría contra la competencia leal que se presupone debiera

existir o exigirse a estas organizaciones, competencia leal que consistiría en que los partidos se pudieran financiar sin límites cuantitativos, pero sí cualitativos, esto es, que se financiasen única y exclusivamente con recursos totalmente lícitos.

- Ejemplos de financiación de origen ilícito: cualquiera procedente de un delito, como pudieran ser los de malversación de caudales públicos, cohecho, apropiación indebida, estafa, robo, tráfico de drogas, prostitución, etc.

Repárese, por otro lado, en el hecho de que no hayamos aludido a que dicho origen ilícito deba ser conocido. De darse esto último el delito de financiación ilegal podría entrar en concurso (ideal) con el de blanqueo de capitales.

4) Solicitar, aceptar o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación pública de forma ilegal o fraudulenta.

Aquí también los tipos de acción consistentes en solicitar o aceptar constituirían tipos de peligro concreto, y la recepción quedaría configurada como un tipo de lesión. La finalidad pretendida con las conductas descritas sería la de evitar que el partido que recurriese a este tipo de artes consiguiera una ventaja competitiva (de carácter económico) que le situara en una mejor posición con respecto del resto de formaciones políticas.

- Ejemplos: a) recibir de forma fraudulenta una subvención para gastos electorales; b) solicitar que se le asigne al partido una subvención para gastos ordinarios de mayor cuantía a la que le correspondería por ley; c) aceptar (en el sentido de acordar o aprobar) que se le conceda al partido una subvención de forma camuflada, por ejemplo, a través de una de sus fundaciones, con el objetivo de que efectivamente revierta finalmente en el partido; d) recibir mayor asignación de espacios en lugares públicos y medios de comunicación pública con ocasión de los comicios electorales; e) acceder a una línea de financiación por parte del Instituto de Crédito Oficial (reservada a empresas).

5) Solicitar, aceptar o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comu-

nidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos y de los grupos de representantes en los órganos de las Administraciones Locales.

Actualmente, la LOFPP (art. 2.1) permite el trasvase de fondos de estos grupos a los partidos, y no impide que asuman los gastos de estos. Por tanto, se trata de una vía de financiación legal.⁴² Sin embargo, a nuestro juicio, las conductas arriba descritas atentarían o pondrían en riesgo la igualdad de oportunidades entre partidos (en los términos ya expuestos) porque aquellas organizaciones políticas que se beneficiaran o pudieran beneficiarse con tales fondos obtendrían, o podrían obtener, mayores recursos para su financiación que aquellos que decidieran no recurrir a esta vía porque consideraran que con ello se estaría alejando a tales grupos de los fines para los que fueron creados (y esto último, a nuestro entender, debería ser respetado).⁴³

6) *Superar en más de un uno por ciento los límites de gastos electorales previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General o, en su caso, en las respectivas leyes electorales autonómicas.*

Esta conducta, que en la actualidad es constitutiva de infracción administrativa,⁴⁴ consideramos debiera ser delictiva, puesto que atenta contra la igualdad de oportunidades entre partidos políticos en materia de financiación. En esta ocasión, se trata de una igualdad impuesta por la legislación electoral que establece para todas las formaciones políticas límites a sus gastos electorales. De forma que aquellos partidos que infringieran dichas restricciones no estarían concurrendo en condiciones de igualdad a los comicios, tratándose, efectivamente, de un tipo de lesión.

A este respecto, cabe señalar que la lesión del bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal de los partidos no solo puede producirse cuando lo

que se obtiene son recursos en forma de ingresos o ahorro de costes, sino también, como en el presente caso, cuando los propios recursos disponibles por el partido se utilizan superando los límites establecidos por la ley. De ahí la importancia de referirnos, a este delito, como de financiación ilegal de los partidos políticos; y no de financiación ilegal de partidos políticos (pues esta última terminología induce a pensar que únicamente quedan abarcados los supuestos de financiación activa y externa).

7) *Distraer fondos del partido destinados a gastos ordinarios para fines electorales o viceversa. Entendiéndose por gastos ordinarios todos aquellos en los que pueda incurrir una formación política a excepción de los electorales.*

Téngase en cuenta, en este sentido, que el propio artículo 125.1 LOREG establece la obligación de que todos los fondos destinados a sufragar los gastos electorales, cualquiera que sea su procedencia, deben ingresarse en cuentas abiertas a tales efectos y todos los gastos deben pagarse con cargo a las mismas. En cambio, los partidos que no respetasen tal regla se situarían (en términos económicos) en una posición ventajosa respecto de aquellos que sí cumpliesen con la misma. Así, estaríamos ante una forma de “autofinanciación” ilegal y, naturalmente, ante un tipo de lesión.

- Ejemplo: con parte de los fondos electorales se abonan los salarios de los trabajadores del partido.

Por otro lado, deberá tenerse en cuenta que en determinadas situaciones podrían plantearse concursos de delitos. Así sucedería, por ejemplo, de abonarse (con parte de las subvenciones obtenidas para gastos de funcionamiento) un acto de campaña. Conducta que no solo sería constitutiva de financiación ilegal, sino también de malversación de subvenciones, pues se lesionarían dos bienes jurídicos distintos.

8) *Traspasar fondos del partido destinados a gastos ordinarios a cuentas para fines electorales, o viceversa.*

El motivo por el cual consideramos debiera inculparse dicha conducta coincide con la explicación dada en el apartado anterior. Si bien la diferencia aquí estriba en que no constituiría un tipo de lesión, sino de peligro concreto.

⁴² León Alapont, J.: “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 19-20.

⁴³ Como ha resaltado el Tribunal Constitucional, dos son, principalmente, los tipos de funciones que desempeñan estos entes: por un lado, las relativas a la organización y funcionamiento de la Cámara y, por otro, las estrictamente parlamentarias. Así, SSTC 64/2002, de 11 de marzo; 141/2007, de 18 de junio; 10/2013, de 28 de enero; 107/2016, de 7 de junio; 108/2016, de 7 de junio; y 109/2016, de 7 de junio.

⁴⁴ Así lo establece el artículo 17 LOFPP, y lo mismo sucede con las respectivas leyes electorales autonómicas.

Ejemplo: para no incurrir en delito, al distraer fondos destinados a gastos electorales para pagar una reforma de la sede del partido, este se limita a realizar un traspaso entre cuentas. De forma que, aparentemente, la reforma de la sede fuera sufragada con fondos para gastos ordinarios.

4.3. La delimitación entre el ilícito penal y el administrativo

En nuestra opinión, solo las conductas anteriormente enumeradas debieran ser las que integrasen el delito de financiación ilegal del artículo 304 bis CP, pues, como ya se advirtió, solo los tipos aquí descritos otorgarían una adecuada protección al bien jurídico tutelado en este delito. Así las cosas, entendemos que no merecerían la consideración de delictivos una serie de supuestos, como los que a continuación pasamos a mencionar, por tratarse de conductas que no entrañarían desvalor alguno:

- Una empresa española dona 500 000 euros a un partido porque lleva en su programa electoral una bajada considerable del impuesto de sociedades.⁴⁵
- Una empresa brasileña dona 1 millón de dólares a un partido que apoya un plan de beneficios fiscales para las inversiones extranjeras.
- El Gobierno de Corea del Norte financia con 10 millones de dólares a un partido que defiende para España su mismo modelo de Estado.
- Un director de cine dona 100 000 euros a un partido que ha impulsado la aprobación de un mecanismo de financiación para la producción de películas en gallego.
- Una entidad de crédito condona toda la deuda de un partido que se opone a la creación de un nuevo impuesto específico para los bancos.⁴⁶
- Un empresario (persona física) con contrato

vigente con la Administración Pública asume los gastos de la campaña electoral de un partido (valorados en 2 millones de euros) porque resulta que su hijo va incluido en las listas electorales.

- Una de las fundaciones vinculadas a un partido asume el pago de las nóminas de los trabajadores de aquel ante los problemas puntuales de liquidez que presenta la formación política.

Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos pretendido transmitir la idea de que incriminar tales tipos de financiación con arreglo a meras presunciones sobre el origen corrupto o finalidad ilícita de cualquier clase de financiación hecha a una organización política sería tanto como configurar no ya un delito de peligro abstracto, sino de sospecha. Por el contrario, si lo que se tienen son indicios racionales de que ello es así, será entonces cuando deban depurarse las respectivas responsabilidades penales. En el supuesto concreto de las fundaciones, se critica que el destino de parte de su patrimonio a los partidos supone un claro incumplimiento de los fines de aquellas.⁴⁷ Sin embargo, precisamente, la razón de ser de estas es servir de apoyo (también económico) a los partidos a las que quedan vinculadas.⁴⁸

Ahora bien, así como hemos defendido que no deberían ser delictivas aquellas conductas a las cuales nos acabamos de referir, consideramos que sería ineludible la imposición (a los partidos políticos) de obligaciones en materia de transparencia respecto de esta clase de contribuciones (en términos de publicidad),⁴⁹ pues ello permitiría el control de la ciudadanía sobre estas.⁵⁰ Lo cual, naturalmente, debería ir acompañado

⁴⁵ Así, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos permite a las empresas hacer aportaciones ilimitadamente a los partidos bajo el principal argumento de que lo contrario supondría una violación del derecho a la libertad de expresión. *Vid.*, sobre este particular, Rodríguez-Aguilera de Prat, C.: *Manual de partidos políticos*, Barcelona, Huygens Editorial, 2017, p. 70.

⁴⁶ Especial reticencia ha generado esta cuestión en la doctrina, mostrándose a favor de su incriminación. *Vid.*, por todos, Javato Martín, A. M.: “Artículo 304 bis”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 720.

⁴⁷ Rebollo Vargas, R.: “La polémica en el delito de financiación de partidos políticos: las puertas continúan abiertas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38 (extr.), 2018, p. 93.

⁴⁸ La propia Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en su art. 3.3 dispone que “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”. En cambio, resulta evidente que las organizaciones políticas sí cumplen con tales fines generales. Por eso no creemos que pueda afirmarse que cuando una fundación de un partido financie a este se esté apartando o desviando de sus fines.

⁴⁹ Olaizola Nogales, I.: “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, *Diario La Ley*, núm. 8516, 2015, p. 5.

⁵⁰ Navarro Cardoso alude al “control social” que permite la

de las respectivas sanciones por el incumplimiento de tales obligaciones. Como gráficamente describe Dopico Gómez-Aller: “la financiación privada de los partidos es absolutamente opaca para todos los habitantes del planeta, salvo para las escasas personas que trabajan en la Unidad de Fiscalización de Partidos Políticos del Tribunal de Cuentas”.⁵¹

A pesar de lo aquí sostenido con relación a este tipo de conductas, el legislador podría decidir sancionarlas administrativamente o no (cuestión que no va a ser objeto de valoración por nuestra parte en este trabajo). Empero, de hacerlo, esto es, de sancionar por vía administrativa aquellas conductas que estimase conveniente, tal determinación respondería a otros fines seguramente igual de legítimos que el que justifica en este ámbito la intervención penal, pero, a su vez, totalmente distintos a este. Así, por ejemplo, podría estimarse que la prohibición de efectuar o recibir cualquier tipo de financiación de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica (superados ciertos límites) respondería al deseo del legislador de restringir la financiación de carácter privado de los partidos para que hubiera cierto equilibrio con la de origen público, o prohibirse cualquier tipo de financiación de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica extranjeros porque el legislador ha considerado que los partidos solo pueden recibir financiación nacional. Ahora bien, la distinción entre infracciones administrativas y supuestos delictivos no debe reducirse a una cuestión cuantitativa (de umbrales), sino cualitativa (del tipo de financiación que debiera considerarse delictiva). Los límites (en uno y otro ámbito sancionador) pueden y deben ser útiles para graduar la gravedad de los hechos y, por ende, de la consecuencia jurídica, pero no para deslindar la infracción administrativa de la penal.

No obstante, el conservar la vía administrativa para sancionar determinados hechos implicaría, en primer lugar, una importante reforma del Tribunal de

transparencia como una de las principales ventajas de esta. Cfr. Navarro Cardoso, F.: “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal”, en Matallín Evangelio (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 271.

⁵¹ Dopico Gómez-Aller, J.: “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, en Gil Nobajas, M. S., et al.: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2015, p. 274.

Cuentas (cuando se trate de infracciones de la LOFPP) que dotara a este de una mínima potestad investigadora que en la actualidad no tiene,⁵² de forma que su cometido no quedara limitado a un control meramente formal de la legalidad y la regularidad contable de las actuaciones de los partidos,⁵³ y, por otro lado, que se precisara cómo proceder a la ejecución de las sanciones acordadas.⁵⁴ Y, en segundo lugar, que la capacidad sancionadora de las diversas Juntas Electorales (en el ámbito de la LOREG) se extendiera también sobre los partidos políticos, lo cual no sucede en la actualidad (ex art. 153 LOREG).

4.4. Penas a imponer

La única pena que se prevé con carácter obligatorio para el partido político en el actual artículo 304 bis CP es la de multa.⁵⁵ Siendo esta del triplo al quintuplo del valor de la donación recibida cuando se trate de donaciones anónimas, finalistas o revocables; donaciones procedentes de una misma persona física superiores a 50 000 euros anuales; donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica; y donaciones en especie de bienes inmuebles (superiores a 50 000 euros) en las que no se especifique, además de la identificación del donante, el documento en el que conste la entrega del bien ni se haga mención al carácter irrevocable de la misma (art. 304 bis 1 CP). Del triplo al quintuplo de su valor cuando se trate de donaciones anónimas, finalistas o revocables y de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica superiores a 500 000 euros (art. 304 bis 2 CP). Y del triplo al quintuplo del exceso de aquellas donaciones

⁵² Rodríguez Puerta, M. J.: “El control externo de la actividad económico financiera de los partidos políticos en España: cuestiones a debatir”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, p. 58.

⁵³ García-Pando Mosquera, J. J.: “Las cuentas de la democracia”, en Nieto Martín, D. y Maroto Calatayud, M. (Dirs.): *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 151.

⁵⁴ Lo cual no está previsto en la actual regulación, como señala Delgado del Rincón, L. E.: “Hacia un modelo idóneo de control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas”, en Matia Portilla, F. J. (Dir.): *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 447.

⁵⁵ Para el caso de las personas físicas, el artículo 304 bis CP solo establece pena de prisión de seis meses a cuatro años para los supuestos del apartado segundo y, siempre y en todo caso, la pena de multa del triplo al quintuplo.

de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos que superen los 100 000 euros; y de aquellas donaciones de personas físicas que superen en más de 500 000 euros el límite de los 50 000 euros anuales (art. 304 bis 2 CP).⁵⁶

Como puede observarse, el importe de la multa a imponer sobre el partido es el mismo con independencia del tipo de donación de que se trate cuando, precisamente, las conductas recogidas en el artículo 304 bis 2 CP son consideradas más graves y por eso llevan aparejada pena de prisión para las personas físicas (lo cual no sucede en el artículo 304 bis 1 CP). Pero, en cambio, este plus de desvalor no se refleja en una multa de mayor cuantía para el partido en estos supuestos, lo cual resulta incomprensible. Esta situación consideramos debiera ser corregida en una futura reforma al artículo 304 bis CP. De forma que la propuesta de lege ferenda, que aquí se ha planteado respecto del tipo penal, tendría que ir acompañada de la correspondiente graduación de la pena de multa (que pasamos a formular acto seguido) para así respetar el principio de proporcionalidad:

a) *En el supuesto de solicitar o aceptar, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter anónimo*, la pena de multa sería de dos a seis meses.

b) *En los supuestos de solicitud o aceptación, directa o indirecta, de cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable, de origen ilícito, pública o de los grupos parlamentarios y de representantes* (en los términos ya expuestos), la pena de multa sería de seis meses a un año.⁵⁷

⁵⁶ Por su parte, el artículo 304 bis 3 CP contempla que si los hechos descritos en el apartado segundo de dicho precepto resultaran de “especial gravedad”, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. A pesar de la imprecisión de dicha expresión, la doctrina ha convenido en que para que unos hechos resulten de especial gravedad deberán valorarse, entre otros, aspectos tales como la relevancia económica de la conducta delictiva, las condiciones en que tiene lugar la donación, las circunstancias inherentes al autor del delito o la especial finalidad perseguida por el donante. *Vid.* Morales Hernández, M.Á.: “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Marín de Espinosa Ceballos, E.M. (Dir.): *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-264.

⁵⁷ Como puede apreciarse, existe una diferencia penológica entre los hechos de los apartados a) y b); así como entre las conductas de los apartados c) y d). La explicación es la siguiente: aunque el castigo de la financiación anónima obedece a que no se puede conocer el origen de la misma, esta circunstancia justifica una distinta penalidad en relación con los otros supuestos, pues no hay que olvidar que la financiación anónima puede ser perfectamente

c) *En el supuesto de recepción, directa o indirecta, de financiación de carácter anónimo*, la pena de multa sería del tanto al triplo del valor de esta.

En este caso, consideramos que para la persona física responsable de los hechos debería establecerse, junto con la pena de multa anteriormente descrita, una pena de prisión de 6 meses a 2 años.

d) *En los supuestos de recepción, directa o indirecta, de cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable, de origen ilícito, pública o de los grupos parlamentarios y de representantes* (en los términos ya expuestos), la pena de multa sería del triplo al quíntuplo del valor de esta.

En este caso, consideramos que para la persona física responsable de los hechos debería establecerse, junto con la pena de multa anteriormente descrita, una pena de prisión de uno a cuatro años.

e) *En caso de superar en más de un uno por ciento los límites de gastos electorales*, la pena de multa sería la siguiente:

- del tanto al duplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en más de un uno y hasta un tres por ciento;
- del duplo al triplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en más de un tres y en menos de un diez por ciento;
- del triplo al quíntuplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en un diez por ciento o más.

f) *en el supuesto de distraer fondos del partido destinados a gastos ordinarios para fines electorales, o viceversa*, la pena de multa sería del triplo al quíntuplo del valor de estos.

g) *En el supuesto de traspasar fondos del partido destinados a gastos ordinarios a cuentas para fines electorales, o viceversa*, la pena de multa sería del tanto al triplo del valor de estos.

Para concluir este apartado, simplemente queremos dejar anotada la posibilidad de que el legislador introdujese para los supuestos arriba mencionados —a excepción de lo ya previsto en el apartado e)— una gradación de las penas en función de ciertos límites cuantitativos. Ello dotaría de mayor coherencia al sistema de penas propugnado para un nuevo artículo 304 bis CP.

lícita, lo único que ocurre es que no queda identificado quién es el benefactor.

5. Reflexiones últimas

La inclusión en nuestro Código Penal de un Título XIII bis dedicado a los delitos de financiación ilegal de partidos fue, en nuestra opinión, una decisión acertada. Máxime cuando desde 2010 las personas jurídicas, y desde 2012 los partidos políticos, pueden ser penalmente responsables. Ahora bien, dicho lo cual, y por los argumentos esgrimidos en este trabajo, el legislador podría haberse ahorrado dicho esfuerzo, pues, en el artículo 304 bis CP se tipifican conductas que, a nuestro modo de ver, no deberían ser delictivas y, en cambio, otras que sí debieran serlo no se incriminan. Por otro lado, en cuanto al artículo 304 ter CP, la confusión a que se presta invita a pensar que la voluntad legislatoris y la redacción dada finalmente al precepto no son coincidentes. Sorprendiendo, además, que no se prevea también la sanción de las personas jurídicas responsables de los hechos descritos en dicho artículo.

En este sentido, es de agradecer la preocupación mostrada por algunos grupos parlamentarios respecto de la conveniencia de reformar los artículos 304 bis CP y 304 ter CP. Aun así, como se ha expuesto en este trabajo, y salvo aquellos aspectos en los que hemos mostrado nuestra conformidad con lo propuesto (principalmente en relación con el artículo 304 ter CP), cabe advertir que las modificaciones sugeridas por los distintos grupos parlamentarios en la XII Legislatura (ya caducada) no van, a nuestro entender, en buena dirección. Por tanto, esperemos que, de retomarse dicha voluntad reformista en relación a estos preceptos, las propuestas aquí traídas a colación sean reconsideradas.

En definitiva, en el artículo 304 bis CP no se confiere una adecuada protección al bien jurídico tutelado en esta figura delictiva, a saber, la igualdad de oportunidades (o competencia leal) entre formaciones políticas en materia de financiación. O, dicho de otro modo, la reforma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos debería ser atendida cuanto antes si lo que de verdad se quiere castigar en él es, valga la redundancia, la financiación ilegal. Y respecto del artículo 304 ter CP, se debería incorporar el que las estructuras u organizaciones que financien a un partido o federación de partidos se encuentren incardinadas de manera estable y permanente, dependan, mantengan un vínculo de conexión o hayan sido crea-

das por estos, debiéndose otorgar también responsabilidad penal en estos supuestos a los partidos y, en su caso, a cualquier tipo de persona jurídica (art. 31 bis CP) o ente sin personalidad jurídica (art. 129 CP).

6. Bibliografía

- Basso, G. J.: “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Molina Fernández, F. (Coord.): *Penal 2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 1399-1408.
- Bustos Rubio, M.: “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Penal*, núm. 37, 2016, pp. 61-79.
- Delgado del Rincón, L. E.: “Hacia un modelo idóneo de control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas”, en Matia Portilla, F. J. (Dir.): *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 423-470.
- Dopico Gómez-Aller, J.: “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, en Gil Nobajas, M. S., et al.: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2015, pp. 257-284.
- García-Pando Mosquera, J. J.: “Las cuentas de la democracia”, en Nieto Martín, D. y Maroto Calatayud, M. (Dirs.): *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 131-154.
- González Gugel, J.: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Ayala Gómez, I. y Ortiz De Urbina Gimeno, I. (Coords.): *Penal económico y de la empresa 2016-2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 725-727.
- Hava García, E.: “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Terradillos Basoco, J. M. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Volumen I*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 455-465.
- Javato Martín, A. M.: “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-26, 2017, pp. 1-41.

- “Artículo 304 bis”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 717-725.
- León Alapont, J.: *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- “Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas”, *Teoría y Derecho*, núm. 25, 2019, pp. 206-237.
- “Decomiso y responsabilidad penal de los partidos políticos”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 52, 2018, pp. 171-202.
- “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, *Indret*, núm. 4, 2018, pp. 1-36.
- “Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas: consideraciones en torno a su régimen jurídico y los *compliances programs*”, en Matallín Evangelio, Á. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 153-191.
- “La responsabilidad civil del Partido Popular como partícipe a título lucrativo: a propósito de la SAN 20/2018, de 17 de mayo”, *Diario La Ley*, núm. 9229, 2018, pp. 1-9.
- “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-40.
- “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1-42.
- Maroto Calatayud, M.: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un análisis político-criminal*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 755-768.
- “Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas”, en Arroyo Jiménez, L y Nieto Martín, A. (Dir.): *Autorregulación y sanciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 369-418.
- Morales Hernández, M. Á.: “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Marín De Espinosa Ceballos, E. M. (Dir.): *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 255-267.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Muñoz Cuesta, F. J.: “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2015, pp. 11-21.
- Navarro Cardoso, F.: “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal”, en Matallín Evangelio (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 271-288.
- Nieto Martín, A.: “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A.: *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 117-138.
- Núñez Castaño, E.: “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Penal*, núm. 39, 2017, pp. 125-153.
- “El delito de financiación ilegal de partidos políticos y la Unión Europea: un caso de corrupción al margen de la normativa europea”, en González Cano, M. I. (Dir.): *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 61-104.
- Olaizola Nogales, I.: “«Medidas de regeneración democrática». La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España”, *Estudios de Deusto*, vol. 63, núm. 1, 2015, pp. 327-358.
- “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, *Diario La Ley*, núm. 8516, 2015, pp. 1-6.
- *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Puente Aba, L. M.: *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- Quintero Olivares, G.: “Artículo 304 bis y artículo 304 ter”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español. Tomo II*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 527-537.
- Rebollo Vargas, R.: “La polémica en el delito de financiación de partidos políticos: las puertas continúan abiertas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38 (extr.), 2018, pp. 59-100.
- Rodríguez-Aguilera de Prat, C.: *Manual de partidos políticos*, Barcelona, Huygens Editorial, 2017.
- Rodríguez Puerta, M. J.: “El control externo de la actividad económico financiera de los partidos políticos en España: cuestiones a debatir”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 1-60.
- Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.: “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cuevas, L. (Dir.): *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2016, pp.787-800.
- Sandoval Coronado, J. C.: “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 22, 2014, pp. 1-49.
- Santana Vega, D. M.: “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en Queralt Jiménez, J. y Santana Vega, D. M. (Dirs.): *Corrupción pública y privada en el Estado de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 123-150.
- Sierra López, M. V.: “El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?”, en Gómez Rivero, M.C. y Barrero Ortega, A. (Dirs.): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 791-825.
- Vera Sánchez, J. S.: “Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)”, en Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (Dirs.): *Manual de derecho penal, económico y de empresa. Parte general y Parte especial Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 367-372.

Objetos en el cielo: los drones. La legislación penal mexicana y las aeronaves no tripuladas

Alberto Enrique Nava Garcés

Facultad de Derecho, Universidad Nacional
Autónoma de México
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RESUMEN: La tecnología ha cambiado la forma en que se desarrolla la vida cotidiana, sus múltiples beneficios en comunicación, economía y desarrollo mutaron la forma en que nos desarrollamos como sociedad, sin embargo, ha requerido supervisión, verificación y vigilancia derivado de la utilización de diversos medios tecnológicos para realizar conductas delictivas. Específicamente el uso de drones como medio para cometer ilícitos, por ello es importante identificar cuándo se está en la presencia de un delito al manejar un dron y si la legislación ampara de cierta forma la implementación de los mismos.

PALABRAS CLAVE: Drones, delitos electrónicos, espacio aéreo, Derecho Penal.

ABSTRACT: Technology has changed the way in which daily life develops, its multiple benefits in communication, economy and development changed the way we develop as a society, however, it has required supervision, verification and surveillance derived from they use of dime wats of technology to carry out criminal behavior. Specifically, they use of drones to commit illicit activities, therefore it is important yo identify when is a crime to use a drone and if the legislation covers their implementation in some way.

KEY WORDS: drones, electronic crime, airspace, criminal law.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El incremento en el uso de los drones. 3. ¿Puede ser delito sobrevolar un dron? 4. Delitos electrónicos. 5. Objetos en el cielo: los drones. 6. La legislación en México para combatir el delito electrónico. 7. Conclusiones.

1. Introducción

... las leyes, como las salchichas, dejan de inspirar respeto a medida que sabes cómo están hechas.

JOHN GODFREY SAXE¹

Los drones serán motivo de los más variados artículos, según vaya creciendo el número de aquellos en el cielo y se amplíen sus distintos usos, pero también serán materia de reglamentación para evitar un uso ilícito o deliberadamente dañoso contra bienes valiosos.

El término *dron* —escribe Marina Castells I Márqués—, cuyo origen proviene de la palabra inglesa *drone*, que significa “zángano”, es empleado para referirse a todo vehículo áereo no tripulado (*Unmanned Aerial Vehicle*, UAV). En España, de acuerdo con el Real Decreto 601/2016, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, bajo este concepto cabe entender “todo vehículo aéreo propulsado que no lleva personal como operador a bordo”, resultando solo incluidos aquellos controlables en los tres ejes (de arriba a abajo, de izquierda a derecha y otra con la dirección proa-popa).²

Un dron, explica por su parte Del Barrio:

es un aparato pilotado por control remoto que puede volar por medio de un controlador de vuelo [...] También es conocido a nivel profesional por el nombre de RPAS, cuyas siglas en inglés *Remotely Piloted Aircraft System*, tienen como traducción el nombre de Sistema de Pilotaje de Aeronaves por Control Remoto. Por otra parte, se puede definir como un cuadricóptero con diferentes motores que por medio de propulsión e impulsión se mueve y vuela. Para que el aparato se mantenga estable respecto al eje, la mitad de sus hélices giran en un sentido y la otra mitad giran en sentido contrario.³

La clasificación de los drones depende de su peso, alcance, uso de tecnologías y, por supuesto, no se limita a los que utilizan hélices, pues los hay de uso militar cuyas características no son las que se pretenden regular o sancionar a través de las leyes penales.

En México, este tipo de artefactos y su uso están regulados por una norma denominada CO AV-2/10 R4 “Circular obligatoria que establece los requerimientos para operar un sistema de aeronave pilotada a distancia (RPAS)⁴ en el espacio aéreo mexicano”, emitida por la Dirección General de Aeronáutica Civil, lo que constituye una normatividad administrativa que no contempla el uso militar ni está elevada a rango de ley para tener mayor vigor y, en su caso, poder establecer alguna disposición penal para el caso de que se contemplara en ese grado el uso inadecuado del espacio aéreo. Así que esta regulación solo se limita a establecer la clasificación de acuerdo con el peso máximo de despegue, categoría y uso, primordialmente. De manera secundaria, establece una serie de obligaciones pormenorizadas para los pilotos de estos artefactos, tales como los límites de uso, la distancia que deben tener sobre una persona o grupo de personas, la velocidad máxima permitida y, de manera básica, el uso en la ciudad y las cercanías a los aeropuertos, así como a las instalaciones estratégicas del Estado mexicano.

También regula el tipo de permisos necesarios para hacer aerofotografía, aerotopografía y la necesaria autorización del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) para captar fotografías aéreas con cámaras métricas o de reconocimiento y otras imágenes por percepción remota. De igual modo, hace obligatorio el conocimiento y aplicación de procedimientos para evitar colisiones.

¹ La frase, original de John Godfrey Saxe, suele ser con frecuencia atribuida a Otto von Bismarck.

² Cfr. Castells I Márqués, Marina, “Drones Civiles”, en *Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, (Col. Derecho y TIC), Valencia, España, 2017, p. 73.

³ Barrio Tajadura, Raúl del, *Uso de drones en la inspección para la rehabilitación del patrimonio. Iglesia de la merced*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos. (Consultado el 30 de diciembre de 2018, 15:15 hs, en https://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjg LXHs8jfAhVQ6wKHdCnB4YQFjAHegQIABAC&url=http%3A%2F%2Friubu.ubu.es%2Fbitstream%2F10259%2F4804%2F1%2FBarrio_Tajadura.pdf&usq=AOvVaw0lctd17Hq69yy5VPLV0QvP).

⁴ Marina Castells refiere sobre las RPAS que “En la medida en que estas aeronaves tienen que ser necesariamente dirigidas por un piloto desde estaciones de control en tierra, se encuentran en la categoría de ‘Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS)’. La estación de control se integra por un elemento emisor/receptor de señal, a través del cual se envía a la información necesaria para el control de vuelo y la operación del resto de equipos que lleva instalados, a la vez que recibe datos procedentes de los sensores, los cuales permiten obtener los datos de telemetría; mediciones de altura y altitud, rumbo, actitud y posición (generalmente a través de un dispositivo GPS). También dispone de mandos de vuelo, los cuales permiten pilotar el aparato, a través de una serie de palancas y elementos de control.” Castells I Márqués, Marina, *op. cit.*, “Drones Civiles”..., p. 76.

2. El incremento en el uso de los drones

La versatilidad en el uso de estos artefactos es tal vez su principal atractivo, de modo tal que se prevé que para un futuro no lejano sean parte del ambiente cotidianando. El uso de los drones en el ámbito penal no solo se limita a regular su uso indebido, materia del presente artículo, también sirven para la investigación y combate al delito, como se ha podido constatar en el estado de Tabasco.⁵

⁵ “El dron de 12 millones de pesos adquirido por el gobierno de Arturo Núñez Jiménez en 2018, ahora será utilizado para la investigación en contra del **huachicoleo** en los municipios de **Cárdenas** y **Huimanguillo**, reveló el secretario de Seguridad Pública y Participación Ciudadana, **Jorge Alberto Aguirre Carbajal**.”

“El funcionario estatal precisó que de acuerdo con las cifras de la dependencia, el 80% de las ejecuciones que se han presentado en el estado están relacionadas con el tráfico de **drogas** y **combustible** y aún cuando se trata de delitos del fuero federal, la secretaria que encabeza trabaja de manera coordinada con las autoridades federales para inhibir y erradicar este tipo de prácticas.”

“Hay personajes que están disputando el control del huachicol y se está combatiendo en coordinación con la Secretaría de la Defensa Nacional”, indicó.

“En entrevista, **Aguirre Carbajal** aseguró que una de las herramientas que utilizarán para investigar e inhibir el llamado huachicoleo será el **dron**, el cual fue adquirido el año pasado; compra que generó polémica por el alto costo que tuvo para el estado y que además fue pagado con recursos de un préstamo de 700 millones de pesos autorizados por el Congreso Local para el reforzamiento del combate a la inseguridad.”

“**Aguirre Carbajal** detalló que la aeronave no tripulada está lista para operar y sólo hace falta su seguro de garantía; además ya se tiene la licencia de vuelo y se capacitó a las personas que lo van a operar, anunciando que en breve se pondrá a volar y para ello se trabajará en coordinación con la **Secretaría de la Marina y de la Defensa Nacional**.”

“Nosotros ya tenemos los operadores que están capacitados y que lo vamos a utilizar para investigación de **huachicoleo** que es importante, también servirá para ello. El **dron** se va a utilizar en parte de la **Chontalpa**, en la *Frontera Sur y lo que nos va a dar es objetivos específicos y es donde vamos a estar trabajando*”, aseveró.

“El último gran golpe que se dio al tráfico de combustible fue en las costas del **Puerto de Dos Bocas**, donde agentes federales decomisaron 840 mil litros de hidrocarburo, del cual todavía se realizan las investigaciones.”

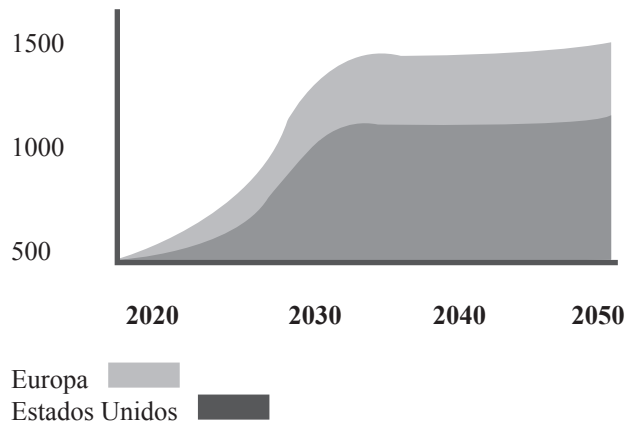
“Por su parte, la directora de **Estadísticas del Observatorio Ciudadano**, **Julia Arrivillaga**, aseguró que el combate al **huachicol** iniciado por el **Gobierno Federal**, ha generado el incremento de delitos como el homicidio y robo de vehículos.”

“Aunque no se tiene un estudio por parte de **Observatorio Ciudadano** en el que se pueda determinar qué impacto tiene en **Tabasco** el fenómeno del **huachicol**, precisó que existen datos que presentan que ante este delito surgen otros como consecuencia.”

“El homicidio creo que es de los mayores detonadores o fenómenos que tienen crecimiento en comunidades donde se da el huachicol; es como una raíz de muchos problemas, efectivamente homicidio es el de mayor impacto y robo de vehículo, y el robo con violencia. Es un problema en conjunto”, concluyó”. (consultado en <https://www.eluniversal.com.mx/estados/utilizan-dron-de-12-millones-de-pesos-para-combatir-huachicoleo-en-tabasco> el 11 de febrero de 2019, 22:50 hs.

En la próxima década, los drones (o aeronaves no tripuladas) serán parte del paisaje cotidiano. Sus aplicaciones tendrán un uso exponencial desde el ámbito comercial hasta lo militar. Así lo permite observar la siguiente gráfica:

Gráfica 1. Número de drones en uso (miles)



Fuente: Análisis BCG. Incluye uso de gobierno no militar, por ejemplo, vigilancia policiaca y marítima.⁶

Pero la multiplicación de estos artefactos en el aire tiene una clara relación con la responsabilidad de sus usuarios en distintos ámbitos del derecho. ¿Hasta dónde pueden ser utilizados y hasta dónde se debe normar su uso? ¿Es posible castigar el uso indebido, la puesta en peligro de los usuarios de los corredores aéreos, la secrecía de una investigación en curso o el ataque a la intimidad de las personas?

En el ámbito que rige el derecho penal existen, entre otros, tres problemas como punto de partida para sancionar el vuelo no autorizado de los denominados drones:

⁶ En Europa se calcula que para el 2050 esta industria va a generar 150 mil empleos y ganancias de 15 mil millones de euros al año. En Estados Unidos se prevé que para el 2025, pueden generarse más de 100,000 puestos de trabajo con un beneficio económico de más de 82 mil millones de dólares. (Consultado en <http://www.fo-roconsultivo.org.mx/INCYTU/documentos/expres/IE016-Us0%20de%20drones.pdf> el 11 de febrero de 2019).

Objetos en el cielo: los drones. La legislación penal mexicana y las aeronaves no tripuladas

- El vuelo de estos artefactos en los corredores destinados al despegue y aterrizaje de aeronaves comerciales y de carga. Son cada vez más frecuentes los casos de drones que sobrevuelan los corredores aéreos y, por tanto, resulta cada vez más urgente determinar el límite para su uso.^{7/8}

⁷ “Avión de Aeromexico impacta con dron en Tijuana). **La tripulación del Boeing 737-800 de Aeroméxico solicitó asistencia a la torre de control luego escuchar un ‘golpe muy fuerte’** Un Boeing 737-800 de Aeroméxico presuntamente se impactó contra un dron mientras se aproximaba al Aeropuerto Internacional General Abelardo L. Rodríguez, en Tijuana.

“El avión con matrícula **XA-ADV** despegó del Aeropuerto Internacional Don Miguel Hidalgo y Costilla en **Guadalajara** la mañana de este miércoles en dirección a Tijuana, donde aterrizó luego de alrededor de tres horas de vuelo.

“En fotografías difundidas en redes sociales se observan serios daños en el radomo, presuntamente causados por un **dron**.

“Según reportes, tras ser autorizado para aterrizar, la **tripulación** solicitó asistencia a la torre de control luego de escuchar un ‘golpe muy fuerte’.

“Hasta el momento ni Aeroméxico ni el **Grupo Aeroportuario del Pacífico (GAP)** han emitido información al respecto. Con información de Transponder 1200”. (Consultado en <https://lopezdoriga.com/nacional/avion-de-aeromexico-impacta-dron-en-tijuana/> el 15 de diciembre de 2018, 17:03).

8 “Cancelados todos los vuelos en Gatwick por la interferencia “deliberada” de varios drones. El Ejército envía un equipo al aeródromo para desactivar los aparatos. El incidente afecta a 100.000 pasajeros

“El caos que se vive en el segundo aeropuerto más activo de Reino Unido lleva visos de derivar en una crisis política. Más de 110.000 pasajeros han visto alterados sus planes prenavegación y los ministros responsables han sido acusados de reaccionar con lentitud y torpeza. El aeropuerto de Londres-Gatwick ha cerrado todas sus pistas de aterrizaje desde las 21.03 (hora local) del miércoles debido a la presencia de varios drones que sobrevuelan la zona y no está previsto que reanude sus actividades hasta este viernes. Poco después de las cuatro de la tarde de este jueves (hora local), un portavoz del Ejército ha anunciado el envío de un equipo de especialistas para interceptar los aparatos pero, por el momento, el aeródromo continúa cerrado. La policía de Sussex, condado en el que se enclava el aeropuerto, ha dicho que lo ocurrido no está relacionado con el terrorismo sino que era un ‘acto deliberado’ de interrupción del tráfico aéreo.

“Este jueves, durante 45 minutos, la pista central recuperó su operatividad, pero nuevos drones fueron detectados y volvió a clausurarse. Al menos 760 vuelos se han visto afectados. Desde primera hora de la mañana del jueves se mantienen cancelados los vuelos de entrada y salida a Reino Unido. Gatwick es el octavo aeródromo europeo por número de pasajeros y el segundo más importante de Reino Unido.

“Los vuelos que tenían previsto aterrizar en el aeropuerto londinense han sido desviados a otros aeropuertos británicos y a otras ciudades europeas como París y Ámsterdam. La cancelación ocurre en fechas cercanas a la Navidad, uno de los momentos con más actividad del año. Las autoridades están investigando a qué se debe la presencia de estos drones y, por el momento, no hay una estimación de la hora a la que podrán reanudarse las actividades. ‘Actualizaremos cuando tengamos la seguridad adecuada de que es apropiado

- El sobrevuelo en los lugares donde se lleve a cabo una inspección por parte de las autoridades encargadas de investigar delitos y delimitar la zona de los hechos donde se ha cometido un delito.
- El uso de estos dispositivos en áreas privadas, en las que se pudieran invadir la privacidad e intimidad de terceros. Esto, sin contar el riesgo que implicaría la caída de estos objetos sobre alguna persona o grupo de personas o que pudieran ser sujetos a un robo de señal y, por tanto, el usuario perdiera el control del artefacto.

3. ¿Puede ser delito sobrevolar un dron?

Como todo lo relativo al derecho penal, la capacidad de rebasar los límites permitidos por la norma depende en gran parte del conocimiento del sujeto que despliega la conducta, las circunstancias en que esta ocurre y la conciencia de estar actuando contra dere-

—reabrir la pista’, ha dicho el aeropuerto a través de Twitter.

“Algunos pasajeros han permanecido en su avión durante dos horas hasta poder despegar. Mientras, otros se quejaban de que su vuelo había sido desviado y de la falta de información. ‘Estuve atrapado durante más de una hora después de aterrizar en Luton, en lugar de hacerlo en Gatwick. La tripulación nos ha dicho que todos los aeropuertos al sur están a su máxima capacidad. No sé cómo vamos a llegar a casa. No hay información sobre futuros vuelos’, ha asegurado un usuario en la citada red social. Hasta dos mil pasajeros han tenido que pasar la noche en el aeropuerto.

“Decenas de oficiales de policía han rastreado la zona en busca de los responsables del manejo de los drones. Se ha llegado incluso a sugerir la utilización de francotiradores para abatir los aparatos, aunque se descartó anteriormente por el riesgo que suponía, es una de las opciones que la policía baraja continuamente.

“Las autoridades han advertido a los presuntos culpables de que se enfrentan a penas de prisión de hasta cinco años por quebrantar las leyes de aviación.

“La oposición laborista ha pedido medidas de emergencia en los aeropuertos londinenses durante las fechas navideñas. ‘Lo ocurrido en Gatwick reafirma la urgente necesidad de establecer reglas claras sobre el uso de drones cerca de los aeropuertos’, ha dicho Andy McDonald, el portavoz de Transportes del partido. ‘Hay una clara preocupación por el creciente número de ocasiones en que han estado a punto de chocar esos drones con aeronaves tripuladas, y el Gobierno ha sido muy lento en reaccionar’, ha afirmado.

“Se espera que casi tres millones de pasajeros pasen por Gatwick en el periodo navideño que va desde el 14 de diciembre al 7 de enero.

“El aumento de las colisiones entre drones y aviones comerciales ha provocado una creciente preocupación sobre la seguridad en el seno de la industria durante los últimos años. En Gran Bretaña, el número de accidentes por esta causa se triplicó con creces entre 2015 y 2017, con 92 incidentes registrados el año pasado, según las autoridades británicas”. (Consultado el 22 de diciembre de 2018, 18:52 hs, en https://elpais.com/internacional/2018/12/20/actualidad/1545274386_639692.html).

cho. Bajo estas premisas, volar un dron no constituye por sí mismo un delito, salvo cuando concurren circunstancias que, conociéndolas el sujeto activo, realiza una conducta, en principio peligrosa y potencialmente dañosa.

El reproche penal por el uso ilícito de un dron ya es una realidad en otras latitudes, así lo refiere Liliana Estrada Galindo:

En la mayoría de los casos, por ejemplo, en Francia, Polonia, EUA y Japón, se restringe el vuelo de RPAS sobre lugares densamente poblados o estratégicos, como son las instalaciones militares, aeropuertos o prisiones. Generalmente se requiere volar durante el día y en línea de visión (VLOS), aunque en la mayoría de los casos, como en el Reino Unido y Estados Unidos, se pueden hacer vuelos más allá de la línea de visión (BVLOS) con una autorización especial.

La altura máxima a la que se les permite volar está relativamente estandarizada, las más comunes son de 150 metros, como en Francia y Japón y 120 metros en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Estados Unidos.

En Francia la violación de la regulación puede implicar un año de prisión y una multa de hasta 80 mil dólares, mientras que en Japón las multas por incumplimiento de la regulación pueden ser de hasta aproximadamente 4,500 dólares.⁹

Lo cierto es que, antes de entrar al tema probatorio, el solo hecho de determinar una altura como referente para establecer una sanción importa claros retos periciales para el caso de que se actualice una conducta meramente peligrosa, por tal motivo, considero que es más viable la distancia horizontal con respecto a las áreas susceptibles de protección.

Durante la realización del proyecto del Código Penal Nacional para México, se observó este fenómeno y se discutió si debía tipificarse o no y se debatió sobre el alcance del tipo penal y su eventual eficacia ante los tribunales, en caso de ser plasmado en la norma penal.

Con este ejemplo de la electrónica en la vida cotidiana y la posibilidad de reprochar un uso indebido, quedó de manifiesto que el proyecto penal no era, por tanto, una mera actualización en teorías o conductas,

sino una puesta al día de las normas penales que, a su vez, debía tomar en cuenta las mejores prácticas internacionales tanto para la interpretación de la norma penal como para establecer las conductas que hoy en día tienen un significado por el uso de las nuevas tecnologías.

Las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, así como el creciente uso de las redes sociales inciden en la necesidad de crear nuevos tipos penales. Pero no siempre las propuestas fructifican. Del mismo modo en que llamó la atención tipificar el vuelo no autorizado de drones en corredores aéreos (y que en últimas fechas ha comenzado a resaltar su necesidad), no prosperó tipificar la geolocalización no consentida.

4. Delitos electrónicos

4.1. *Objetos en el cielo: los drones*

Con estos conceptos, ahora nos preguntamos: ¿en qué áreas inciden con más frecuencia las nuevas tecnologías?, ¿cuándo son tan solo medios y cuándo conductas autónomas?, ¿qué bienes jurídicos protegemos?, y lo más importante, ¿cómo los tipificamos?

Una de las novedades de la legislación penal mexicana es la relativa al uso ilícito de drones (sistema de aeronave pilotada a distancia) en espacio aéreo reservado para los corredores de aeronaves o helicópteros, cuyo sobrevuelo pudieran importar un peligro para la aeronavegación o la integridad de las propias aeronaves.

Pero el mal uso o el uso inadecuado de los drones va más allá de los corredores aeronavegables, también son utilizados para observar las diligencias periciales o policiales en los lugares donde se investiga algún delito o en espacios que afectan la intimidad de las personas. Cristina Blasi pone de relieve el tamaño del problema:

Existen ciertas cuestiones como los límites del alcance geográfico de los drones, los tipos y localización de las actividades de vigilancia, las restricciones en la retención de datos, las condiciones de orden judicial, y los límites de recogida e intercambio de datos, que se encuentran aún sin resolver y que plantean ciertos problemas en la práctica.

Los drones que existen actualmente aún no han in-

⁹ <http://www.foroconsultivo.org.mx/INCYTU/documentos/expres/IE016-Us0%20de%20drones.pdf> Consultado el 11 de febrero de 2019, 22:15 hs.

Objetos en el cielo: los drones. La legislación penal mexicana y las aeronaves no tripuladas

corporado medidas que salvaguarden el derecho de privacidad de los individuos, sin embargo ha quedado demostrado que en ocasiones se ha puesto en entredicho la intimidad de los mismos mediante el uso de drones.

Desde ya hace algunos años, ONGS como la American Civil Liberties Union vienen denunciando que los drones no deberían desplegarse indiscriminadamente a no ser que exista una razón de peso para recoger pruebas sobre un delito en concreto, y siempre que se haya pasado por un juicio de proporcionalidad por parte del gobierno en el que se ponderara la seguridad (objetivo buscado por los entes policiales) y la privacidad o intimidad de los individuos. Además también hay preocupación entre varios sectores defensores de la privacidad por la falta de regulación de funciones como el reconocimiento facial, la alta definición de las cámaras o el período que pueden estar los drones en el aire. Todo ello, considerando la rápida evolución de las tecnologías y con ello el mecanismo de los drones conlleva la necesidad de definir unos límites y un marco de actuación en el uso de éstos.¹⁰

¹⁰ La misma autora establece “En Estados Unidos se han publicado numerosos informes donde se analiza un posible conflicto del uso de drones con la cuarta enmienda de la constitución americana y el derecho a la privacidad. Según esta enmienda, los ciudadanos americanos tienen derecho a proteger su persona, domicilio, documentos y efectos ‘contra registros e incautaciones irrazonables’. Este artículo añade que el derecho a la privacidad no debe ser violado y que ninguna orden judicial por causa probable debe ser emitida sin un certificado previo que describa con detalle el lugar, los elementos y personas que deben ser registrados.

”Aunque en el uso de drones no se lleva a cabo ningún registro físico ni detención temporal de una persona, la cuarta enmienda podría ser de aplicación, lo cierto es que no existe aún jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU que analice los límites del uso de drones para el registro de personas, domicilios o documentos conforme a la cuarta enmienda. Sin embargo, algunas decisiones del tribunal podrían aplicarse de manera analógica a estos sistemas. La decisión más reciente es el caso Jones del año 2012, según la cual un GPS colocado bajo un coche de un sospechoso durante veintiocho días sin orden judicial previa fue considerado contrario a la cuarta enmienda. Aunque esta decisión no se refiera directamente a los drones, la sentencia incluía opiniones concurrentes en las que cinco miembros del tribunal proponían extender el alcance de la decisión al uso de vehículos aéreos no tripulados.

”Según algunos, si un dron policial obtuviese imágenes del patio, piscina o zonas exteriores de una casa sin orden judicial estaría vulnerando la cuarta enmienda por considerarse un registro de un domicilio. Sin embargo, este caso no es tan claro, tal y como se deriva de dos sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los que se determinó que el hecho de que aviones sobrevolaran una casa no se consideraba registro si se superaban los 120 metros de altura. Igualmente, teniendo en cuenta los casos de vigilancia aérea que han acabado al Tribunal Supremo de los EEUU, una orden judicial no será necesaria si el dron sobrevuela áreas

Pero no se trata solo de privacidad o intimidad. Los drones pueden vulnerar áreas restringidas y con ello podrían poner en peligro a los pasajeros y carga de los aviones o, en su caso, el buen curso y la secrecía de las investigaciones en el lugar de los hechos.

En el ámbito administrativo existe una norma que rige el uso de aeronaves no tripuladas;¹¹ sin embargo,

públicas durante un periodo de tiempo limitado.

”No obstante, la cuarta enmienda no es de aplicación para la drones que operan en territorio europeo. Como hemos dicho, dentro de la UE el uso de estos sistemas por parte de entes policiales se regula a nivel nacional, puesto que el derecho penal no entra dentro de las competencias cedidas a la Unión. No obstante, debido al secreto que existe en algunos cuerpos policiales, por motivos de seguridad, no se sabe con exactitud en qué situaciones se utilizan drones con fines de vigilancia y por tanto a menudo resulta complicado determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales.

”Así se ha planteado el debate sobre el uso de drones policiales en áreas públicas, por su potencial abuso. Por ello, algunos países como Reino Unido han publicado un Código de Buenas Prácticas donde se establecen las reglas básicas de uso de estos aparatos por parte de organismos públicos.

”[...] También en Reino Unido el Human Rights Act 1998 podría establecer ciertos límites en el uso de los drones. Sin embargo, dicha ley no es tenida en cuenta cuando estos sistemas de vigilancia vienen autorizados por el Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (en adelante, RIPA). Por todo ello, organizaciones como el Big Brother Watch denuncian que el marco legal para el uso de drones según RIPA es demasiado laxo y debería revisarse, ya que colisiona con el derecho de privacidad.

”A nivel europeo, la única ley común aplicable es el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, el artículo 8 establece que *‘toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia’*. En su apartado segundo, sin embargo, se puntualizan algunas excepciones en caso de que la medida sea necesaria para *‘la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás’*. Por ello, cualquier individuo que quisiera invocar el artículo 8 del CEDH por una supuesta vulneración de su privacidad debería agotar primero las instancias nacionales de su estado miembro, y sólo después podría admitirse una demanda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De momento, no ha llegado ningún caso de violación del derecho de privacidad por el uso de drones ante el TEDH”. (Consultado el 30 de diciembre de 2018, 14:52 hs, en <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/el-empleo-emergente-de-drones-con-fines-policiales-en-la-unión-europea-avances-y>).

¹¹ “La regulación europea actual la conforma la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, actualmente en proceso de revisión.

”Asimismo, en materia de drones ha de tenerse en cuenta la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

En un futuro próximo se espera la aprobación de la Propuesta

de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), cuyas normas serán de directa aplicación a la información personal procesada por los drones en todo el espacio de la Unión Europea.

”Como señalan su exposición de motivos y el considerando 5, y los drones no son ajenos a esta realidad sino que la abundan, *‘La rápida evolución tecnológica y la globalización han supuesto nuevos retos para la protección de los datos personales. Se ha incrementado de manera espectacular la magnitud del intercambio y la recogida de datos. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de desarrollar sus actividades. Los individuos difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y requiere que se facilite aún más la libre circulación de datos dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales’*.

”La integración progresiva de aeronaves no tripuladas en el espacio aéreo civil europeo y la aparición de numerosas aplicaciones de RPAS (que van desde el ocio, los servicios, la fotografía, la logística, la vigilancia de las infraestructuras, etc.) existe una verdadera necesidad de centrar jurídicamente los desafíos que un despliegue a gran escala de aeronaves no tripuladas y tecnología de sensores podría provocar para la intimidad y las libertades civiles y políticas, así como para evaluar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la protección de datos con un enfoque —insistimos— constructivo, abierto a la innovación y favorable a la aplicación en entornos jurídicos.

”Actualmente, puede ser de mucha utilidad conocer los criterios contenidos en la Opinión 01/2015 *on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of Drones*, dado que ofrecen recomendaciones prácticas de directa incidencia en el uso legal de drones. Centramos nuestro estudio en su análisis y añadiremos algunos aspectos o consideraciones fruto de nuestra experiencia jurídica y profesional en asuntos geoespaciales y tecnológicos.

B. Regulación en España

”En 2014 se aprobó el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

”La norma legal sale al paso de los avances científicos y técnicos que, en los últimos años, han contribuido al progreso de la aviación permitiendo la aparición de nuevos usuarios del espacio aéreo, concretamente de los drones, RPAS o UAVs. Se reconoce en la exposición de motivos del texto normativo que *‘estos avances tecnológicos han permitido, asimismo, una reducción considerable del coste de adquisición de este tipo de aeronaves, permitiendo una proliferación de su uso de manera casi indiscriminada con los consiguientes riesgos a la seguridad aérea que ello conlleva’*. Constata así tanto las ventajas como los posibles inconvenientes.

”Por ello, con el fin de garantizar una transición progresiva y un alto nivel de seguridad de la aviación civil, se afirma que *‘es necesario establecer el régimen jurídico específico aplicable a estas aeronaves y a las actividades aéreas desarrolladas por ellas. Estas medidas normativas deben reflejar el estado actual de la técnica, al mismo tiempo que recoger las necesidades de la industria del sector potenciando sus usos’*.

Este nuevo régimen jurídico, con rango de Ley, se establece en la Sección 6ª del Título II, sobre *Infraestructuras y transporte*, dentro de su Capítulo I, relativo a *Aviación civil*, bajo el precepto de *‘Operación de aeronaves civiles pilotadas por control remoto’* (art. 50).

su uso cada vez más frecuente, así como la irresponsabilidad de este, cuando no nos referimos a una cuestión deliberada, pone en claro riesgo a las aeronaves de transporte y carga cuando se cruzan en el espacio aéreo.¹²

”En resumen, esta disposición establece las condiciones de explotación de estas aeronaves para la realización de trabajos técnicos o científicos o, en los términos de la normativa de la Unión Europea, operaciones especializadas, así como para vuelos de prueba de producción y de mantenimiento, de demostración, para programas de investigación sobre la viabilidad de realizar determinada actividad con aeronaves civiles pilotadas por control remoto, de desarrollo de nuevos productos o para demostrar la seguridad de las operaciones específicas de trabajos técnicos o científicos, permitiendo, de esta forma, su inmediata aplicación.

”Esta normativa muestra los límites y obligaciones para el uso de aeronaves no tripuladas en España. Sólo se pueden realizar trabajos aéreos como actividades de investigación; observación y vigilancia de incendios forestales; publicidad aérea u operaciones de emergencia, búsqueda y salvamento.

”Todos los drones, como ahora propone el regulador europeo, tienen que llevar fijada en su estructura una placa de identificación en la que deberá constar la identificación de la aeronave —mediante la designación específica—, número de serie, nombre de la empresa operadora y los datos de contacto. Además, los drones deben contar con seguro de responsabilidad civil por posibles daños a terceros”. (consultado el 30 de diciembre de 2018, 14:39 hs, en <https://www.rpas-drones.com/uso-legal-de-drones-una-aproximacion-juridica-a-las-aeronaves-no-tripuladas/>)

¹² Al respecto, Efrén Díaz Díaz sugiere: “La reciente entrada en vigor de la regulación en España y la falta de normas armonizadas en la Unión Europea nos llevan a suscribir las recomendaciones y orientaciones que ha publicado el Grupo de Trabajo del Artículo 29, sin perjuicio de las interesantes experiencias que se van conociendo y que, sin duda, contribuirán a la mejora y legalidad en el uso civil de drones.

”Medidas previas al uso de drones

”Confirmar si la legislación nacional autoriza el uso de drones y verificar, en cada caso, la necesidad de autorización de las autoridades administrativas.

”En España, el artículo 50.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, determina a este efecto que *‘las aeronaves civiles pilotadas por control remoto cuya masa máxima al despegue exceda de 25 kg deben estar inscritas en el Registro de matrícula de aeronaves y disponer de certificado de aeronavegabilidad, quedando exentas del cumplimiento de tales requisitos las aeronaves civiles pilotadas por control remoto con una masa máxima al despegue igual o inferior’*.

”[...] Evaluar el impacto de protección de datos teniendo en cuenta la finalidad de las operaciones y el tipo de aviones no tripulados (dimensión, visibilidad, etc.) y las combinaciones específicas de la tecnología de detección de a bordo; identificar el fundamento jurídico más adecuado (consentimiento de los titulares de los datos, cumplimiento de un contrato, la obligación legal, legítimo interés, etc.) y la posible necesidad de notificar o consultar las Autoridades Nacionales de Protección de Datos competentes conforme a la ley nacional de protección de datos.

La Agencia Española de Protección de Datos ha publicado en 2014 la Guía para una Evaluación de Impacto en la Protección de Datos Personales (EIPD), y esta Autoridad Nacional de Control en su última Memoria de 2014 ha destacado que *‘En particular, la*

4.2. La legislación en México para combatir el delito electrónico

En las distintas latitudes de América Latina se han emitido cuerpos legales para combatir el fenómeno de la delincuencia informática y electrónica, pero poco se ha abonado en materia de drones ni las áreas que deben ser protegidas por un dispositivo penal. Así, también se han creado cuerpos especializados para la investigación y localización de los autores de tales delitos de las nuevas tecnologías, pero el caos en la legislación y las soluciones legislativas sin reflexión solo han permitido crear un espacio de impunidad en el medio. Es por tal motivo que, basándonos en las referencias internacionales, se propusieron algunos artículos que pudieran, si no colmar el tema, por lo menos abrir el debate a los expertos, para poder alcanzar con ello una propuesta legislativa sólida que atienda tanto los aspectos técnicos como los relativos a la protección penal de bienes valiosos afectados por estas nuevas tecnologías.

5. Conclusiones

- Tener en México la posibilidad de contar con una legislación penal homologada constituiría un logro por sí mismo.
- El proyecto de Código Penal nacional se realizó con las libertades con las que se cuentan en el ámbito académico y bajo la experiencia del foro, pero quedarán en la discusión algunos temas que reabasan al ámbito técnico.
- Es indudable la influencia de las nuevas tecnologías en nuestra cotidianidad y su afectación a la legislación penal.
- Por cuanto hace al vuelo no autorizado de un dron, resulta evidente la necesidad de elevar el castigo al orden federal e incorporarlo al catálogo punitivo. En ese tenor se ha propuesto la siguiente redacción:

Guía indica situaciones en las que sería recomendable llevar a cabo este análisis. Entre ellas se pueden resaltar aquellos proyectos en los que se vayan a utilizar tecnologías que se consideran especialmente invasivas de la privacidad, como la videovigilancia a gran escala, el uso de drones, la minería de datos, el tratamiento de datos biométricos o genéticos, o la geolocalización". Véase <https://www.rpas-drones.com/uso-legal-de-drones-una-aproximacion-juridica-a-las-aeronaves-no-tripuladas/> consultado el 30 de diciembre de 2018, 14:39 hs.

Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo o sobrevuelo no autorizado de drones o artefactos tecnológicos similares en espacio aéreo

Artículo xxx. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo o sobrevuelo no autorizado de drones o artefactos tecnológicos similares en espacio aéreo. A quien para la realización de actividades delictivas utilice o permita el uso de aeródromos, aeropuertos, helipuertos, pistas de aterrizaje o cualquiera otra instalación destinada al tránsito aéreo que sean de su propiedad o estén a su cargo y cuidado, se le impondrá prisión de dos o seis años y de cien a trescientos días multa y decomiso de los instrumentos, objetos o producto del delito, cualquiera que sea su naturaleza. Si dichas instalaciones son clandestinas, la pena se aumentará hasta en una mitad.

Las mismas penas se impondrán a quienes realicen vuelos clandestinos, o proporcionen los medios para facilitar el aterrizaje o despegue de aeronaves o den reabastecimiento o mantenimiento a las aeronaves utilizadas en dichas actividades.

Si las actividades delictivas a que se refiere el primer párrafo se relacionan con delitos contra la salud, las penas de prisión y de multa se duplicarán.

A quien construya, instale, acondicione o ponga en operación los inmuebles e instalaciones a que se refiere el párrafo primero, sin haber observado las normas de concesión, aviso o permiso contenidas en la legislación respectiva, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Artículo xxx. Invasión al espacio aéreo restringido. A quien utilice un sistema de aeronave pilotada a distancia, en los corredores aéreos de ascenso y descenso de aeronaves de transporte de pasajeros o militar, cerca de éstos o en los corredores aéreos de helicópteros, cerca o en el espacio destinado a aeropuertos, helipuertos y pistas aéreas de cualquier tipo, sin el permiso correspondiente, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Artículo xxx. Uso indebido de drones o artefactos tecnológicos similares en instalaciones estratégicas. A quien utilice un sistema de aeronave pilotada a distancia, cerca o en el espacio destinado a instalaciones consideradas estratégicas, militares, de policía, cuerpos de emergencia, instalaciones de telecomunicaciones, plantas eléctricas, hidroeléctricas, termoeléctricas, nucleoelectricas, presas, plantas de potabilización, puertos, refinerías, pozos petroleros, plataformas petroleras en alta mar, instalaciones y edificios de gobierno, palacios

municipales, palacios de gobierno del estado, casa del titular del ejecutivo federal o estatal, o en aquel lugar donde se estuviere llevando a cabo la inspección de un lugar por parte de las autoridades encargadas de la investigación de delitos o restringidos por dichas autoridades, sin el permiso correspondiente, se le impondrá de tres a seis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Las sanciones previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las medidas que disponga la Ley de Vías Generales de Comunicación y de las sanciones que correspondan, en su caso, por otros delitos cometidos.



El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

Alejandro Ochoa Figueroa

*Comisión Forestal del Estado de Michoacán
(México)*

RESUMEN: *El análisis del principio non bis in idem es imprescindible para el entendimiento de conexiones jurídicas trascendentes y con indudables repercusiones no solo teóricas, sino también prácticas en la potestad sancionadora de la administración y del derecho penal.*

PALABRAS CLAVE: *non bis in idem, potestad sancionadora, derecho administrativo, derecho penal.*

ABSTRACT: *The analysis of the non bis in idem principle is essential for the understanding of transcendental legal connections and with undoubted repercussions, not only theoretical, but also practical of the sanctioning authority of the administration and on the criminal law.*

KEY WORDS: *protected legal right, environment, anthropocentric, ecocentric, environmental offense, environmental offense.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Fundamentos jurídicos. 3. Vertientes del principio; 3.1. Double jeopardy. 4. La duplicidad de sanciones en diferentes formas; 4.1. La sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre; 4.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero; 5. Eficacia internacional. 6. Bibliografía.*

Rec: 13-12-2018 | Fav: 15-02-2019

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

1. Introducción

Antes de adentrarnos en su estudio, creemos pertinente apuntar lo que etimológicamente significa *non bis in idem*, así como el origen de la expresión. En algunas ocasiones el principio aparece como *ne bis in idem* y en otras como *non bis in idem*, por lo que debemos decir que la diferenciación del adverbio *ne* o *non* es, como sostiene López Barja de Quiroga, “una circunstancia surgida del cambio al estilo directo”,¹ de modo que el uso de la conjunción *ne* da inicio a una oración final negativa; su traducción sería “para que no” o “que no” dos veces en (o por) lo mismo, haciéndola una oración subordinada, por lo que si se pretende cambiar dicha oración por una principal, se debe convertir la conjunción en una simple negación, en *non* traduciéndolo por “no”, ya que si se parte de esta última conjunción, estaríamos diciendo “no dos veces en (o por) lo mismo”. Por lo anterior, lo aconsejable para su enunciación como principio es como *non bis in idem*.² No obstante, De León Villalba mantiene que el uso del aforismo *ne bis in idem* es el adecuado, sobre la base de que las primeras formulaciones del principio recogen *ne* en lugar de *non*.³ También cabe destacar que la formulación usada en diccionarios como el de Liebs es *ne bis in idem (crimen iudicetur)*, lo que se traduce como “que no se sentencie dos veces por un mismo delito”.⁴

La formulación latina del principio supone una abreviación de las máximas latinas “*bis de eadem re agere non licet*” y “*bis de eadem re ne sit actio*”,⁵

siendo las dos de origen civil, las cuales manifiestan la imposibilidad de actuar dos veces reclamando la misma cosa. No obstante, existe una teoría en la que se plantea que la expresión latina *bis in idem* parte de la griega *dis pros ton auton peri toon autoon*,⁶ por lo que varios autores consideran el punto de partida del principio en el derecho ático del siglo IV a.C.⁷

Realmente el origen del principio no está claro, pero ha sido ubicado por la mayoría de la doctrina dentro del derecho romano postclásico del siglo III d.C.,⁸ más concretamente en “las Sentencias de Paulo”,⁹ las cuales tuvieron gran influencia sobre la legislación de los reinos bárbaros, ya que se incorporaron varios pasajes al “Breviario de Alarico”:¹⁰ “*De his criminibus, de quibus quis absolutus est, ab eo*

repetere actionem era admitido (Berger, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Ed. The American Philosophical Society, Vol. 43, Parte 2, Reimpresión 1991, Philadelphia, 1953, p. 675).

⁶ Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2006, p. 26.

⁷ De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p.p. 48-50.

⁸ Aunque Trayter afirma que su origen se encuentra en el derecho romano clásico, dentro de la institución del “*iudicium legitimum*”, siendo este el único régimen procesal en donde la Sentencia era considerada como cosa juzgada, por lo que en la segunda etapa del procedimiento civil romano (procedimiento formulario), se localiza el principio *non bis in idem*, plasmado positivamente. Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p.p. 192-193.

⁹ Dicha obra está dividida en cinco libros, y es atribuida al jurista Julio Paulo con el título de *Sententiarum ad filium libri V*, o simplemente *Pauli Sententiae*. Se trata de una colección de máximas, las cuales manifiestan una serie de principio, reglas, definiciones jurídicas de carácter general y fue ampliamente usada por los abogados. Además, las Sentencias impulsaron la formación de varias legislaciones germano-romanas como el *Edictum Theodorici*. Adame Goddard, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”, en *Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas. Literatura histórico-jurídica mexicana*, Ed. IJ-UNAM, México, 1987, p.p. 7-9.

¹⁰ *Breviarium Alaricianum*: llamado así por el Rey visigodo Alarico, el Breviario también fue conocido como “*Lex romana visigothorum*”, la cual fue elaborada en el año 506, con el fin de atraer hacia el Rey a la población hispanorromana católica, para evitar alianzas con el Rey de los francos Clodoveo. Su contenido es principalmente constituciones imperiales “*leges*” promulgadas por los emperadores romanos, desde Adriano hasta Teodosio II, y en forma de anexo contiene obras jurisprudenciales como las Sentencias de Paulo y partes de las Instituciones de Gayo y Papiano (Adame Goddard, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”..., ob. cit., p.p. 9 y 14). Para la elaboración del Breviario, se intentó modernizar el *Codex Theodosianus*, seleccionando las constituciones que todavía pudieran estimarse como vigentes, incorporando normas de gran importancia como las *Novellae* posteodiosianas, así como extracciones de los Códices *Gregorianus* y *Hemogenianus*. Las Sentencias de Paulo se encuentran en el Breviario en forma de opiniones (Margadant, Guillermo Floris, *La segunda vida del Derecho romano*, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 78).

¹ López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

² *Ibidem*.

³ De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p.p. 35-37.

⁴ Véase López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 14.

⁵ Reglas o máximas jurídicas que expresan que el acreedor no puede pedir dos veces la misma cosa al deudor, “*bona fides non partitur ur bis idem exigatur*—No tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo”, (Gayo, 18 ed prov. D.50.17.57). (García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3ª ed., 4ª reimpresión, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 49). También existía la *repetere actionem*, para demandar una segunda vez por el mismo reclamo y dicha repetición generalmente estaba excluida de acuerdo con la regla *bis de eadem re ne sit actio*. El demandado podía oponerse a la demanda con la excepción *rei iudicatae*, cuando el asunto ya había sido finalizado mediante sentencia, o con la excepción *rei in iudicium deductae*, cuando la acción por la cual la demanda fue llevada a la corte, había alcanzado la *litis contestatio*. Solo cuando el primer juicio fuese interrumpido antes de la *litis contestatio*, el

qui accusauit refricari accusatio non potest”, “por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterar la acusación quien lo hubiese acusado” (Sentencias de Paulo 1,6b,1)¹¹. En el siglo IX los “Capitularios de Benedicto Levita” (*Capitularia Benedicti Levitae*) adoptan la frase usada en las mencionadas sentencias, modificándola muy poco: “por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterarse la acusación”. Ulteriormente, el principio fue adoptado por los canonistas del siglo XII y XIII, y abolido en el procedimiento inquisitorial, el cual buscaba la “verdad” material a toda costa, por lo que se adoptó la *absolutio ab instantia*, de modo que cualquier persona que hubiese sido absuelta por un tribunal, podía ser procesado de nuevo, si nuevos indicios de culpabilidad aparecieran.¹²

2. Fundamentos jurídicos

Podemos asegurar que el principio *non bis in idem* es de suma importancia para la comprensión de la armonización entre el derecho administrativo y el derecho penal, pero también debemos comprender lo que realmente significa dicho principio. Para ello, debemos afirmar que se trata de uno de los pilares básicos del Estado de derecho, que se encuentra en estrecha relación con el principio de legalidad (al que luego nos referiremos) y de tipicidad, y como afirma reiteradamente la SCJN en su jurisprudencia,¹³ donde

¹¹ VIB DE REIS INSTITVTIS: 1a. *Ab accusatione destitit qui cum aduclisario suo de compositione eius criminis quod intendebat fuerit locutus; 1b. Animo ab accusatione destitit, qui affectum et animum accusandi deposuit; 1c. Destitisse uidetur, qui intra prae-finitum accusationis a praeside tempus reum suurn non peregit; 1d. Nuntiatores, qui per notoriam indicia produnt, notoriis suis adistere iubentur; 1e. Calumniae causa puniuntur, qui in fraudem alicuiuslibrum uel testimonium aliudue quid conquisisse uel scripsisse uel in iudicium protulisse dicuntur; 1. De his criminibus, de quibus quis absolutus est, ab eo qui accusauit refricari accusatio non potest; 2. Filius accusatoris si hoc crimen, quod pater intendit, post liberatum reum persequi uelit, ab accusatione remouendus est; 3. Crimen, in quo alius destitit uel uictus discessit, alius obicere non prohibetur; 4. Delator non est, qui protegendae causae suae gratia aliquid ad fiscum nuntiat. KRUEGER, Paul, *Ulpiani liber singulares regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora*, Ed. Weidmannos, Berlin, 1878, p.p. 51-52.*

¹² Véase López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. p. 14-17.

¹³ Tesis 1a. CCXXVIII/2013 (10a.), Primera Sala, p. 563 de la GSJF, T. I, Décima Época, de julio de 2013; Tesis 1a./J. 97/2012 (10a.), Primera Sala, p. 551 de la GSJF, T.I, Décima Época, de enero de 2013; Tesis 1a. LXXXIV/2011, Primera Sala, p. 229 de la GSJF, T. XXXIII, Novena Época, de mayo de 2011; Tesis IV.2o.P.39 P, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 3194 de la GSJF, T. XXX, No-

insiste en que el principio *non bis in idem* se deduce tácitamente del artículo 23 de la CPEUM.¹⁴ También en reiteradas ocasiones, se ha planteado como uno de sus fundamentos el principio de proporcionalidad, “ya que de lo contrario, se produciría una evidente sobre-reacción”.¹⁵

En una primera aproximación, puede afirmarse que el *non bis in idem* es el principio por el cual se prohíbe castigar a un mismo sujeto dos o más veces por una misma infracción, o como señala Muñoz Clares, la imposibilidad de que “un solo acto humano dé lugar a dos consecuencias sancionadoras para su autor”.¹⁶ No obstante, para poder aplicar o reclamar la existencia del principio *non bis in idem* se necesita de una “triple identidad”:¹⁷

vena Época, de septiembre de 2009; Tesis 1a./J. 55/2007, Primera Sala, p. 78 de la GSJF, T. XXVI, Novena Época, de agosto de 2007; Tesis 1a. XCVII/2011, Primera Sala, p. 175 de la GSJF, T. XXXIII, Novena Época, de junio de 2011; Tesis I.1o.A.E.3.CS (10ª.), Tribunales Colegiados de Circuito, p. 2515 de la GSJF, T. III, Décima Época, abril de 2016; Tesis P. CLX/97, Pleno, p. 79 del GSJF, T. VI, Novena Época, de noviembre de 1997; Tesis XVI.1o.A.114 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, p. 2396 de la GSJF, T. IV, Décima Época, de noviembre de 2016; Tesis 1a. CCCXXII/2014 (10a.), Primera Sala, p. 585 de la GSJF, T. I, Décima Época, de septiembre de 2014, por mencionar algunas.

¹⁴ El Tribunal Constitucional español también se ha pronunciado sobre dicho principio: SSTC 2/1981, 30 de enero; 77/1983, de 3 de octubre; 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero; 66/1986, de 23 de mayo; 94/1986, de 8 de julio; 107/1989, de 8 de junio; 122/1990, de 2 de julio; 154/1990, de 15 de octubre; 150/1991, de 4 de julio; 234/1991, de 10 de diciembre; 152/1992, de 19 de octubre; 270/1994, de 17 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; 41/1997, de 10 de marzo; 221/1997, de 4 de diciembre; 222/1997, de 4 de diciembre; 177/1999, de 11 de octubre; 151/2001, de 2 de julio; 2/2003, de 16 de enero; 180/2004, de 2 de noviembre; 188/2005, de 7 de julio; 48/2007, de 12 de marzo; 23/2008, de 11 de febrero; 91/2008, de 21 de julio; 1/2009, de 12 de enero; 77/2010 de 19 de octubre; 126/2011, de 18 de julio, por mencionar algunas. Véanse, también, Gallardo Castillo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 289; Pérez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 19; Cubero Marcos, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley vasca de la potestad sancionadora*, Ed. IVAP, Oñate, 2010, p. 27; Alarcón Sotomayor, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p.p. 21-22; Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 102; García Albero, Ramón, “*Non bis in idem*”. *Material y concurso de Leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, p. 75.

¹⁵ Véase Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, Ed. Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2010, p.p. 205-206.

¹⁶ Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 25.

¹⁷ Pérez Nieto, Rafael/Baeza Díaz-Portales, Manuel José, *Principios del Derecho administrativo sancionador*, Vol. I, Ed. Consejo

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

que haya identidad de *sujeto*,¹⁸ *hecho*¹⁹ y *fundamento*²⁰ (*eadem persona, eadem res y eadem causa petendi*); si alguno de los tres requisitos no se encontrara el *non bis in idem* no puede ser invocado. Según algunos, se necesita otro requisito para poder recurrir al mencionado principio: la inexistencia de la “relación de especial sujeción” entre el sujeto y la administración en cuanto al hecho de que se trate; de lo contrario, las dos sanciones (penal y administrativa) podrían estar justificadas. Sin embargo, la tutela de los intereses públicos de la administración es abarcada por la estructuración de los ilícitos penales mediante las actuaciones de los funcionarios públicos, por lo que las réplicas penales afectan mediante penas principales y/o accesorias, a la relación que existe entre el condenado y la administración (inhabilitación, suspensión, etcétera).²¹

Además de las sentencias de la SCJN, en donde se ha venido insistiendo en la deducción de forma tácita del principio *non bis in idem* del artículo 23 del CPEUM, el mencionado principio se encuentra reco-

nocido por diversos textos legales tanto nacionales como estatales, tales como la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*,²² el Código Penal de Coahuila de Zaragoza (artículo 180);²³ el Código Penal para el Distrito Federal (artículo 122); el Código Penal del Estado de Chihuahua (artículo 122); el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango (artículo 132); el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (artículo 133); así como la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Coahuila de Zaragoza (artículo 20).²⁴

De igual forma, algunos tratados internacionales que ha signado México adoptan dicho principio, como el tratado de extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Belice;²⁵ el tratado de extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay,²⁶ así como el tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Venezuela sobre ejecución de sentencias penales.²⁷

general del poder judicial, Madrid, 2008, p. 151; Cano Campos, Tomás, “*Non bis in idem*. Prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 156, CEPC, 2001, p. 195.

¹⁸ Para declarar la identidad de sujeto, es necesario observar dos circunstancias incondicionales: por una parte, la precisión de los sujetos que participan en cualquier relación sancionadora; además de tener en cuenta los órdenes jurídicos que se encuentren implicados en la simultaneidad de sanciones o procedimientos. De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 458.

¹⁹ El hecho es el evento histórico que se expone ante un Tribunal para su conocimiento mediante la acusación. Atilio Falcone, Roberto, “Algunas notas sobre el objeto procesal penal y la prohibición del *ne bis in idem*”, en *Revista de Derecho penal*, núm. 16, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 13.

²⁰ Para que exista la identidad de fundamento debe encontrarse que las normas aplicables protegen el mismo bien jurídico, pues de lo contrario se originaría un concurso ideal de infracciones, dando lugar a varios castigos. Rebollo Puig, Manuel y Otros, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 367.

²¹ Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., pp. 35 y 36; Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Dir. Boix Reig, Javier/Bernardi, Alessandro, Ed. Lustel, Madrid, 2005, p. 75; Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 130. Para un estudio sobre la relación de sujeción especial, véanse Huerta Tocildo, Susana, “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002; Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit.

²² En su artículo 78, sobre la concurrencia de sanciones, donde señala: “Las sanciones por infracciones administrativas se impondrán sin perjuicio de las penas que correspondan a los delitos en que, en su caso incurran los infractores”.

²³ Los artículos posteriores de los otros ordenamientos son similares, por lo tanto, se omite su redacción, que señala: “Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta: I.- Dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término; II.- Una sentencia y un procedimiento distinto, se archivará o se sobreseerá de oficio el procedimiento distinto; o, III.- Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que corresponda al proceso que se inició en segundo término y se extinguirán sus efectos”.

²⁴ Ningún adolescente podrá ser juzgado más de una vez por la misma conducta. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales distinta de la que se persigue, deberá ser objeto de la integración de una investigación por separado, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

²⁵ Que en su artículo 6 sobre *non bis in idem*, señala que “No se concederá la extradición cuando el reclamado haya sido sometido a proceso o haya sido juzgado y condenado o absuelto por la parte requerida por el mismo delito en que se apoye la solicitud de extradición”.

²⁶ En el artículo sexto, sobre *non bis in idem*, establece “Tampoco procederá la extradición: 1. Cuando la persona reclamada haya sido sometida a un proceso judicial o haya sido juzgada y sentenciada definitivamente, o absuelta por la Parte Requerida por el mismo delito en que se apoye la solicitud de extradición. 2. En el caso de que la persona reclamada esté siendo procesada por la Parte Requerida por los mismos hechos o actos delictivos por los cuales se solicitó la extradición”.

²⁷ En el artículo VIII, *non bis in idem*, “Un reo entregado para la ejecución de una sentencia conforme al presente Tratado no podrá

3. Vertientes del principio

Al principio *non bis in idem* se le atribuyen dos vertientes: una material o sustantiva y una procesal o adjetiva.²⁸ Dicha bifurcación ha sido pobremente plasmada dentro de las sentencias de la SCJN, sin embargo, si podemos encontrar algunas pistas sobre su existencia.

En este sentido, la Tesis 1a. LXVI/2016 (10a.)²⁹ señala que:

Si bien las vertientes adjetiva-procesal y sustantiva del principio de prohibición de doble juzgamiento se refieren a que una persona no puede ser procesada ni sentenciada dos veces por los mismos hechos que constituyan la misma conducta tipificada como delito, y que esto puede ocurrir cuando esa conducta se prevea en ordenamientos legales de distintos fueros, a partir de los cuales se instruyen dos procesos al inculpado, la consecuencia posible a dicha afectación como medio de reparación constitucional es la anulación de uno de los procesos, pero no la absolución en ambos asuntos, ya que dicho proceder generaría impunidad, lo cual es incompatible con los propósitos garantistas del artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así pues, debemos señalar que la vertiente material del principio *non bis in idem* se caracteriza por detener cualquier posibilidad de que, por un mismo ilícito, se imponga doble sanción a un individuo, siempre y cuando concurren las “tres identidades” que forman su presupuesto de hecho: mismo sujeto, mismo hecho y mismo fundamento; de modo que la

ser detenido, procesado ni sentenciado en el Estado Receptor por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada”.

²⁸ Cfr. Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.p. 91-92; Gallardo Castillo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p. 295; Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 73; Mesequer Yebra, Joaquín, *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 13; Granados Pérez, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 983; Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 306.

²⁹ Primera Sala, p. 989 de la GSJF, T. I, Décima Época, de marzo de 2016.

vertiente material o sustantiva implica la imposibilidad de establecer un nuevo reproche punitivo cuando ya se haya agotado el contenido del injusto y la culpabilidad del hecho.³⁰ Es entonces, como lo expresan Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, “la prohibición de sancionar simultáneamente o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional”³¹ evitando así una reacción punitiva desproporcionada.

De manera que la vertiente material pone especial atención en el aspecto sustantivo, donde se asevera que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción, como ejemplo podemos señalar la Tesis 1a./J. 92/2009:³²

³⁰ Gallardo Castillo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p.p. 295-296; Lozano Suárez, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: Colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho penal*, N° 15, 2005, p. 59; García González, Javier, “La doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho: vigencia del principio *ne bis in idem*”, en *Revista General de Derecho*, N° 678-679, 2001, p. 1981; Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 205; García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 115; Pardo López, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia Constitucional”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 128; Santa Cecilia García, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013, p. 3688; Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 305; Serrano Tárrega, María Dolores/Serrano Maíllo, Alfonso/Vázquez González, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 111.

³¹ Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 205.

³² Primera Sala, p. 161 de la GSJF, T. XXX, Novena Época, de diciembre de 2009; también véase la Tesis 1a. LXV/2016 (10a.), Primera Sala, p. 988 de la GSJF, T. I, Décima Época, de marzo de 2016, que señala que “Conforme a la doctrina que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha elaborado del principio *non bis in idem* derivado del artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe el doble juzgamiento a una persona en sus vertientes sustantiva o adjetiva, se actualiza la transgresión a dicho principio cuando concurren tres presupuestos de identidad: a) en el sujeto, b) en el hecho; y, c) en el fundamento normativo. Respecto del último inciso, el fundamento jurídico que describe y sanciona la conducta atribuida al inculpado no debe estar necesariamente previsto en el mismo cuerpo normativo, pues puede ocurrir que se instruya otro proceso penal a una persona por los mismos hechos, pero previstos en una legislación diversa, correspondiente a otra entidad federativa o en distinto fuero, lo que es compatible con la interpretación que sobre ese principio ha rea-

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

...en el caso de que el sujeto activo del delito sea sorprendido vendiendo estupefacientes y además se le encuentre en posesión de una cantidad de éstos que rebasa la mínima para su consumo personal y que, por tanto, no hay duda de que su destino era el comercio, se actualizan la unidad de acción y de propósito delictivo, por lo que no pueden coexistir las modalidades de comercialización de narcóticos y de posesión con fines de comercio previstas en los artículos 194, fracción I, y 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, sino que debe tenerse por actualizada únicamente la de comercio y subsumida la conducta de posesión, pues al haberse concretado el fin principal del inculpado (el comercio de narcóticos), la modalidad de posesión para fines de comercio equivale a la tentativa del primero y, en consecuencia, no sería lógica la coexistencia de ambas modalidades si la segunda se consumió, ya que de lo contrario se violaría el principio de *non bis in idem* al sancionar doblemente la misma conducta.³³

lizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, en relación con el artículo 8, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta forma, los hechos atribuidos a una persona, materia de procesamiento o decisión definitiva (condena o absolución), no deben referirse exclusivamente a la misma denominación de delito previsto en un solo ordenamiento o en uno de distinto fuero, pues basta que se describa el mismo hecho punible para que exista transgresión al principio *non bis in idem*³⁴.

³³ La jurisprudencia española ha profundizado más en el tema, ya que dicho principio fue recogido por el TC, otorgándole valor constitucional y reconociendo ambas vertientes del principio. Un ejemplo de ello es la STC 2/1981, de 30 de enero (vertiente material) en la que se advierte que el mencionado principio requiere “que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”, F.J. 4º. Mediante dicha sentencia, se confirma el principio como un derecho fundamental de cualquier ciudadano para protegerse de la probable existencia de una dualidad de sanciones, de manera que el TC estableció que el principio que nos ocupa forma parte fundamental del Estado de derecho, ya que este no puede quedarse sin posibilidad de sujetarse al recurso de amparo, con lo que el TC buscó una forma mediante la cual podría reconocerlo como un derecho fundamental: si bien el *non bis in idem* “no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los Derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53.2 de la Constitución y art. 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional)”, ello no es motivo para que este no sea reconocido, ya “que como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”. Véanse,

Por otro lado, la vertiente procesal del principio *non bis in idem* prohíbe la existencia de dos procesos distintos por una misma ilegalidad, y como en la vertiente material, también tienen que coincidir las “tres identidades”: mismo sujeto, mismo hecho y mismo fundamento. Por lo tanto, en este aspecto del principio, lo que se busca prevenir es el doble enjuiciamiento por una misma conducta, ya que constituiría un efecto negativo de la cosa juzgada material.³⁴

La SCJN tampoco ha hecho una valoración tácita de la vertiente procesal del principio, pero si podemos encontrar que lo recoge dentro de su jurisprudencia como en la Tesis 1a. CI/2011,³⁵ en la que se advierte que el mencionado principio “se actualiza únicamente cuando el Estado *juza dos veces* a una persona con motivo de los mismos hechos delictivos”.³⁶

López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 35; Gallardo Castillo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p.p. 295-296; Queralt Jiménez, Joan J., *El principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p.p. 38-40; Alonso Mas, María José, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.p. 19-20; Pérez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p. 23.

³⁴ Cano Campos, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal...”, ob. cit., p. 198; Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p.p. 191-192 y 212; Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 203; Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje...*, ob. cit., p. 131; Serrano Tárraga, María Dolores/Serrano Maíllo, Alfonso/Vázquez González, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 111.

³⁵ Primera Sala, p. 169 de la GJSF, T. XXXIII, Novena Época, de junio de 2011.

³⁶ De igual forma, la jurisprudencia española se ha pronunciado con mayor profundidad al tema, siendo la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, el punto de partida para su estudio dentro de la doctrina constitucional. Dicha resolución también prohíbe la doble sanción —administrativa y penal— por los mismos hechos, pero una de sus grandes aportaciones fue el reafirmar el principio de subordinación, en el cual la actuación de la administración debe someterse a la jerarquía de los tribunales de justicia; de lo contrario, se llevaría a cabo un exceso de poder punitivo, el cual infringiría el artículo 25 constitucional, por lo que existe una primacía del proceso penal sobre el administrativo sancionador. La jerarquía que le otorga la STC 77/1983 a la autoridad judicial sobre las actuaciones de la administración, tiene como consecuencias las siguientes: a) el necesario control “*a posteriori*” por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada», conclusión retomada por la STC 2/2003. El respeto por la cosa juzgada, conlleva un efecto positivo y uno negativo (como lo estima la STC 77/1983): la primera valoración se da a

En este sentido, podemos afirmar que la dimensión procesal del principio detiene cualquier posibilidad de que se dé inicio a un nuevo proceso por los mismos hechos, existiendo ya un procedimiento por estos, ya sea finalizado mediante resolución firme (cosa juzgada o *res iudicata*), o iniciado (litispendencia).³⁷

En definitiva, en ambas vertientes lo que se busca es mantener una adecuada armonía entre los distintos órdenes sancionadores, evitando cualquier reacción excesiva por parte del ordenamiento jurídico y de quienes lo aplican, como se afirma en la Tesis I.1o.A.E.2 CS (10a.):³⁸

Dicho principio, consignado en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que ninguna persona puede *ser juzgada dos veces* por el mismo delito, y garantiza que no sea objeto de una *doble penalización*. Se trata de una garantía de seguridad jurídica puntualmente prevista para la materia penal, que resulta aplicable al derecho administrativo sancionador, considerando que, en sentido amplio, una sanción en esta materia guarda similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico. Sin embargo, de dicho principio no se advierte que pueda imponerse sólo una sanción en la resolución que establezca la responsabilidad administrativa de un sujeto, entendida como una consecuencia unitaria a la conducta reprochada, como puede ser, por ejemplo, una multa, la pérdida de la titularidad de ciertos bienes relacionados con la infracción administrativa, o las medidas correctivas y/o preventivas, pues lo que está prohibido es que una persona sea sometida más de una vez a procedimiento para determinar su responsabilidad, por la misma conducta, lo cual

consecuencia de que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y el segundo efecto porque determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Véanse, asimismo, Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 92; Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 203; Alarcón Sotomayor, Lucía, *La garantía non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 99-100; Garberí Llobregat, José/Buitrón Ramírez, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, Vol I, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.188.

³⁷ Bellido Penadés, Rafael, “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 263.

³⁸ Tribunales Colegiados de Circuito, p. 2516 de la GSF, T.III, Décima Época, de abril de 2016.

no puede entenderse en el sentido de que la imposición de alguna sanción impida que en la misma resolución se apliquen otras, previstas legalmente.

3.1. Double jeopardy

Cabe resaltar que la separación de las vertientes antes mencionadas no es considerada de esta manera por todos los ordenamientos, ya que países como Estados Unidos, y en varios otros con tradición jurídica de *common law*, no se contempla esta diferenciación, de modo que ellos utilizan lo que se conoce como el “*double jeopardy*”,³⁹ que mantiene una estrecha relación con la vertiente procesal, y encuentra su fundamentación en la prohibición del doble riesgo (*double jeopardy*).⁴⁰

Se trata, en este caso, de una defensa procesal que prohíbe el enjuiciamiento de una persona bajo los mismos cargos a partir de una sentencia, ya sea absoluta o condenatoria. En los países del *common law* es necesario que el acusado presente una declaración de “*autrefois acquit*” o “*autrefois convict*” (*autrefois* significa “anteriormente” en francés), lo que sería una declaración de que ha sido absuelto o condenado por el mismo delito.⁴¹

El *double jeopardy* se establece en Estados Unidos a partir de su Constitución, cuando este fue incluido en la Quinta Enmienda, el 15 de diciembre de 1791, cuatro años después de su adopción. Dicha enmienda recoge el principio, prohibiendo así un segundo procedimiento que provoque la doble sanción por un mismo hecho, deteniendo cualquier acción que conduzca al quebrantamiento del principio *double jeopardy*. El texto menciona lo siguiente: “...no se someterá a ninguna persona dos veces al riesgo de perder vida o miembro por el mismo delito...”⁴² Así, “Vida

³⁹ El mencionado término deriva de un término francés, “jeu parti”, significando este “juego dividido”, “alternancia”. Cuando se traduce al inglés, se adopta como “jupartí”, luego cambia a “jeopardie” y más tarde a su actual composición “jeopardy”. El término en inglés fue relacionado con el riesgo característico de los movimientos sucesivos y alternantes de los jugadores de ajedrez, extendiéndose más tarde como “riesgo”, “peligro”. Véase Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 54.

⁴⁰ “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo sancionador. Tomo I*, 2ª edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 310; Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 93.

⁴¹ De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 146.

⁴² El texto completo de la Quinta Enmienda “No person

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

o miembro - *Life or limb*”, dado que actualmente en la normativa estadounidense las penas contra la integridad física, como la tortura o descuartizar extremidades de los inculpados ya no existen, ahora se podría entender como “vida o libertad”.⁴³ El caso U.S. vs. Candelaria, 131, F. Supp. 797 (S.D. Cal. 1955), puede ser considerado como el fundamento actual del principio, pues menciona que, “una vez absuelto o condenado por un delito por su caso en particular, el acusado debe ser capaz de considerar el asunto cerrado y planificar su vida en adelante sin temor de una acción penal posterior y un posible encarcelamiento”.⁴⁴ En Estados Unidos, el uso del principio precisa de una acusación formal ante un tribunal competente y la legítima constitución del jurado. Posteriormente, el acusado podrá requerir una sentencia, lo que supondría un impedimento para un nuevo proceso por el mismo hecho, de modo que a partir de ese momento se considera que se encuentra en *jeopardy*, conteniendo la nueva persecución. La acusación formal tiene el nombre de “*plea of former jeopardy*”, y esta no solo evita la existencia de una nueva sentencia, sino que también detiene la posibilidad de un segundo procedimiento.⁴⁵

En la jurisprudencia mexicana podemos encontrar muy pocas referencias sobre el *double jeopardy* estadounidense, como en el resolutivo del Amparo Directo en Revisión 2104/2015, Primera Sala de la SCJN, de septiembre de 2015, en su Considerando Sexto, donde señala que “El Derecho Fundamental de Prohibi-

ción de Doble Juzgamiento (“*Double Jeopardy*” en el Derecho Anglosajón) también conocido bajo el apotegma latino “*ne bis in idem*” o “*non bis in idem*”, acorde con nuestra tradición romano-germánica, tiene como base el axioma de que el Estado no debe utilizar su poder represivo de manera abusiva”, en el mismo sentido el Amparo Directo en Revisión 1545/2013, Primera Sala de la SCJN, agosto de 2013, y el Amparo Directo en Revisión 3293/2013, Primera Sala de la SCJN, de febrero del 2012.⁴⁶

4. La duplicidad de sanciones en diferentes formas

Como hemos tenido ocasión de observar, el principio *non bis in idem* protege de la acumulación de castigos, pero cabe resaltar que dicho principio es más complejo de lo que se podría pensar, existiendo diferentes tipos de situaciones en la configuración de las sanciones y procedimientos. Por una parte, podemos encontrar con la simultaneidad de las sanciones o procedimientos penales y administrativos; además, puede existir la circunstancia en la que converjan dos sanciones o procedimientos penales; un tercer escenario sería cuando la sanción administrativa se imponga antes que la penal, no respetando así la prioridad de la jurisdicción de los tribunales. En cualquier caso,

shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. El 13 de junio de 1866 fue propuesta la Decimocuarta Enmienda, ratificada el 9 de julio de 1868, la cual vino a reforzar estos derechos en todos los estados la Unión Americana, con lo cual no se quedaron solo en el ámbito federal. Véase Sánchez Agesta, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Editora Nacional, Madrid, 1982, p. 85.

⁴³ Vives Antón, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 354.

⁴⁴ “Once acquitted or convicted of a crime for his particular transaction, a defendant should be able to consider the matter closed and plan his life ahead without the threat of subsequent prosecution and possible imprisonment”. De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 145.

⁴⁵ De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p.p. 145-146.

⁴⁶ La jurisprudencia española hace referencia sobre el *double jeopardy*, en la STC 41/1997, de 10 de marzo. En su F.J. 6, afirma: “la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales. Que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal («*double jeopardy*»). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión «contra reos»: evitar que el ciudadano sea «víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado», evitarle las «vejeciones» que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de «ciudadano de un pueblo libre». Dicha fundamentación fue utilizada por la STC 2/2003 en su F.J. 3 b), la cual agrega que “en aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en «*bis in idem*», hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en «*bis in idem*»”.

lo intrincado de los tipos de duplicidad puede ser resuelto mediante sentencias de la SCJN, sin embargo, muy poco han aportado a ambos casos, por lo que podemos poner como referencia las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español.

Para el primer escenario, en donde la sentencia penal fue la primera en recaer sobre el individuo, se presupone que dicho asunto no representaría mayor problema, ya que, dada esta situación, se debe evitar que recaiga la sanción administrativa, y aun si recayere, esta debe ser anulada por vía administrativa, o en su defecto en un juicio contencioso administrativo, ya que existe vulneración al ya reiterado principio *non bis in idem*.⁴⁷ El mencionado caso podemos ejemplificarlo con la ya analizada STC 2/1981, de 30 de enero, en donde la jurisdicción penal sanciona primero.

El segundo caso, en donde existe la dualidad de sanciones o procedimientos penales, lo podemos observar en sentencias de TC, tales como la anteriormente mencionada STC 154/1990, de 15 de octubre. En ella, el TC estimó la existencia de doble sanción a una persona en un mismo procedimiento penal. En este mismo sentido, se pronuncian las sentencias del TC, como la 66/1986, de 23 de mayo; 234/1991, de 10 de diciembre; 204/1996, de 16 de diciembre; 221/1997, de 4 de diciembre, entre otras.

Cuando nos encontramos bajo la circunstancia en que la prohibición del *bis in idem* recae en el supuesto en el que la sanción administrativa es la primera en condenar al sujeto, y posteriormente el juez penal también sanciona firme y ejecutoriamente, creando así un problema de competencia dentro de este contexto, la suposición más lógica sería la de anular la sanción administrativa (por ser dictada por órgano manifiestamente incompetente, artículo 62.1.b) de la LRJAP),⁴⁸ mediante sentencia, en donde además de anular la acción administrativa, se sancione penalmente por delito.⁴⁹ Pero la realidad es que, siguiendo la legislación española, existen dos opciones: por un lado, no sancionar, con lo que se cumpliría cabalmente

te el principio que nos ocupa, pero de ser así, la competencia preferencial del ámbito penal se estaría desconociendo. La otra opción es condenar con base en la competencia, lo cual conllevaría la vulneración del principio. Para esta circunstancia, el TC ha ofrecido soluciones, por lo que comentaremos dos sentencias de especial relevancia.⁵⁰

4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre

Esta sentencia, muy importante, se vio inmersa en dar una solución a la problemática creada a partir de la condena impuesta por los órganos judiciales penales, aún y cuando una sanción administrativa ya había sido impuesta, con lo que se trataba de dar solución a la problemática de la concurrencia de sanciones administrativas-penales sobre un mismo hecho. Dado que el ordenamiento español no contaba con una solución apropiada, hasta que el TC dictó la Sentencia 177/1999, no se expuso de forma clara.⁵¹

Las circunstancias que llevaron a la interposición del recurso de amparo fue que la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña sancionó a la empresa Industria de Recubrimiento de Metales L., SA con una multa de un millón de pesetas, requiriéndole para que instalase una depuradora y llevase a cabo un plan de descontaminación gradual. En la resolución se estima que la empresa carecía de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes y que los realizados superaban los límites máximos autorizados por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 (LA), el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 (RDPH), y la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 de mayo de 1988 (OMOP), sobre calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable. La sanción no fue recurrida por la empresa, por lo que devino firme, y la multa fue abonada.

Una vez purgada la sanción, la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña remitió un oficio al jefe de la Sección de Policía Judicial de la 411 Comandancia de la Guardia Civil, en el que comunicaba la im-

⁴⁷ “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 339.

⁴⁸ Art. 62.1.b) de la LRJAP, “Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”.

⁴⁹ Para los casos en que la sanción administrativa hubiese sido cumplida, podría solucionarse bien compensándola en lo posible con la pena, o bien reconociendo una indemnización al interesado.

⁵⁰ “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 339-340.

⁵¹ “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 340. También, véase Pardo López, María Magnolia “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 132.

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

sición de la multa y, al mismo tiempo, ponía en su conocimiento los hechos constatados, por si pudieran ser constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 347 bis del Código Penal. La Guardia Civil remitió al fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y la Fiscalía interpuso querrela contra directivos de la empresa, por delito contra el medioambiente.

Cabe señalar que en el acto del juicio oral, celebrado ante el juez de lo penal núm. 22 de Barcelona, la representación del recurrente planteó, como cuestión previa a resolver en la audiencia preliminar, la vulneración del principio *ne bis in idem* (artículo 25.1 CE), por haber sido sancionado previamente en la vía administrativa por los mismos hechos, pretensión que fue rechazada por el juez quien ordenó la continuación del juicio. Por sentencia, el juzgado condenó al recurrente, en su condición de consejero delegado y director de la empresa, como autor de un delito contra la salud pública y el medioambiente del artículo 347 bis del Código penal, Texto Refundido de 1973, a las penas de dos meses de arresto mayor, accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales.⁵² No obstante, en dicha condena el juzgado creyó pertinente, para evitar la especulación de la imposición de la doble sanción, descontar el pago de la multa penal, ya que esta había sido satisfecha por vía administrativa.

A pesar de que en la sentencia penal se tuvo en cuenta la previa sanción administrativa, de manera in-

sólita el TC dio prioridad al ámbito administrativo sobre la jurisdicción penal, ya que consideró pertinente anular dicha sentencia, dando lugar a una vulneración sobre el carácter preferencial de la potestad penal. El TC alegó que dicha prevalencia de la jurisdicción penal no es más que “una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”, dando así preferencia a una sanción administrativa sobre la penal.

Además, el Constitucional estimó el incumplimiento por parte de la administración de su responsabilidad como un órgano secundario, suspendiendo el procedimiento administrativo:

...producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al <<*ne bis in idem*>> del sujeto infractor (art. 25.1 CE), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo.

Cabe resaltar que en sus consideraciones también manifiesta que no se trata de un conflicto entre órganos —administración/penal— lo cual se resolvería mediante criterios de prelación, sino que se trata de improcedencia de condena penal, ya que la administración había ya sancionado y ejecutado, por lo que se produjo un doble resultado afflictivo.⁵³

⁵² En la declaración de hechos probados se hace constar, en síntesis, que en una toma de muestras realizada el 7 de febrero de 1990 en las aguas residuales que la empresa IRM L., SA vertía directamente a la red de alcantarillado y de ahí a la cuenca del río Congost, se comprobó que las aguas residuales contenían un elevado porcentaje de sustancias contaminantes nocivas para la salud (en especial, cianuros y níquel), que sobrepasaban ampliamente los límites de contaminación establecidos en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 y en la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1988 sobre la calidad de las aguas superficiales. En el Fundamento de Derecho primero, el Juzgado rechazó la queja formulada por la defensa del recurrente, relativa a la infracción del principio de legalidad, en su vertiente de prohibición del *ne bis in idem*, con base en la preferencia de la actuación jurisdiccional respecto de la administrativa, pues, aun reconociendo que existía dualidad de procedimientos sancionadores, gubernativo y penal, por los mismos hechos, la no paralización por la administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional.

⁵³ Véanse Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 160-168; “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 340-341; Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 210-216; Alonso Mas, María José, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., p.p. 53-65; García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p.p. 119-121; Sánchez Gascón, Alonso, *Duplicidad de sanciones. “non bis in idem”*, Ed. Exlibris, Madrid, 2004, p.p. 29-40; Cubero Marcos, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 105-108; Rebollo Puig, Manuel y otros, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 410-411; Navarro Cardoso, Fernando, “El principio *ne bis in idem* a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: Exposición y crítica”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p.p. 1217-1230; López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 43-44; Pérez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p.p. 36-37; Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje...*, ob. cit., p.p. 133-135; López Barja de Quiroga, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en ámbito de la protección del medio ambiente” en *Problemas deri-*

4.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero

La STC 2/2003, de 16 de enero, es otra importante resolución sobre el *non bis in idem*,⁵⁴ la cual viene a ser la corrección de lo que ya había asentado el Constitucional como doctrina por la STC 177/1999, siendo en el Pleno del Tribunal en donde se decidió valorar el caso y, con ello, enmendar lo hecho por la anterior sentencia.⁵⁵

Se trató de un asunto con bastante similitud, en donde la sanción recayó primero por el ilícito administrativo, por incumplimiento del Reglamento General de Circulación, en su artículo 20.1, al conducir un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,4 mg por litro, por lo que se impuso una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses. Sin embargo, con antelación, ya se había iniciado un proceso penal por los mismos hechos, el cual terminó con una resolución por un delito contra la seguridad del tráfico. No obstante, la sentencia de apelación ordena que se descuente la multa ya abonada, así como la disminución de la privación del carné de conducir. Uno de los problemas manifiestos que presentó este caso es que se dictó la sanción administrativa, cuando un procedimiento penal se encontraba abierto, de modo que el Ministerio Fiscal desapruueba que se conceda el amparo, alegando que “el demandante de amparo no ha invocado la vulneración del derecho fundamental con la prontitud requerida por el art. 44.1.c LOTC”⁵⁶ en aplicación de la doctrina contenida en la STC 152/2001, de 2 de julio:

vados de la delincuencia medioambiental, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p.p. 53-54; Matellanes Rodríguez, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 111; Serrano Tárrega, María Dolores/Serrano Maíllo, Alfonso/Vázquez González, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 117-120.

⁵⁴ Pardo López, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 140; Granados Pérez, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad...” ob. cit., p. 985.

⁵⁵ **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**, LOTC, en su artículo 13, “Cuando una sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del pleno”.

⁵⁶ Art. 44 LOTC, Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: ...C. Que se haya denunciado formalmente en el

...el recurrente, que conocía la dualidad de procedimientos desde su inicio, silenció dicha circunstancia en el procedimiento penal hasta que la sanción administrativa fue firme; de modo que cuando lo alegó en el procedimiento penal, el órgano judicial ya no podía reparar la lesión poniendo en conocimiento de la Administración la dualidad de procedimientos sancionadores a efectos de su paralización, conforme determina el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RCL 1993, 2402), que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

No obstante, “el procedimiento penal se sustanció sin que el acusado notificara a los órganos judiciales la existencia del expediente administrativo o su resolución hasta el juicio oral, donde planteó la excepción de cosa juzgada como cuestión previa”.

Pero más allá de si el ciudadano expuso la duplicidad de procesos o no, el TC considera la inexistencia de vulneración del *bis in idem*, ya que, según dicho Tribunal, el órgano judicial penal estimó deducir de la pena la sanción administrativa, con la intención de que no existiera un exceso punitivo. A ello añade que “no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción”, ya que la sanción administrativa fue absorbida por la pena. También señala que:

...una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en «*bis in idem*» sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –*bis*– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 177) (F. 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso

proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

El principio “*non bis in idem*” y su repercusión sobre el ilícito penal y el ilícito administrativo

no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.

Se revoca de esta manera la doctrina constitucional anterior (STC 177/1999 y STC 152/2001), determinando el momento procesal oportuno y concluyendo que, si se da la sanción administrativa en primer lugar, esta no puede ser motivo para que una acción penal no recaiga sobre un individuo, siempre y cuando se descuente el importe administrativo; no obstante, también determina la competencia exclusiva de la “jurisdicción penal para sancionar⁵⁷” en estos casos de concurrencia.⁵⁸

⁵⁷ El reconocimiento de la subordinación administrativa sobre el proceso penal también es incluida por la jurisprudencia que emite el Tribunal Supremo, como lo considera la STS de 19 de mayo 2003, RJ 2003/9109: “Será, pues, preciso conocer los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionador y aquellos por los que se esté tramitando un proceso penal —ya sean aparentemente constitutivos de delito o falta— para apreciar si se da esa racional imposibilidad de separación que el legislador ha establecido para garantizar la prioridad del orden jurisdiccional penal sobre todos los demás. Prioridad por medio de la cual se asegura que la Administración respete los hechos que la resolución judicial firme considere probados y se evita cualquier riesgo de eventuales contradicciones. Prioridad también que garantiza al propio tiempo la no vulneración del principio «*non bis in idem*»”; además agrega que “... en lo que constituyen consecuencias objetivas del principio *non bis in idem*, tendentes a evitar que la actuación sancionatoria administrativa pueda pronunciarse antes que la jurisdicción penal sobre los mismos hechos, pudiendo ocasionar eventuales contradicciones o incluso actuaciones administrativas que interfieran o dificulten la finalidad del proceso penal”. Lo anterior citado también por las SSTs de 10 de febrero de 2004, RJ 2004/1918, y de 22 de julio de 2008, RJ 2008/4440 (“Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 339). La duplicidad de sanciones y de enjuiciamientos debe ser resuelta mediante la preferencia o prevalencia del orden jurisdiccional penal. Sin embargo, como afirma Nieto García, dicha primacía “carece de razón de ser cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, porque en la actualidad forma parte de la Jurisdicción ordinaria o Poder Judicial en sentido propio”, pues se considera que sus resoluciones han sido emitidas por un Órgano Judicial y no por la Administración (Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 486).

⁵⁸ Véanse “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 341-342; Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 175-188; López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 67-80; López Barja de Quiroga, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora...”, ob. cit., p.p. 62-63; Sánchez Gascón, Alonso,

5. Eficacia internacional

El principio que nos ocupa ha tenido a través de los años una gran relevancia y no solo en el derecho mexicano, sino también en la legislación y doctrina internacional.⁵⁹ No obstante, existe poco reconocimiento de las sentencias extranjeras en materia penal, ya que sin un acuerdo base, se les considera de poca o nula validez por cualquier sistema jurídico nacional, argumentando un ataque a su soberanía mediante la injerencia de su *ius puniendi* y el ejercicio del mismo, y complicando con ello la condición de cosa juzgada o *res judicata* de las resoluciones penales extranjeras, lo cual puede conllevar el enjuiciamiento múltiple. Hasta el momento, no existe una normativa de vinculación internacional que estipule el *non bis in idem* entre Estados, pues dicho principio solo es contemplado en tratados de derechos humanos o en tratados tanto bilaterales como multilaterales sobre cooperación judicial en materia penal.⁶⁰

En el marco internacional, el principio *non bis in idem* fue adoptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966, dentro de su artículo 14.7, que señala que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”, siendo asumido por el Ordenamiento mexicano mediante el artículo 1º de la CPEUM,⁶¹ el cual da reconocimiento a los Tratados y Acuerdos internacionales.⁶²

Duplicidad de sanciones..., ob. cit., p.p. 41-67; Cubero Marcos, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 108-112; Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p.p. 308-309; Matellanes Rodríguez, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 112; Serrano Tárraga, María Dolores/Serrano Maíllo, Alfonso/Vázquez González, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 121-124.

⁵⁹ Pérez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p.p. 43-53.

⁶⁰ Vervaele, John, “El principio *non bis in idem* en Europa”, en *La orden de detención y entrega Europea*, Dir. Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p.p. 230-231.

⁶¹ El art. 1º CPEUM establece que “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 podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

⁶² Van Bockel, Bas, *The ne bis in idem principle in EU law*, Ed. Wolters Kluwer, Geat Britain, 2010, p.p. 10-13; López Barja

También, dicho principio se encuentra establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de noviembre de 1969, dentro de su artículo 8 sobre Garantías Judiciales en su numeral 4, señala que “El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.⁶³

De igual forma, en el ámbito europeo encontramos normas que acogen al *non bis in idem*, como el Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁴, el cual en su artículo 4.1 expresa que “nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento de ese Estado”.⁶⁵ Lo previsto por el artículo 4 viene a fortalecer lo establecido por los Estados miembros en sus normativas internas, más no es una disposición que busque la vinculación entre los países europeos, por lo que no se impide el doble enjuiciamiento o doble sanción por distintos Estados.⁶⁶

El principio *non bis in idem* puede ser considerado de forma vertical u horizontal: el primero tiene un alcance interno y con fundamentos constitucionales y disposiciones internacionales, como en el PIDCP y el CEDH; en la segunda forma, el alcance es de ámbito internacional y transnacional. Sin embargo, como hemos señalado, no existe normativa alguna que imponga el *non bis in idem* de manera internacional, por lo que la prohibición del *bis in idem* en el ámbito europeo se realizaba a través del Convenio de Aplicación

del Acuerdo de Schengen (CAAS) de 19 de junio de 1990. El CAAS emplea el capítulo tercero para su desarrollo, el cual es titulado “aplicación del principio *non bis in idem*”, abarcando del artículo 54 al 58.⁶⁷

Junto con las normas mencionadas, tenemos que considerar a una de las normativas más importantes (posiblemente la más): la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) de 7 de diciembre de 2000, que en su artículo 50 establece que “nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley”. En principio, la Carta no poseía naturaleza vinculante, pero es el Tratado de la Unión Europea (TUE), hecho en Lisboa en octubre de 2007, quien da carácter vinculante a la carta, dado que en su artículo 6 señala que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDF, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Como consecuencia de ello, se elevó de rango a la CDF, de modo que se ratifica como una norma europea del principio *non bis in idem*.⁶⁸

Cabe resaltar que antes de que el CDF fuese convertido en tratado y considerado como una normativa europea vinculante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó los derechos considerables como principios de derecho comunitario, delineando los presupuestos, contenido y límites del *non bis in idem* en la Unión, mediante sus sentencias y apoyándose en la normativa existente hasta entonces, esto es, la CAAS.⁶⁹

de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 19.

⁶³ Véase, página web: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁶⁴ España firmó este protocolo el 23 de noviembre de 1984, mas no lo ha ratificado, por lo que no forma parte del ordenamiento español.

⁶⁵ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias se ha manifestado sobre el *non bis in idem*, como en el caso Gradinger contra Austria, STEDH, 23-10-95; caso Oliveira contra Suiza, STEDH, 30-7-98; caso Franz Fischer contra Austria, STEDH, 29-5-2001; caso W. F. contra Austria, STEDH, 30-5-2002; caso Sailer contra Austria, STEDH, 6-6-2002; entre otras. López Barja de Quiroga, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora...”, ob. cit., p. 48.

⁶⁶ De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50 CDF). La regla *non bis in idem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p.p. 169-170.

⁶⁷ Véanse, también, Sanz Hermida, Ágata M^a, “Sobre la delimitación de «los mismos hechos» en la aplicación transnacional de la prohibición del «bis in idem» regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 245-246; López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 19.

⁶⁸ De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado...”, ob. cit., p. 170.

⁶⁹ Podemos resaltar sentencias del TJUE como el “Asunto Gözütok y Brüggge, Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno), de 11 de febrero de 2003”; “Asunto Miraglia, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 10 de marzo de 2005”; “Asunto Van Esbroeck, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 9 de marzo de 2006”; “Asunto Van Straaten, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2006”; “Asunto Gasparini y Otros, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2006”; “Asunto Kretzinger, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 18 de julio de 2007”; “Asunto Kraaijenbrink, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Se-

6. Bibliografía

- “Abogacía General del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo sancionador. Tomo I*, 2ª edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- Adame Goddard, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”, en *Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas. Literatura histórico-jurídica mexicana*, Ed. IJ-UNAM, México, 1987.
- Alarcón Sotomayor, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- Alonso Mas, María José, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Atilio Falcone, Roberto, “Algunas notas sobre el objeto procesal penal y la prohibición del *ne bis in idem*”, en *Revista de Derecho penal*, núm 16, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.
- Bellido Penadés, Rafael, “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- Berger, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Ed. The American Philosophical Society, Vol. 43, Parte 2, Reimpresión 1991, Philadelphia, 1953.
- Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Dir. Boix Reig, Javier/Bernardi, Alessandro, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- Boix Reig, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005.
- Cano Campos, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, CEPC, Madrid, 2001.
- Cedeño Hernán, Mariana/Aguilera Morales, Marien, “El principio *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cubero Marcos, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley vasca de la potestad sancionadora*, Ed. IVAP, Oñate, 2010.
- De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50 CDF). La regla *non bis in idem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- Gallardo Castillo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- Garberí Llobregat, José/Buitrón Ramírez, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, Vol I, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- García Alberó, Ramón, “*Non bis in idem*”. *Material y concurso de Leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.
- García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, 3ª edición, 4ª reimpresión, Madrid, 2006.
- García González, Javier, “La doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho: vigencia del principio *ne bis in idem*”, en *Revista General de Derecho*, núm. 678-679, 2001.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- Gómez Tomillo, Manuel/Sanz Rubiales, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, Ed. Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2010.

gunda, de 18 de julio de 2007”, entre otras. Cedeño Hernán, Mariana/Aguilera Morales, Marien, “El principio *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p.p. 188-241.

- Granados Pérez, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Huerta Tocildo, Susana, “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- Krueger, Paul, *Ulpiani liber singulares regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minor*, Ed. Weidmannos, Berlin, 1878.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en ámbito de la protección del medio ambiente” en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- Lozano Suárez, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: Colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho penal*, núm. 15, 2005.
- Margadant, Guillermo Floris, *La segunda vida del Derecho romano*, Ed. Porrúa, México, 1986.
- Matellanes Rodríguez, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- Meseguer Yebra, Joaquín, *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- Muñoz Clares, José, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2006.
- Navarro Cardoso, Fernando, “El principio *ne bis in idem* a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: Exposición y crítica”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.
- Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4º edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- Pardo López, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia Constitucional”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- Pérez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Pérez Nieto, Rafael/Baeza Díaz-Portales, Manuel José, *Principios del Derecho administrativo sancionador*, Vol. I, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2008.
- Queralt, Joan J., *El principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- Rebollo Puig, Manuel y Otros, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.
- Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- Sánchez Agesta, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Editora Nacional, Madrid, 1982.
- Sánchez Gascón, Alonso, *Duplicidad de sanciones. “non bis in idem”*, Ed. Exlibris, Madrid, 2004.
- Santa Cecilia García, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013.
- Sanz Hermida, Ágata Ma., “Sobre la delimitación de «los mismos hechos» en la aplicación transnacional de la prohibición del «bis in idem» regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- Trayter Jimenez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- Van Bockel, Bas, *The ne bis in idem principle in EU law*, Ed. Wolters Kluwer, Geat Britain, 2010.
- Vervaele, John, “El principio *non bis in idem* en Europa”, en *La orden de detención y entrega Europea*, Dir. Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- Vives Antón, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas*

José Manuel Paredes Castañón *Universidad de Oviedo*

RESUMEN: Frente a las explicaciones que interpretan que la política criminal está dominada en las sociedades de masas por el poder de la opinión pública, se propone una explicación mucho más matizada y multicausal del rol que cumplen los medios de comunicación en los debates político-criminales. Se examinan los diferentes factores que determinan su nivel de influencia, según los casos. Y se concluye que, en realidad, a corto plazo los medios de comunicación únicamente influyen sobre las decisiones políticas en materia penal cuando establecen alianzas con determinados grupos de presión, lo cual no es ni frecuente ni estable. No obstante, incluso cuando no se producen situaciones de esta índole, los medios siguen teniendo una influencia importante a la hora de acotar el ámbito de lo que parece decible o imaginable como argumento o como propuesta en los debates. Se concluye, por ello, que es preciso prestar atención a los problemas del acceso a los medios, de la formación y la ética periodística y de las estrategias de comunicación de los movimientos críticos con el punitivismo.

PALABRAS CLAVE: populismo punitivo, opinión pública, grupos de presión, medios de comunicación, proceso legislativo.

ABSTRACT: Against explanations that interpret that no penal policy is dominated by the power of public opinion, it is proposed a multi-causal explanation of the role played by the media in penal debates. The different factors that determine their level of influence are examined. And it is concluded that, in the short term, the media only influence political decisions in criminal matters when they establish alliances with certain lobbies. This situation is neither frequent nor stable. However, even when such situations do not occur, the media continues to have an important role, when delimiting the scope of what seems to be possible to say or to defend, as an argument or as a proposal. It is concluded, therefore, that it is necessary to pay attention to the problems of access to media, journalistic ethics and training, and the communication strategy for anti-punitivist movement.

KEY WORDS: penal populism, public opinion, lobbies, media, legislative process.

* Una versión de este artículo fue publicada con anterioridad en Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, núm. 24.

SUMARIO: 1. El “populismo punitivo” como falsa explicación. 2. Opinión pública y conocimiento de la realidad criminal. 3. La representación cultural de la desviación social. 4. Selectividad en la información (1): el “interés periodístico”. 5. Selectividad en la información (2): el “interés público”. 6. Semiótica de la comunicación social en materia penal; 6.1. Selección de los sujetos con legitimidad para comunicar; 6.2. Creación de narraciones acerca del caso o problema que se pretende comunicar; 6.3. Vinculación (linkage) a marcos cognitivos preexistentes; 6.4. Conversión (selectiva) del caso en signo. 7. Medios de comunicación y grupos de presión; 7.1. Ruido mediático y campañas políticas; 7.2. Supuestos de incidencia política a corto plazo. 8. Campañas mediáticas y partidos políticos. 9. La incidencia a largo plazo de los medios de comunicación en la esfera pública. 10. Tres problemas prácticos pendientes. 11. Bibliografía.

Rec: 15-04-2019 | Fav: 25-04-2019

1. El “populismo punitivo” como falsa explicación

En la actualidad, el diagnóstico estándar acerca de la situación de los procesos de determinación de las políticas criminales en estados como España suele ser el de que estos se encuentra hondamente condicionados (los más pesimistas dirían que completamente dominados) por el fenómeno que se ha dado en llamar “populismo punitivo”: de acuerdo con esta caracterización, tanto la agenda como la sustancia de las políticas criminales del Estado español (así como de otros estados con características sociopolíticas similares) estarían influidas de manera predominante —o, cuando menos, muy relevante— por las creencias y valoraciones de la opinión pública mayoritaria acerca de la situación de la delincuencia y de la inseguridad, del funcionamiento del sistema penal y de sus insuficiencias. De manera que las políticas efectivamente puestas en práctica (a través de reformas legales, pero también de otro tipo de medidas: policiales, penitenciarias, de gestión de la administración de justicia, etc.) serían principalmente expresión de la respuesta que legisladores y gobernantes (en suma: que los partidos y los líderes políticos) se esfuerzan —con mayor o menor fortuna— en dar a esas inquietudes de la opinión pública: a aquellos aspectos de la interacción social que la opinión pública mayoritaria identifica como particularmente problemáticos y aterradores, así como a aquellos fallos o insuficiencias en el funcionamiento de los dispositivos de control social sobre tales fenómenos (Pratt, 2007: 12-20).

En mi opinión, a esta caracterización que acabo de sintetizar cabe hacerle serias objeciones, desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, creo que resul-

ta exagerada, en la medida en que toma una parte de las políticas criminales por el conjunto de las mismas, pues me parece obvio que hay amplias áreas de las políticas criminales (hablando tan solo de delitos: las falsedades, las insolencias punibles, los delitos contra el patrimonio histórico, los daños, etc.) que apenas se ven afectadas por el estado de la opinión pública, dado que tal opinión pública, en general, no existe. De hecho, en esas áreas lo que ocurre más bien es que la agenda y la sustancia de las políticas son marcadas por dinámicas burocráticas (iniciativas de la Unión Europea o de algún ministerio y organismo público) y por la acción de los grupos de presión, en una proporción que, según los casos, puede variar (Paredes Castañón, 2016a). Pero, en todo caso, sin apenas ninguna participación social ni debate público.

Pero, además, incluso en aquellas áreas de las políticas criminales donde la opinión pública existe y actúa (digamos: en materia de delitos violentos y sexuales, en materia de terrorismo, en relación con la pequeña delincuencia patrimonial, etc.), es importante describir adecuadamente cuál es el sentido de los nexos causales que unen a la opinión pública con las decisiones político-criminales. Algo que, en general, pienso que el concepto de “populismo punitivo” —entendido en los términos descritos más arriba— no hace bien.

En efecto, como en otro lugar he explicado con mayor detenimiento (Paredes Castañón, 2016b: 170-180), las maneras en la que interactúan la opinión pública y quienes adoptan las decisiones político-criminales son mucho más complejas y polifacéticas de lo que se suele pensar. A estas alturas tenemos ya evidencia empírica suficiente para construir un mode-

lo bastante fiable de cómo tiene lugar la construcción del discurso punitivista (“populista”). En dicho modelo hay que destacar ante todo cuatro datos:

1º) La atención ciudadana hacia las cuestiones criminales es, en general, reducido (aunque, una vez llamada la atención, la reacción sea muy intensa). Los únicos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados *lobbies*: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales; son los elaboradores de demandas, los empresarios morales (que lanzan iniciativas para cambiar las políticas criminales existentes).

2º) La politización de las cuestiones criminales varía entre muy diferentes grados: desde la preocupación subyacente hasta un tema de debate abierto.

3º) La opinión ciudadana sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente: no es unívoca, ni tampoco uniforme. Los sujetos crean su opinión recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales. Los sujetos recurren principalmente a aquellos marcos cognitivos que les resultan más fácilmente disponibles, accesibles. Para ello, hay tres clases de recursos disponibles: “sabiduría popular” (esto es, la tradición cultural asentada), experiencias personales, discursos de los medios e industria cultural. El grado de disponibilidad de dichos recursos y de los marcos cognitivos correspondientes depende de aspectos como las constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia, inserción familiar, medios de comunicación accesibles, tipo de consumo cultural.

4º) En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios, con su búsqueda de público; los grupos de presión, persiguiendo colocar sus propios temas en el debate público y en la agenda política; los políticos, en su búsqueda de votos; y, a veces, además los *lobbies* internos de las propias agencias del sistema penal (policía, fiscalía, funcionarios penitenciarios, jueces, etc.), en su búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto.

A tenor de todo ello, no cabe afirmar seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la “democracia en acción”: esto es, que sea un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del electorado. Por el contrario, el discurso punitivista tiene autores y causas (microsociales) bien de-

terminadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (que, en sí mismo, es casi siempre ambiguo, complejo, contradictorio), sino con lo que en cada momento se intenta hacer pasar por tal.

2. Opinión pública y conocimiento de la realidad criminal

Es en este marco (con procesos causales menos unidireccionales, más multiformes y complejos, de lo que muchas veces se presume) en el que cabe preguntarse, con sentido, acerca del rol que cumplen los medios de comunicación en la configuración de las decisiones político-criminales: un marco en el que no es que la ciudadanía transmita a las instituciones (a través de unos medios de comunicación que influirían sobre los partidos políticos y sobre sus líderes) el estado de opinión dominante sobre una determinada cuestión de política criminal, para que estas lo tengan en cuenta y lo plasmen en decisiones políticas o legislativas, sino que lo que sucede, por el contrario, es que medios de comunicación, partidos políticos, grupos de presión y movimientos sociales confluyen en determinados temas (solamente en algunos, no en todos), intentando todos ellos captar la atención ciudadana y, en el mejor de los casos, convencer a una mayoría de que su preocupación por un problema político-criminal (real o imaginario) está justificada y de que su propuesta para solucionarlo es la mejor.

Hay que preguntarse, entonces, cómo es la actuación de los medios de comunicación en este marco competitivo (de competencia por la atención y por el apoyo del público) y de qué manera incide dicha actuación en las decisiones político-criminales que acaban adoptándose en las instituciones estatales (en el caso español, principalmente, el Gobierno y/o las Cortes Generales). En lo que sigue, intentaré proponer un modelo que dé respuesta a estas dos preguntas (cómo actúan los medios en relación con las cuestiones penales, cómo influyen sobre las decisiones políticas criminales), a partir de los estudios que sociólogos, criminólogos y teóricos de la comunicación vienen realizando sobre esta cuestión.

El punto de partida del modelo es el hecho demostrado de que, en las sociedades alfabetizadas, la abrumadora mayoría de las personas (dejo aparte el caso de quienes, por profesión, son operadores del sistema

penal), en relación con la abrumadora mayoría de los temas penales, no poseemos una experiencia directa, de habernos implicado en nuestra vida diaria de manera habitual en conflictos con trascendencia penal. Por el contrario, nuestro conocimiento de casi todas las cuestiones político-criminales (incluso en el caso de las víctimas y de los infractores, cuyo conocimiento directo se limita siempre a algún caso y a algún problema muy determinado) es de naturaleza esencialmente mediada: adquirido principalmente a través de representaciones simbólicas que pretenden hacer referencia a las realidades de la conflictividad social más grave y del control social estatal de dicha conflictividad; combinadas —en proporciones variables— con un poco de experiencia personal y con algo de transmisión cultural persona a persona. En todo caso, la fuente principal son siempre las representaciones simbólicas (Surette,⁴ 2011: 24-27): las transmitidas por los medios de comunicación y por los productos de la industria cultural (libros y productos audiovisuales, principalmente).

Si esto es así, entonces resulta clave determinar, de una parte, la manera en la que los medios y la industria cultural construyen dichas representaciones simbólicas de los problemas político-criminales y, de otra, el modo en el que los destinatarios de las mismas las reciben, decodifican y asimilan. En este sentido, es importante destacar que el desarrollo de los estudios sobre comunicación social ha producido modelos teóricos que progresivamente se han ido apartando de la idea de que pueda existir una incidencia directa de los mensajes comunicativos sobre la mente de los receptores de los mismos. Hoy, por el contrario, se piensa más bien que los efectos de la interacción entre los actos de comunicación social y las mentes de sus destinatarios, aunque sin duda están condicionados por el contenido y por la forma de los mensajes transmitidos, además se ven complicados cuando menos por dos factores adicionales: primero, por las aptitudes diferenciadas de decodificación e interpretación de los mensajes que posea cada receptor (dependiendo de su historia, nivel educativo, ubicación en la estructura social, género, edad, etc.); y, además, por la estructura social (de poder) en la que el canal de comunicación se inserte (McQuail,⁶ 2010: 69-75). De manera que, para construir el modelo no solo hay que ocuparse de lo que dicen los medios, y de cómo lo dicen, si no que hay que comprender que cada grupo de público tiene sus propias claves de interpretación de los mensajes

recibidos; y, asimismo, que quien (estados, empresas, etc.) controla los canales de comunicación condiciona los efectos del mensaje, al seleccionar y discriminar la manera en la que cada destinatario lo recibe.

Así, por ejemplo, para poder valorar adecuadamente el rol de la comunicación social en el tratamiento político-criminal de un fenómeno, como los abusos sexuales contra menores, no basta tan solo con examinar el contenido de los mensajes que se transmiten (más o menos moralistas, más o menos cargados de estereotipos y prejuicios acerca de infractores y víctimas, etc.) o su forma (más o menos sensacionalista, morbosa, anecdótica, etc.), sino que es preciso, además, tener en cuenta cuál es el público al que objetivamente se dirige el mensaje (¿madres de familia, jóvenes, sectores sociales educados, inmigrantes,...?) y los condicionantes que posee el canal utilizado para transmitirlo (la selectividad diferente que conllevan canales como un periódico, un programa matinal de la televisión, twitter, etcétera).

3. La representación cultural de la desviación social

Pero ¿qué es lo que pretenden representar esas representaciones culturales que luego van a ser comunicadas y que pueden llegar a tener trascendencia para las políticas penales? En realidad, el tema de dichas representaciones es prácticamente siempre uno mismo: la identificación de la anormalidad social (en comparación con la normalidad) y las maneras de convivir con ella. En efecto, todo el conjunto de discursos en torno a las cuestiones político-criminales depende de que previamente se haya sido capaz de señalar qué clase de acontecimientos sociales son conductas desviadas y cuáles no; quiénes son los sujetos desviados; el grado de tolerancia que debe existir hacia la desviación social y, en general, la estrategia para gobernarla (si se concibe o no como un problema de seguridad). Las políticas criminales operan siempre sobre un espacio de gubernamentalidad previamente configurado: sobre una estructuración previa de los espacios de acción social, que determina en qué ámbitos resulta razonable estudiar la posibilidad de que el sistema penal actúe y en cuáles, por el contrario, ni siquiera resulta imaginable considerarlo (Paredes Castañón, 2016b: 162-164). Y, en consecuencia, también la praxis de enunciar discursos político-criminales y de adoptar decisiones sobre dichas cuestiones demandan

una previa estructuración del espacio semántico del que se van a extraer los conceptos que se emplearán en la argumentación (Evans/ Green, 2006: 206 ss.): puesto que hacer políticas criminales es hacer políticas de control de la desviación social, el primer paso para su construcción (un paso eminentemente comunicativo) es la identificación del comportamiento “anormal” y que, además, merece ser considerado (y tratado como) un problema de seguridad.

Por supuesto, la determinación de qué sea anormal y un problema de seguridad y qué, en cambio, no lo sea, no es algo que se produzca de manera natural o evidente, sino que, a su vez, constituye siempre una construcción sociocultural (Wykes, 2001: 8-29, 200-202). En efecto, un estudio acerca de los orígenes históricos del concepto de desviación social revela que dicho concepto aparece en la edad contemporánea (finales del siglo XIX, comienzos del siglo XX), como un desarrollo conceptual, ideologizado y politizado, del concepto de normalidad (estadística) desarrollado en el marco de las ciencias médicas del siglo XIX: se pasa de identificar lo que está en la media desde un punto de vista estadístico a añadir al concepto de normalidad una connotación valorativa adicional, que marca un patrón de conducta adecuado, que debe ser promovido, al tiempo que se combaten aquellos otros patrones que se distancian de él.

Por supuesto, la determinación de la normalidad no ha sido nunca una cuestión pacífica, sino que los procesos que conducen a determinarla han sido siempre espacios para la discusión y para la contestación (Cryle/ Stephens, 2017: 353-359). Es justamente en este marco en el que se comprende mejor el papel de los medios de comunicación: como herramientas de poder ideológico (Mann, 1991: 43-45), resultan ser instrumentos útiles (aunque no siempre eficaces, ni eficientes) para intentar imponer a los receptores de sus mensajes discursos que interpreten la realidad en un determinado sentido (y no en otros). Propiciando de este modo ciertos cursos de acción (en vez de otros alternativos también posibles).

Para ilustrar lo acabado de exponer, piénsese, por ejemplo, en el caso de la ocupación de inmuebles ajenos (para vivir en ellos, para crear centros sociales, etc.). Es evidente que, en la sociedad española actual, existe una auténtica “batalla de discursos” acerca de cómo debería interpretarse este fenómeno (y, por consiguiente, cómo debería ser tratado por parte de

los poderes públicos): hay quienes lo presentan como un caso puro y simple de violación del derecho a la propiedad privada; hay quienes van incluso más allá y lo muestran como un auténtico problema de orden público (de control del espacio público); hay otras opiniones, radicalmente contrarias, que, en cambio, lo interpretan más bien como una manifestación de la crisis y de la precariedad (ausencia de políticas públicas de vivienda eficaces, ausencia de infraestructuras socioculturales municipales, etc.), por lo que, si no justifican estas conductas, cuando menos las disculpan y se oponen a cualquier tratamiento represivo; y, en fin, hay incluso quienes piensan que las iniciativas autónomas y desobedientes de esta índole constituyen el mejor camino para empoderar a una ciudadanía activa, comprometida y que ostente el control sobre el territorio y sobre la vida ciudadana. Sea como sea, la cuestión que aquí nos interesa más es el hecho de que buena parte de esta batalla discursiva se plasma en operaciones comunicativas: en buena medida, a través de los medios de comunicación (aunque no solo).

En la práctica, las operaciones de ejercicio del poder ideológico a las que me estoy refiriendo se llevan a cabo empleando para ello todos los recursos comunicativos (retóricos) disponibles. Algunos ejemplos (extraídos de la prensa escrita) de estos ejercicios de retórica persuasiva (he elegido intencionadamente casos extremos), para el caso de la ocupación de inmuebles (los subrayados están añadidos por mí), se mencionan a continuación:

- “(...) la lucha contra la ocupación ilegal de viviendas, un problema que afecta a más de 87.500 pisos en toda España (según un informe del Institut Cerdá) y que sufren directamente, además de los propietarios, los vecinos de la comunidad y del resto del barrio, que ven cómo se degrada la convivencia” (ABC, 20/3/2018).
- “Una nueva ofensiva criminalizadora de la okupación” (El Salto, 1/4/2018).
- “Si eres abertzale, te «regalan» un palacio del siglo XVIII en Pamplona” (ABC, 3/9/2018).
- “El Gaztetxe Maravillas llama a defender el espacio frente a la amenaza de desalojo de Geroa Bai” (El Salto, 7/8/2018).
- “Mafias de la «okupación». En Madrid, el 75% de las ocupaciones ilegales de viviendas son cometidas por grupos organizados” (ABC, 26/10/2017).

- “Ocupación por necesidad” (El Salto, 28/3/2018).
- “Violencia policial durante o desaloxo da Insu-misa” (El Salto, 24/5/2018).

4. Selectividad en la información (1): el “interés periodístico”

Por lo demás, es importante observar que a través de los medios de comunicación no solamente se llevan a cabo operaciones de representación, de conceptualización de la realidad social: esto es, de estructuración del espacio semántico, distribuyendo significados y connotaciones significativas a los diferentes términos, sino que, además, se llevan a cabo actos (de habla) de referencia directa a dicha realidad. Es decir, los contenidos de un periódico o de un noticiero televisivo no se limitan únicamente a seleccionar ciertos términos o a enfatizar ciertos mensajes, con el fin de proponer una interpretación determinada de la realidad. Además de hacer esto, los medios de comunicación pretenden, asimismo, estar haciendo referencia a sujetos y a acontecimientos concretos, espacio-temporalmente fijados: las noticias. Se señala, pues, a personas, grupos y acontecimientos concretos. Y, además, se les etiqueta.

Esta interacción entre representación simbólica de la realidad y referencia (siempre modulada y moldeada por las categorías semánticas que previamente se han creado en el discurso) nos lleva a una de las cuestiones más importantes a la hora de comprender el papel de los medios de comunicación en los debates político-criminales: la de la selectividad. Pues, dado que es evidente que los medios ni pueden ni quieren informar sobre todos los casos y asuntos (de delitos o de otras formas de desviación social que podrían llegar a convertirse en delitos) que se producen en un momento y en un lugar determinados; es decir, puesto que están necesariamente abocados a seleccionar ciertos casos y problemas, frente a otros (que también ocurren y sobre los que no informan, o informan con mucha menor intensidad), es importante comprender la manera en la que dicha selección tiene lugar. En este sentido, las investigaciones sobre comunicación social han puesto de manifiesto que, en la selección de temas y casos objeto de atención mediática, los medios de comunicación operan conforme a dos clases de criterios: “interés periodístico” del caso o pro-

blema, e “interés público” del mismo (Jewkes,³ 2015: 44-48).

Así, en primer lugar, es evidente que, dado el modelo de negocio de los medios de comunicación (que se basa en todo caso en la magnitud de su audiencia), un primer filtro de selección tiene que ver con la capacidad de la noticia para suscitar la atención del público. (Me refiero principalmente a los medios privados. Pero los medios públicos cada vez se aproximan más a aquellos en cuanto a su forma de gestionar la información. Y, por lo demás, la cultura profesional de los periodistas, desde su formación inicial hasta la que reciben a lo largo de su vida profesional, está impregnada de estos valores, por lo que los mismos afectan incluso —aunque sea de manera más modulada— a medios alternativos, comunitarios, etc.) Esta capacidad depende de características semióticas que van variando, dependiendo del tiempo y del lugar. No obstante, con algunas pequeñas matizaciones, puede valer en general, para el común de las sociedades occidentales, la enumeración de características determinantes de la graduación del interés periodístico de una noticia que propone Yvonne Jewkes³ (2015: 49-68): según ella, una noticia en materia penal resulta tanto más interesante desde un punto de vista periodístico (y, por consiguiente, resulta tanto más probable que sea publicada) cuanto más de los siguientes factores concurren en el caso concreto:

- existencia de un plazo-límite (dramatismo);
- imprevisibilidad del acontecimiento;
- simplicidad (aparente, cuando menos) del evento;
- carácter individualizable de los protagonistas;
- permanencia del riesgo hacia el futuro (posibilidad de que pueda repetirse);
- connotaciones sexuales;
- fama o estatus elevado de los protagonistas;
- proximidad, en el espacio y/o en el tiempo;
- existencia de violencia o de un conflicto abierto;
- espectacularidad visual; y
- presencia de menores.

Así, en igualdad de condiciones, casos o problemas de desviación social que reúnan algunas de estas características —cuantas más, mejor— será más probable que acaben en los medios de comunicación.

Y, por ello, terminen por recibir la atención del público. Esta es una primera explicación de que los delitos violentos y sexuales tengan, en general, mucha más presencia en los medios de comunicación que otros: simplemente, resultan más atractivos para el público.

De este modo, una primera enseñanza puede ser extraída: dado que no es posible cambiar de raíz los procesos de selección del interés periodístico (puesto que dependen de dos factores que resulta difícil modificar: del modelo de negocio de los medios de comunicación y de las apetencias informativas —y de entretenimiento, morbo, etc.— de su audiencia), es preciso reflexionar acerca de la manera más adecuada para comunicar problemas político-criminales diferentes de los usualmente presentes en los medios. Hacen falta, pues, buenas narraciones (periodísticamente atractivas, conforme a los criterios anteriormente expuestos) acerca de delitos de corrupción, del fraude tributario, de delitos empresariales, de la violencia de género, de la trata de personas, de la explotación laboral, etc. Algo en lo que pienso que se están produciendo avances (gracias tanto a periodistas concienciados como a la labor de organizaciones y movimientos sociales), aunque sean aún insuficientes.

5. Selectividad en la información (2): el “interés público”

Sin embargo, el interés periodístico es solo uno de los factores que determinan la selección de noticias y el tratamiento de las mismas. Otro factor es el llamado “interés público”. Y es que, en efecto, hablando en términos generales (y admitiendo, por ello, que puede haber algunos programas, revistas, etc. que no se atengan a este criterio, aunque sí la mayoría de ellas), el interés de los medios de comunicación a la hora de seleccionar información (tanto por lo que hace a la que se presenta como a la forma en la que se hace) no es nunca puramente comercial (captar atención para cobrar por ello u ofrecer publicidad a su público), sino que conlleva también elementos políticos.

Esta inevitable politización de la información que ofrecen los medios de comunicación obedece a diferentes factores:

- a) Ideología de los periodistas: aun con la mejor de las intenciones de ser “objetivos”, resulta imposible no enmarcar la interpretación de los hechos a partir de los presupuestos ideológicos de los que se parte al construir la narración.

Ello, incluso cuando uno se limita a relatarlos; y, desde luego, más todavía cuando se pasa a intentar realizar un análisis o una valoración acerca de los mismos. Este efecto de encuadre (*framing*) en la presentación de la información está absolutamente acreditado desde el punto de vista empírico (Scheufele, 2000: 300-302, 306-308).

- b) Ideología de los accionistas (mayoritarios) de las empresas propietarias de los medios: puesto que las empresas imponen la dirección del medio (a las personas y a los criterios para gestionarlo), su ideología importa, ya que tenderán a imponer, en la cima de la estructura de poder interna del medio, a periodistas que compartan su ideología.
- c) Alianzas entre los grupos empresariales propietarios y los partidos políticos (y, a través de ellos, con los gobiernos): la existencia de coaliciones entre élites (aquí, políticas y económicas) es un problema generalizado, aunque la forma en la que dichas coaliciones se concretan varía de país a país y según el momento histórico (Varona Gómez, 2011: 10-11). Así, en el caso de la España actual, resulta particularmente obvio el hecho de que la debilidad económica del modelo de negocio de los medios ha hecho que prácticamente todos los medios de comunicación con un porcentaje significativo de audiencia pertenezcan, en régimen de oligopolio, a grupos empresariales con actividades diversas y con vínculos muy estrechos (demasiado estrechos) con la banca y muy dependientes de la contratación pública. Esto hace que muy frecuentemente el encuadre de la información no obedezca únicamente a razones ideológicas, sino también a otros intereses (políticos y/o empresariales) más pragmáticos: apoyar u oponerse a un partido o a un gobierno, a un competidor, etc.
- d) Acción de los grupos de presión: en una sociedad plural, organizaciones y coaliciones de toda índole (desde la patronal bancaria hasta las organizaciones de derechos humanos, pasando por las iglesias o las asociaciones de fumadores de cannabis) pugnan por hacer llegar sus mensajes (sus análisis acerca de los problemas sociales y sus propuestas para afrontarlos) al

electorado, a los partidos políticos y a las instituciones estatales. Y lo hacen, además, compitiendo por recursos escasos (la atención de los destinatarios y los recursos disponibles —siempre limitados— para elaborar, aprobar y poner en práctica políticas públicas) y, a veces, con mensajes francamente contradictorios entre sí. Para lograr su objetivo comunicativo, todos los grupos de presión tienen que intentar utilizar, entre otros métodos, el acceso a los medios de comunicación (los tradicionales y los aparecidos más recientemente en internet), dada la capacidad de todos ellos para transmitir mensajes de forma masiva, a miles o a millones de personas, a las que de cualquier otro modo es imposible alcanzar a tal escala. En la práctica, esto significa que los grupos de presión compiten por la atención de los periodistas y de las empresas periodísticas. Competencia en la que, de una parte, se emplean los recursos del interés periodístico (cuanto más morbosa, llamativa, etc. sea una historia, más fácil será “colarla” en los medios); pero, de otra, también los recursos derivados de la politización de los medios: todos los grupos de presión saben que hay ciertos medios más dispuestos a aceptar sus mensajes que otros. Y, en todo caso, se compete también por hacerle ver al medio (a sus propietarios, a sus periodistas) que los mensajes que se pretenden comunicar son compatibles —o, mejor, francamente amigables— con aquella ideología que el medio o el periodista pretenden promover, o con la que más simpatizan.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, la forma en la que cada medio de comunicación (o, dependiendo de su grado de descentralización interna, cada programa, cada sección, etc.) llega a identificar el “interés público” de una noticia o de un mensaje, es decir, la forma en la que cada medio —o sección del mismo— selecciona políticamente las noticias y mensajes que decide comunicar (en detrimento de otros), depende esencialmente de su estructura económica y política (McQuail, Denis, 2010:):

- e) De su estructura económica: por una parte, de cuál sea su modelo de negocio, cuánto depende de ingresos por publicidad, cuánto de ingresos procedentes de su público y cuánto de otros

ingresos (de subvenciones estatales, muy señaladamente). Y, por otro lado, del grado de competencia (o de oligopolio, o de monopolio) que exista en el sector. Hablando en términos generales, a mayor vulnerabilidad económica de las empresas de comunicación, más conformista y conservadora será su selección de noticias y mensajes.

- f) De su estructura política: por un lado, de cuál sea la estructura interna de su gobernanza, que dependerá tanto de su régimen de propiedad y de sus relaciones con otras empresas como del grado de autonomía que otorgue a sus profesionales (¿existe un estatuto de la redacción, cómo se designa al director, qué poderes tiene el editor?). Por otro lado, también es relevante el grado de politización partidista del medio: más allá de la ideología, qué grado de compromiso con un partido o partidos (u otras organizaciones: iglesias, por ejemplo) tiene el medio en cuestión. Como regla general, cuanto más autoritaria sea la estructura interna de gobernanza del medio y mayores sean los vínculos partidistas u organizativos del medio, más conformista y menos pluralista será también la selección de noticias y de mensajes.

6. Semiótica de la comunicación social en materia penal

Seleccionar noticias y mensajes no es solamente elegir ciertos hechos y determinadas interpretaciones acerca de los mismos para que sean comunicados al público del medio (en vez de otros hechos o de otras interpretaciones del mismo hecho), sino también construir la narración de los hechos y la interpretación de los mismos de un determinado modo. En efecto, a la hora de producir el efecto de encuadre (ideológico) que necesariamente todo acto de comunicación conlleva, tan importante es el contenido del mensaje como la forma que este adopte. Expresado, en otros términos: es perfectamente posible coger una noticia auténtica y, al seleccionarla y luego la forma que adopta el mensaje que la presenta, llegar a mostrar al público una realidad absolutamente distorsionada.

En este sentido, las principales operaciones (semióticas) a través de las que los medios de comunicación construyen (y manipulan) la “realidad” de los



problemas político-criminales son las siguientes (Surette, 4 2011: 34-44):

6.1. Selección de los sujetos con legitimidad para comunicar

Los medios de comunicación no tratan por igual a todos los sujetos y grupos sociales involucrados en un asunto penal (tanto que se trate de un caso concreto como de un problema global), sino que, por el contrario, reconocen a algunos de ellos el monopolio sobre las interpretaciones relevantes; e, implícitamente, niegan a otros el acceso de sus mensajes e interpretaciones.

Así, en el caso de las cuestiones político-criminales, está demostrado que la mayoría de los medios de comunicación recurren sistemáticamente a dar voz a operadores del sistema penal (policías, jueces, fiscales... en menor medida, abogados); y, en determinados grupos de casos, también a las víctimas. En cambio, otras víctimas y casi todos los infractores, así como muchas asociaciones y organizaciones sociales con interpretaciones y propuestas diferentes, tienden a quedar tapadas en la presentación de los mensajes.

6.2. Creación de narraciones acerca del caso o problema que se pretende comunicar

La narración es un género del discurso en el que se comunica (en el caso de la comunicación verbal, se refiere y, en el caso de la comunicación audiovisual, se muestra) el acaecimiento de uno o varios eventos durante un período determinado de tiempo. En el caso concreto que aquí nos interesa, el de los fenómenos de desviación social, dichos eventos serán prácticamente siempre acciones humanas, realizadas por uno o varios agentes. En una narración, la voz narrativa va describiendo los acontecimientos y marcando los enlaces entre ellos, y entre ellos y los agentes que los causan. Debido a la notoria capacidad de las narraciones para llamar la atención del público (desde que tenemos noticia, los seres humanos hemos sido siempre grandes contadores y oyentes de narraciones), los medios de comunicación recurren de forma regular al discurso narrativo para exponer aquellos hechos y problemas que desean comunicar. Pero esto significa que, como en toda narración, en las que llenan los medios de comunicación (noticias de sucesos, los tiras

y aflojas entre asociaciones y movimientos sociales para convencer a los partidos o al Gobierno de que adopte ciertas decisiones, o para que las modifique o revoque,...) existe una voz narrativa (muchas veces oculta —como ocurre asimismo en tantos relatos literarios— detrás de una apariencia de falsa objetividad) que le indica al receptor del mensaje narrativo quién es autor (y, por ende, responsable) de qué; y qué acciones son las más decisivas desde el punto de vista causal para que ciertos acontecimientos hayan tenido lugar. Es decir, una narración es siempre —e inevitablemente— una interpretación selectiva y sesgada de los hechos objetivos acaecidos (Bal, 1985: 21-45).

En concreto, en las narraciones que construyen sobre los casos y problemas de desviación social acerca de los que pretenden comunicar, los medios de comunicación suelen recurrir a toda una serie de recursos retóricos para producir dichos efectos de sesgo en la información que transmiten. Manipulando para ello tanto los aspectos lingüísticos del mensaje (a través de la selección de ciertos términos y la elección de determinadas formas de construir las frases —Mayr/Machin, 2012: 27-77) como los paralingüísticos (titulares, tipografía, entonación, volumen, ruidos, etc.— Blanco, 2007) y los gráficos y audiovisuales (iluminación, colores, montaje, composición de los planos, música extradiagética, efectos visuales y sonoros, etc.— Groupe µ, 1993: 231 ss.).

En particular, se han identificado cuando menos los siguientes recursos retóricos:

- a) Recursos para el tratamiento de casos individuales (Surette, 4 2011: 52 ss.):
 - Historias moralistas de restablecimiento del orden (Ericson/ Baranek/ Chan, 1991: 73 ss.): la desviación social crearía siempre desorden e inseguridad. Su control, en cambio, crearía orden y seguridad. Orden y seguridad equivalen a respeto por la moralidad (hegemónica) y a obediencia a la autoridad.
 - Personalización de los casos: más que de crímenes, se habla de criminales; antes de las víctimas que de su experiencia de victimización.
 - Estereotipos de delincuente: supermachos psicóticos/ depredadores/ extraños (por clase, etnia, etc.) / “tramas organizadas” (concebidas al modo de los cómics).

- Estereotipos de víctima: las víctimas son siempre inocentes e indefensas.
 - Simplificación del análisis sociológico: la sociedad se divide en tres grupos: “ovejas” (víctimas inocentes) / “lobos” (infractores, depredadores, perversos y extraños) / “pastores” (agentes del sistema penal: policías —principalmente—, fiscales, jueces, valorados exclusivamente según sean presentados como eficaces o ineficaces).
 - Popularización de pseudoexplicaciones criminológicas (García Arán, 2008: 52-62): delincuentes natos, la resocialización no funciona, a quien deben temer las víctimas es a los extraños, etc.
 - El sistema penal como trasfondo de historias y personajes: el funcionamiento del sistema penal apenas aparece descrito en las noticias y reportajes, queda reflejado únicamente de manera anecdótica e inconexa (una sentencia, una puesta en libertad, por mencionar algunos casos). La mayor parte del tiempo, el sistema penal es únicamente un decorado vacío, delante del cual ocurren las cosas que son noticia: los delitos, las actuaciones policiales, el sufrimiento de las víctimas.
- b) Recursos para el tratamiento de problemas globales, o que son presentados como tales (Ericson/ Baranek/ Chan, 1991: 111 ss.):
- Imaginar los conflictos que podrían acabar plasmados en una ley u otra medida político-criminal: los medios apenas tiene acceso real a aquellos conflictos y conductas desviadas que aún no han sido seleccionados como infracciones (y que, por consiguiente, no dan lugar a detenciones, juicios, noticias de sucesos, etc.). Por ello, se ven obligados a imaginarlos: a partir de la información que reciben de fuentes diversas (grupos de presión, expertos, etc.), elaboran descripciones —muchas veces, fuertemente irreales— de las características de los problemas de desviación (que puede que ni siquiera existan) acerca de los que quieren informar.
 - Aleccionar moralmente al público: los temas de desviación social que son presentados como auténticos problemas sirven para reafirmar ante el público valores morales (generalmente, conservadores) que podrían estar siendo puestos en cuestión, por la desviación de la que se habla o por otros cambios sociales relacionados.
 - Inventar consensos inexistentes: con frecuencia, los medios crean un consenso acerca de la naturaleza —y realidad— del problema y/o de la mejor solución para el mismo mediante el simple procedimiento de seleccionar (a veces, intencionadamente, a veces por pura ignorancia, o desidia) la información y los mensajes que se comunican, marginando otros que podrían entrar en contradicción con ellos.
 - Expresión selectiva de la diversidad de opiniones: incluso cuando los medios optan por dar voz a ciertas opiniones disidentes, usualmente apenas cuidan la cuestión de su representatividad. Así, pueden dar más espacio y relevancia a las opiniones más extremas o llamativas, aun cuando sean notoriamente minoritarias, o incluso completamente marginales.
 - Utilización poco rigurosa de las opiniones expertas: es infrecuente que los medios cuenten con opiniones expertas bien elaboradas y representativas. Cuando menos, rara vez adoptan una política consistente a este respecto, por lo que solamente por azar se produce una selección razonable de tales opiniones. Esto significa que en muchas ocasiones las mejores opiniones expertas no tienen apenas voz en el debate público.

6.3. Vinculación (linkage) a marcos cognitivos preexistentes

La enunciación de narraciones no es un acto que se lleve a cabo en un vacío cultural, sino que, antes, al contrario, se realiza siempre intentando evocar en lo que se cuenta con marcos interpretativos preexistentes que permitan al receptor decodificar el mensaje de la manera más económica y fácil posible. Así, Sasson ha estudiado cómo las noticias y mensajes en torno a las cuestiones político-criminales se formulan evocando y encuadrándose en alguno de los siguientes tres marcos cognitivos posibles: el marco del sistema penal fallido, el marco de la quiebra del orden social

y/o el marco de la desigualdad como fuente de la desviación social (Sasson, 1995: 13-17). Cada uno de estos marcos cognitivos relaciona la noticia o mensaje con una determinada manera de interpretarlas y promueve, por lo tanto, que el público decodifique el mensaje de manera diferente.

6.4. *Conversión (selectiva) del caso en signo*

Los medios de comunicación seleccionan ciertas noticias y/o determinados problemas y los presentan como indicios (“*índices*”, en el sentido que definía este término Charles S. Peirce) de temas más globales acerca de la desviación social y del modo de gobernarla. Convierten, así, algunos casos puramente locales (en el fondo, siempre se trata —en un homicidio, en una violación, en un robo, en una venta de drogas, de un conflicto intracomunitario) en un problema nacional o internacional, sistémico, con causas globales y que amerita una respuesta también global y política. Esta selección pretende tener el efecto de poner el tema en la agenda. Un tema que a veces constituye un problema real, pero que otras veces ni siquiera existe como problema global, más allá de algún caso aislado. Sea como sea, aun si el problema existe, el medio decide siempre seleccionar ciertos problemas, para darles visibilidad, y no otros (Surette, 2011: 42-43).

7. Medios de comunicación y grupos de presión

7.1. *Ruido mediático y campañas políticas*

Con esto llegamos al último tema que hay que abordar, que es el efecto político real de todas estas operaciones (selectividad conforme a intereses comerciales y políticos, representación sesgada, etc.) sobre las discusiones político-criminales y sobre las políticas públicas en materia de control de la desviación social. Pues, de una parte, es obvio que todas estas estrategias de manipulación de la información y de los mensajes solamente cobran sentido como intentos de incidir sobre la audiencia, para captar su atención (y obtener ingresos), pero también para promover entre ella determinadas interpretaciones acerca de cómo es la realidad social (aquí, la de la desviación social) y de cuáles son las mejores políticas públicas para gobernarla. Por otra parte, sin embargo, ya señalé más arriba que en realidad no existe en principio ninguna

seguridad de que las estrategias comunicativas que promueven los medios resulten siempre exitosas, dado que sus mensajes tienen que ser decodificados e interpretados por sus destinatarios, que no lo hacen en un vacío cultural, sino, muy al contrario, en un medio repleto de estímulos culturales, que tiran de ellos en uno y otro sentido, por lo que el resultado final de la tarea de decodificación no está en absoluto predeterminado.

De este modo, cualquier análisis riguroso del papel de los medios de comunicación en la política criminal de las sociedades desarrolladas contemporáneas no puede descartar la posibilidad de que, en muchas ocasiones, la información proporcionada por los medios actúe, en términos comunicativos, principalmente como ruido: esto es, como información que, en vez de contribuir a la discusión y a los procesos de toma de decisiones, se limite a dificultarla, al interferir con otras informaciones y otros argumentos verdaderamente más relevantes. De hecho, en mi opinión, en buena parte de los casos ocurre exactamente así: que la información proporcionada por los medios carece de cualquier efecto causal apreciable, más allá de contribuir a aumentar la confusión en el debate.

Esta posibilidad tiene que ver con las características de la dinámica política a través de la que las políticas criminales son discutidas y decididas. Debido a la naturaleza esencialmente mediada

—que ya se señaló más arriba— del conocimiento que la gran mayoría del público posee acerca de las cuestiones de desviación social, el hecho de que algunos medios de comunicación relaten narraciones atrayentes (es decir: capaces de captar la atención) sobre casos o grupos de casos (por ejemplo: la violación y muerte de un niño, una sucesión de atracos particularmente espectaculares y violentos, un atentado terrorista que acaba en masacre,...) no es, por sí misma, capaz de afectar al debate público sobre política criminal. Y ello, porque, en ausencia de otros factores concurrentes, ocurrirá que ni los periodistas que transmiten los relatos ni el público que los recibe y asimila se encuentran generalmente en condiciones de extraer, a partir de ellos, conclusión alguna que no sea puramente banal (del tipo de “¿cómo está el mundo!”, “¡pobrecillos!”, “¡ya no se respeta nada!”, “¡hoy es que ya no se puede salir a la calle!”, “¡pero dónde vamos a acabar!”, etc.). Pues carecen del conocimiento sobre la realidad (terrorismo, abusos sexuales,

atracos, etc.) de la que se habla. Y mucho menos de la competencia para analizarla y para hacer propuestas políticas realistas para afrontarla. Además, a esta impotencia política generalizada de la mayoría de la comunicación mediática acerca de delitos, comportamientos anormales, etc. contribuye también la naturaleza extremadamente perecedera de la mercancía informativa que los medios de comunicación venden: en ausencia de una estrategia de comunicación que mantenga intencionadamente la atención sobre él, el caso escandaloso de hoy habrá sido completamente olvidado por la mayoría del público en unos pocos días o semanas.

Todo ello, claro está, en ausencia de una estrategia de comunicación que mantenga intencionadamente la atención sobre el caso o el problema. Porque, justamente, aquí estriba la clave del asunto: los medios de comunicación parecen ser un recurso insuficiente para condicionar, por sí solos, las discusiones y procesos de toma de decisiones en materia político-criminal, ya que generalmente carecen tanto de la capacidad para proporcionar al respecto análisis y propuestas que puedan resultar convincentes, como del poder ideológico necesario para movilizar masivamente a la opinión pública (una opinión pública que piensa por sí misma y no siempre se deja arrastrar). Sin embargo, las cosas son diferentes cuando ocurre que, por mero azar o debido a una alianza intencionada, los medios de comunicación cooperan con otros agentes políticos.

Mi tesis, entonces, es que únicamente aquellos escándalos mediáticos en materia penal o de desviación social que son aprovechados por agentes políticos distintos de los propios medios pueden llegar a producir efectos relevantes sobre el proceso de toma de decisiones político-criminales. Generalmente, ese agente o agentes políticos interesados en la utilización del escándalo es algún grupo de presión, o coalición de ellos: sindicatos policiales, asociaciones de víctimas, de jueces, de fiscales, organizaciones empresariales, sindicales, movimiento feminista, medioambiental, de derechos humanos, etc. Únicamente cuando alguno de estos agentes incorpora a su estrategia de acción política el aprovechamiento de noticias aparecidas en los medios para promover su agenda, o la promoción de la publicación de noticias de una cierta clase, se produce una continuidad en la información proporcionada al público y una difusión de análisis y de

propuestas de acción relacionadas con la materia de las noticias aparecidas en los medios (análisis y propuestas que siempre se presentan como las más adecuadas para darles sentido y para afrontar el problema del que serían reflejo) que hacen posible que el tema objeto de la noticia permanezca en el debate político. Pues únicamente algunos grupos de presión tienen el suficiente interés en las cuestiones político-criminales y los recursos necesarios como para intentar mantener la atención del público sobre ellas e intentar rentabilizar dicha atención. Algo que, por supuesto, no siempre logran (al fin y al cabo, la política tiene siempre importantes componentes de azar), aunque siempre lo pueden intentar.

Así, como señala Varona Gómez (Varona Gómez, 2011: 8-12), los medios son más un “escenario donde se dirimen conflictos de intereses” que el factor impulsor principal de las campañas en materia político-criminal.

7.2. Supuestos de incidencia política a corto plazo

De este modo, por lo que hace al efecto político a corto plazo de la actuación de los medios de comunicación en materia político-criminal, creo que cabe distinguir cuatro situaciones diferentes, expuestas por orden de menor a mayor frecuencia:

Situación 1. Coalición entre medios de comunicación y otros agentes políticos: hay ocasiones en las que uno o varios medios de comunicación deciden intencionadamente colaborar para colocar en la agenda política un tema y unas propuestas en torno al tema. El tema y las propuestas les suelen ser proporcionados por algún grupo de presión. En este caso, se intentará producir una retroalimentación virtuosa entre la información sobre casos relacionados y los reportajes y artículos con un tratamiento global del tema que publiquen los medios de comunicación y las iniciativas que sobre la misma cuestión promueva el grupo de presión, con el objetivo de, como mínimo, captar la atención del público y, en el mejor de los casos, lograr que las propuestas lleguen a ser discutidas, e incluso aceptadas, por entenderse como las mejores (o, mejor todavía, como las únicas razonables). La existencia de estas coaliciones entre medios y otros agentes políticos es infrecuente, debido a que los intereses de unos y otros son muy distintos: de una parte, captar audiencia, de otra, promover decisiones políticas. Y

serán tanto más probables cuanto más dependientes de grupos empresariales diversificados (y, por ello, más necesitados de alianzas) y menos independientes política y económicamente resulten ser los medios de comunicación. Es por ello por lo que en España tales coaliciones se producen con más frecuencia de lo habitual.

Un ejemplo interesante de esta *Situación 1* ha sido estudiado por Soto Navarro (Soto Navarro, 2005): la alianza entre sindicatos policiales y de funcionarios penitenciarios, partidos de oposición y medios de comunicación para lanzar, entre 2001 y 2003, una oleada de propaganda alarmista e impulsar una reforma penal punitivista (...e intentar poner en dificultades al gobierno, y obtener objetivos corporativos).

Situación 2. Aprovechamiento oportunista de las noticias por parte de otros agentes políticos y confluencia contingente de intereses: mucho más frecuentes que los supuestos de coalición intencionada entre medios de comunicación y grupos de presión en materia político-criminal son los casos de confluencia casual y oportunista entre las estrategias de unos y de otros: medios que buscan desesperadamente audiencia y atención, y grupo de presión que aprovecha la noticia escandalosa para intentar llamar la atención del público sobre sus mensajes y propuestas. Es frecuente que estas coincidencias de intereses sean esporádicas y discontinuas, por lo que su efecto político a corto plazo resulte limitado: unos días de escándalo en los medios, de fervorosa discusión sobre el tema, seguidos de un largo olvido, hasta la siguiente ocasión. Únicamente cuando el grupo de presión en cuestión tiene los recursos necesarios para mantener una estrategia política a medio plazo, que incluya una estrategia comunicativa, los efectos pueden ser relevantes.

Un ejemplo de esta confluencia de intereses (económicos, políticos, etc.) es presentado por Varona Gómez y Gabarrón (2015: 38-41) en el caso de las campañas mediáticas en torno a la violencia de género en España entre 2000 y 2012.

Esta efectividad dependerá mucho de la capacidad del grupo de presión para introducir sus preocupaciones en el medio institucional; es decir, en los partidos políticos y en las instituciones estatales, allí donde se determinan las políticas públicas. Así, hay casos en los que el grupo de presión mantiene (utilizando también para ellos los medios de comunicación) un tema dentro de lo que es objeto de atención pública duran-

te largo tiempo, pero se revela incapaz de conseguir que se incorpore al debate político institucional. Y, en cambio, hay otras ocasiones en las que el grupo de presión tiene más capacidad de captación de apoyos políticos para su agenda y para sus propuestas, de manera que el esfuerzo comunicativo realizado llega a rendir frutos.

Compárese, por ejemplo, el caso de la despenalización del “top manta”, que lleva largo tiempo en el debate público sin lograr incidir de forma relevante sobre los legisladores (aunque hubiera algunas mejoras en la reforma penal de 2010), con la capacidad de algunos grupos de víctimas para impulsar cambios en el tratamiento penal del terrorismo o de los delitos sexuales.

Situación 3. La información mediática como ruido de fondo, sin duda, es un caso mucho más frecuente: supuestos en los que los medios de comunicación sacan a la luz una información supuestamente escandalosa acerca de un problema de desviación social, pero, por falta de interés del resto de los agentes políticos, el tema mantiene la atención del público durante unos pocos días, pero nunca llega (antes de ser sustituido por otra noticia u otro tema en la atención del público) a suscitar un auténtico debate público al respecto. En estos casos, los procesos de toma de decisiones político-criminales se desarrollarán en un relativo aislamiento respecto de la información que aparece en los medios de comunicación.

Los ejemplos de esta *Situación 3* son numerosos: la trata de seres humanos, la explotación laboral, los abusos sexuales dentro de la familia, por mencionar algunos, son todos ellos problemas de desviación social que aparecen y desaparecen de los medios de comunicación, sin llegar prácticamente nunca a producir un efecto político apreciable.

Situación 4. Desatención de los medios a ciertos casos y problemas de desviación social es el supuesto más frecuente de todos: grupos enteros de casos y/o de problemas a los que los medios de comunicación, por desconocimiento o por desinterés (por entender que no son casos o problemas de interés periodístico o de interés público), no prestan ninguna atención. En estas ocasiones, los debates político-criminales siguen manteniendo el mismo aire elitista que les ha caracterizado a lo largo de la mayor parte de la historia.

Así ocurre, por ejemplo, con la abrumadora mayoría de los delitos medioambientales, o con los casos de discriminación de personas migrantes.

8. Campañas mediáticas y partidos políticos

Hasta aquí he examinado al papel que cumplen los medios de comunicación a la hora de difundir mensajes en torno a problemas de desviación social y de gobernanza sobre los mismos, así como la interacción entre medios de comunicación y los agentes políticos que con mayor frecuencia actúan con ellos, los grupos de presión. He intentado señalar las limitaciones del poder ideológico de los medios, que por sí solos rara vez logran producir algún efecto inmediato en el debate político-criminal y que solamente consiguen causarlo en algunas pocas ocasiones, en las que se alían con algún grupo de presión con la capacidad suficiente como para formular análisis y propuestas y para intentar captar apoyos políticos (en los partidos y en las instituciones estatales) en favor de las mismas.

Por supuesto, la aptitud de todas estas actuaciones para incidir en el debate político depende en buena medida de la porosidad del sistema político a los fenómenos sociales de comunicación e influencia que medios de comunicación y grupos de presión pretenden liderar y promover. Existiendo una sociedad pluralista y un sistema político democrático, no cabe duda de que tiene que existir, por definición, interacción entre la esfera pública de la sociedad, los partidos políticos y las instituciones estatales.

Ahora bien, que exista interacción no quiere decir necesariamente que la influencia de la esfera pública sobre los partidos, sobre sus líderes y sobre las instituciones estatales que gobiernan resulte siempre exitosa. Por el contrario, la evidencia empírica parece demostrar que las cosas son más complicadas, porque:

- Los partidos políticos y sus líderes se inquietan siempre ante cualquier suerte de ruido mediático (en materia penal como en cualquier otra). Pero ello no quiere decir que, si el ruido no resulta persistente y, sobre todo, si no va acompañado de una campaña de influencia (con análisis y propuestas), acabe por influirles y hacerles tomar iniciativas o adoptar decisiones. Pues ocurre que en el medio político el ruido

mediático es sobreabundante. Y que, además, la experiencia indica que la mayoría de los mensajes son muy perecederos, son olvidados al poco tiempo.

- Pero incluso cuando algún grupo de presión, o coalición de ellos, intenta aprovechar noticias o mensajes de los medios de comunicación para sus propias campañas, nada garantiza que el plan tenga éxito. Y ello, justamente porque existen serios riesgos de que las campañas comunicativas se pierdan en el ruido mediático y no alcancen a sus destinatarios (líderes políticos), o no con la intensidad suficiente como para conmoverlos. De hecho, parece más bien que la estrategia preferida de los grupos de presión es la aproximación discreta a los partidos y líderes políticos. Y que solo cuando esta estrategia no resulta posible (porque la relación entre el grupo de presión y el partido que gobierna es mala o distante), o ha fracasado, optan por recurrir a la comunicación a través de los medios. Precisamente, porque es esta una estrategia subóptima, un *second best*, con escasas garantías de éxito.
- En los debates político-criminales, el papel de los grupos de presión es el de oferentes (de análisis y propuestas) y el de los partidos políticos y sus líderes es el de demandantes. Ahora bien, como todo demandante, los partidos políticos no están dispuestos a adquirir cualquier cosa o a cualquier precio. Así, por una parte, hay los análisis y propuestas que aportan los grupos de presión y que resultan más o menos afines a la identidad político-cultural del partido, bien sea por su contenido, o bien por su procedencia. De manera que hay propuestas que difícilmente pueden ser aceptadas por el partido para incorporarlas a su programa, cualquiera que sea la intensidad de la presión mediática que reciban.

Además, por otra parte, las propuestas no son aceptadas por los partidos a cualquier precio, sino valorando los costes (electorales) de incorporarlas al programa. De manera que incluso allí donde existe una afinidad de partida entre grupo de presión oferente y partido demandante de propuestas, la negociación resulta casi siempre inevitable. En este contexto, el rol de los medios de comunicación (cuando van de

consuno con algún grupo de presión) es el de incrementar los costes electorales para el partido objeto de la presión de la decisión de no aceptar la propuesta que le ha sido ofrecida. Y, sin embargo, nada garantiza que tal efecto electoral tenga lugar: depende de la capacidad de los medios para alcanzar a los votantes —actuales o potenciales— del partido, de la sensibilidad de dichos votantes hacia el tema en cuestión, de las expectativas electorales del partido, etc.

En síntesis, se puede afirmar que el alcance del efecto político a corto plazo de la acción de los medios de comunicación en materia político-criminal es esencialmente contingente y difícil de predecir, puesto que depende de cada momento y lugar, y del estado del sistema político en cada uno de esos momentos y lugares. Los medios son, a este respecto, principalmente herramientas propagandísticas de los grupos de presión. Aunque tampoco unas herramientas sumisas, sino unas que tienen su propia agenda (comercial y política), por lo que las alianzas entre unos y otros serán generalmente de corto alcance. Que dichas alianzas y el efecto propagandístico de las mismas sobre la vida política produzca efectos sobre los partidos políticos, hasta el punto de modificar sus programas o las políticas que promueven en el seno de las instituciones estatales, no es frecuente: solamente allí donde existe una afinidad muy intensa entre grupo de presión y partido, o cuando el partido se encuentra en una situación de intensa debilidad (pero, entonces, es improbable que logren —a corto plazo, cuando menos— modificar las políticas públicas), la acción del grupo de presión a través de los medios de comunicación puede tener un efecto decisivo. No en otro caso.

9. La incidencia a largo plazo de los medios de comunicación en la esfera pública

En todo caso, esto no debería llevarnos a despreciar el rol de los medios de comunicación en los debates político-criminales. Y ello, porque, más allá de este efecto político inmediato (y contingente), los medios cumplen en las sociedades contemporáneas, especialmente en ámbitos en los que —como ocurre con los asuntos que nos ocupan— el conocimiento directo por parte del público es escaso, una función que tiene efectos mucho más duraderos: la de constituir las representaciones (más o menos realista, más o menos

imaginaria) comunes acerca de cómo es la realidad social. En lo que aquí nos interesa: cómo es la realidad de la desviación social y si constituye un problema que hay que resolver políticamente; y, en el caso de que sí, cuáles son sus causas y cuáles las soluciones que el Estado puede aportar.

En efecto, en mi opinión, el principal papel que cumplen los medios de comunicación en el plano político (más allá de participar, esporádicamente, en campañas políticas) es el de acotar los límites de las razones públicas: de aquellas razones que se admite que pueden ser empleadas en el debate político. Hasta el punto de que aquello (argumentos, análisis, propuestas) que no tiene cabida en los mensajes de los medios de comunicación difícilmente es utilizado (y, si lo es, admitido) como razón en dicho debate.

Me parece que es este, precisamente, el efecto más duradero de los medios de comunicación sobre el debate político (y político-criminal), el que más nos tiene que preocupar, aunque sea un efecto a medio y largo plazo: la capacidad de los medios para seleccionar (y, por consiguiente, también para discriminar) categorías de ideas, incluyéndolas o excluyéndolas de la esfera pública de la sociedad democrática. Por supuesto, la exclusión no es absoluta, pero sí una manifestación palpable del poder ideológico de los medios de comunicación: quien no consigue introducir sus ideas en los medios de comunicación, tiene serias dificultades para que las mismas accedan a la esfera pública (entendida al modo de Habermas, 1981); y, en todo caso, aun si lo logra, difícilmente conseguirá que sean escuchadas en igualdad de condiciones con otras.

Es decir, los medios de comunicación constituyen una de las principales herramientas para acotar el ámbito de lo decible. O, cuando menos, de lo decible y comúnmente aceptable. Por ello, más allá de su papel político inmediato, su función en la configuración del debate político (y político-criminal) es tan importante: por su capacidad para incluir o excluir a sujetos y mensajes del mismo.

10. Tres problemas prácticos pendientes

Si todo lo anterior es cierto, entonces tres son las cuestiones de índole práctica que es preciso resolver, porque siguen sin estar resueltas:

1. Una cuestión política, el derecho de acceso a los medios de comunicación: mientras que en los Estados democráticos la libertad de los periodistas y de las empresas periodísticas frente a interferencias estatales está generalmente garantizada (aunque no tanto, en cambio, la protección de los periodistas frente a las interferencias de su propia empresa), sigue constituyendo un asunto pendiente de resolver el de la igualdad en el acceso a los medios. Es esta una batalla de importancia capital en muchos ámbitos, y el de la política criminal es —por las razones que más arriba se han explicado— uno de ellos. Es preciso, pues, luchar para garantizar el acceso de todos los discursos y de todos los sujetos relevantes a los debates político-criminales de nuestra esfera pública. Y, para ello, seguramente son necesarios cambios legales y compromisos institucionales.
2. Una cuestión de ética y calidad profesional, la formación de los periodistas: necesitamos reflexionar sobre la manera en la que se forma (o no) a los periodistas en cuestiones relativas a la desviación social, así como la forma en la que los medios deciden sobre el enfoque que dan a sus informaciones acerca de estos temas. Esto exige una evaluación de la situación actual y guías de actuación, que progresivamente modifiquen pautas de comportamiento y vuelvan inadmisibles (éticamente inadmisibles) ciertas prácticas (sensacionalismo, racismo, clasismo, sexismo, falta de respeto por acusados y víctimas, etc.) hoy demasiado frecuentes. Algo similar a lo que, por ejemplo, se viene impulsando ya desde hace tiempo para reducir el sexismo en los medios.
3. Una cuestión de estrategia comunicativa: en los movimientos críticos con el punitivismo, necesitamos más expertos y más asociaciones que sean capaces de utilizar los medios de comunicación (con todas sus limitaciones) para llamar la atención sobre casos y problemas de desviación social diferentes, así como para transmitir nuevas ideas sobre casos y problemas más tradicionales. Algo que pasa con la formación en técnicas de comunicación y por disponer de los recursos necesarios para ello.

11. Bibliografía

- Bal, Mieke (1985). *Teoría de la narrativa (Una introducción a la narratología)*, trad. J. Franco, Madrid, Cátedra.
- Blanco, Luisa (2007). “Aproximación al paralenguaje”, *Hesperia*, 10, 83-97.
- Cryle, Peter/ Stephens, Elizabeth (2017): *Normality. A Critical Genealogy*, Chicago/ London, University of Chicago Press.
- Ericson, Richad V./ Baranek, Patricia M./ Chan, Janet B. L. (1991). *Representing Order. Crime, Law, and Justice in the News Media*, Toronto, University of Toronto Press.
- Evans, Vyvyan/ Green, Melanie (2006). *Cognitive Linguistics. An Introduction*, Edimburgh, Edimburgh University Press.
- García Arán, Mercedes (2008). “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 18, 39-65.
- Groupe μ (1993). *Tratado del signo visual*, trad. M. Talens Carmona, Madrid, Cátedra.
- Habermas, Jürgen (1981). *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili.
- Jewkes, Yvonne (2015). *Media & Crime*, Los Angeles/ London/ New Delhi, Singapore/ Washington, Sage.
- Mann, Michael (1991). *Las fuentes del poder social*, tomo I, trad. F. Santos Fontenla, Madrid, Alianza Editorial.
- Mayr, Andrea/ Machin, David (2012). *The Language of Crime and Deviance*, London/ New York, Continuum.
- McQuail, Denis (2010). *McQuail's Mass Communication Theory*, Los Angeles/ London/ New Delhi, Singapore/ Washington, Sage.
- Paredes Castañón, José Manuel (2016a). “La estructura de poder en el procedimiento legislativo español” [en línea], <<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2016/07/la-estructura-de-poder-en-el.html>>. [Consulta: 24/9/2018]
- Paredes Castañón, José Manuel (2016b). “Punitivismo y democracia: las ‘necesidades sociales’ y la ‘voluntad popular’ como argumentos político-criminales”, *Libertas*, 4, 153-202.
- Pratt, John (2007). *Penal populism*, London/ New York, Routledge.

- Sasson, Theodore (1995). *Crime Talk. How Citizens Construct a Social Problem*, New York, Aldine de Gruyter.
- Scheufele, Dietram A. (2000). "Agenda-Setting, Priming, and Framing Revisited: Another Look at Cognitive Effects of Political Communication", *Mass Communication & Society*, 3:2-3, 297-316.
- Soto Navarro, Susana (2005). "La delincuencia en la agenda mediática", *Revista de Investigaciones Sociológicas*, 112, 75-130.
- Surette, Ray (2011). *Media, Crime and Criminal Justice*, Belmont, Wadsworth.
- Varona Gómez, Daniel (2011). "Medios de comunicación y punitivismo", *InDret*, 1/2011.
- Varona Gómez, Daniel/ Gabarrón, Norman (2015). "El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building", *InDret*, 2/2015.
- Wykes, Maggie (2001). *News, Crime and Culture*, London/ Sterling, Pluto Press.

Análisis del dolo y sus elementos en el delito de homicidio de persona internacionalmente protegida: cuestiones problemáticas

Paula Andrea Ramírez Barbosa*

Universidad de Externado de Colombia
Universidad Católica de Colombia

RESUMEN: El delito de homicidio en persona internacionalmente protegida se estructura sobre las condiciones especiales del sujeto pasivo del crimen. El estatus jurídico de la persona internacionalmente protegida garantiza no solo la protección de bienes jurídicos personalísimos, también la tutela de intereses estatales en el extranjero a través del principio de extraterritorialidad, no impunidad y judicialización efectiva. El análisis del dolo en este delito se basa en el elemento cognitivo del *animus necandi*, con independencia de la intencionalidad que persiga el autor. Los criterios adoptados por la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito aportan las directrices de interpretación del delito.

PALABRAS CLAVE: homicidio, persona internacionalmente protegida, dolo, tribunal de apelaciones, cuarto distrito, caso Watson.

ABSTRACT: The crime of homicide in internationally protected persons is structured on the special conditions of the victim. The legal status of the internationally protected person guarantees not only the protection of personal legal interests, but also the protection of state interests abroad through the principle of extraterritoriality, in order to prevent impunity through effective prosecution. The analysis of intent in this crime is based on the cognitive element of the *animus necandi* ("will to murder"), regardless of the intentionality pursued by the author. The criteria adopted by the jurisprudence of the u.s. Court of Appeals for the Fourth Circuit provides the guidelines for the interpretation of the crime.

KEY WORDS: homicide, internationally protected person, intent, Fourth Circuit Court of Appeals, Watson case.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. España. Premio Extraordinario de Doctorado. Master en Estudios Políticos, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal y Grado de Salamanca de la misma Universidad. Ha sido profesora de la Universidad de Salamanca y de la Universidad de Castilla La Mancha. Actualmente es Profesora de las Universidades Externado y Católica de Colombia.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El dolo como elemento estructural del tipo subjetivo. 3. Reflexiones sobre la prueba del dolo y la ceguera intencionada. 4. El dolo en el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida. 5. El homicidio de Terry Watson como persona internacionalmente protegida: hechos relevantes. 6. Actuación procesal y concesión de la extradición de los responsables colombianos del homicidio en persona estadounidense e internacionalmente protegida a la justicia norteamericana. 7. La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos en el caso Watson: el alcance del dolo. 8. Consideraciones finales. 9. Bibliografía.

Rec: 15-09-2019 | Fav: 02-11-2019

“Dolus non praesumitur”

1. Introducción

El análisis de los elementos subjetivos del injusto continúa siendo un tema de especial relevancia en las discusiones dogmáticas y en el estudio de los componentes cognitivos y volitivos del dolo. La doctrina especializada ha desarrollado algunas tesis para proponer soluciones argumentativas frente a los criterios que integran los espectros dogmáticos y procesales del tipo subjetivo. Sin embargo, el alcance de las discusiones resulta inagotable en la determinación de los elementos objetivos que integran la prueba del dolo, como también, en el contenido de los requisitos subjetivos que lo desarrollan, bien se trate, del dolo directo o eventual principalmente.¹

En el delito de homicidio doloso el *animus necandi* o propósito de matar, exige en el autor la presencia concurrente de elementos cognitivos y volitivos en el tipo subjetivo. De una parte, la intencionalidad dirigida contra un sujeto en concreto, o el propósito genérico de producción del resultado muerte, asumiendo potencialmente el autor la producción del atentado contra la vida, que se deja librado al azar y de otra, el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

El delito de homicidio en persona protegida internacionalmente precisa de condiciones específicas en el sujeto pasivo para la aplicación de este tipo penal en los países que lo han incorporado a su legislación interna. No basta causar (conocer y querer) la

muerte de otro, sino también que la víctima posea un estatus de protección especial determinado por su condición de agente internacionalmente protegido conforme la normatividad existente.

La discusión central en la aplicación de este delito se estructura en el conocimiento de la condición del sujeto pasivo por parte del autor, esto es, su carácter de persona internacionalmente protegida y la voluntad dirigida a la producción del resultado muerte de la víctima cualificada por razón de su posición. Por el contrario, el otro enfoque se centra en la condición de la víctima internacionalmente protegida como objeto de tutela especial en la salvaguarda de bienes jurídicos personalísimos, independientemente del conocimiento de las características específicas del sujeto pasivo por parte del autor.

En consecuencia, resulta preciso efectuar un análisis comparado en torno a los elementos tradicionales del dolo y su prueba en el delito de homicidio en persona protegida internacionalmente y el delito de homicidio simple o agravado.² El resultado objetivo, causar la muerte, resulta similar en ambos tipos pena-

¹ Vid. Ferré Olivé, J., Nuñez Paz, M., Ramírez Barbosa, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema*. Ed. Ibáñez, Bogotá. pp. 289 y ss.

² Vid. Conde Pérez, E. (2011). “La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973): análisis y perspectivas actuales de aplicación”, en *Revista Foro Nueva época*, No 13, pp. 111 y ss. Donde afirma que “En la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los informes periódicos del Secretario General de la Organización, así como el trabajo de la CDI, aun inconcluso, sobre la regla *aut dedere aut iudicare*, o la labor desarrollada por organizaciones no gubernamentales de prestigio, como Amnistía Internacional—, si que se puede decir que, por una parte, no ha servido para prevenir o limitar los atentados contra personas internacionalmente protegidas y, por otra, ha resultado en cierta medida superada por los acontecimientos que han tenido lugar desde su adopción, hace casi cuarenta años”.



les, pero se diferencia en la cualificación de la víctima por su condición de persona internacionalmente protegida, lo cual, impactará en el ámbito de jurisdicción y competencia respecto al principio de territorialidad.

El delito de homicidio en persona internacionalmente protegida en la actualidad tiene mayor relevancia que en el pasado, de una parte, por los efectos de la globalización en las relaciones estatales de naturaleza económica, política y jurídica; de otra, por el alcance de la cooperación internacional que estrecha lazos entre los países y fortalece las relaciones diplomáticas entre Estados. El estatus jurídico de persona internacionalmente protegida garantiza no solo la protección de bienes jurídicos personalísimos, sino también la tutela de intereses estatales en el extranjero a través del principio de extraterritorialidad, no impunidad y judicialización efectiva.

La jurisprudencia internacional plantea algunos parámetros específicos sobre el alcance del conocimiento y la adecuación típica del hecho en virtud de las condiciones objetivas de la víctima que resultan afectadas como consecuencia de la conducta del sujeto agente. Ello, en concordancia con *la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, que delimita el ámbito de protección de la norma sobre el sujeto pasivo objeto de tutela.³

La convención indica en su preámbulo el propósito principal del mantenimiento de la paz internacional y el fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre Estados. Considera también, que los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas ponen en peligro la

seguridad de esas personas y crean una seria amenaza para el mantenimiento de relaciones internacionales normales, que son necesarias para la cooperación entre los Estados. Contiene, además, que la comisión de esos delitos es motivo de grave preocupación para la comunidad internacional, por ello, se adoptan medidas apropiadas y eficaces para la prevención y el castigo de esos delitos.⁴

La definición de agente internacionalmente protegido se encuentra recogida en el artículo 1 de la convención referida, la cual prevé que:

... cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa, gozará de este estatus legal.

Lo anterior supone, una delimitación normativa del sujeto pasivo y el ámbito de protección específica prevista para el delito en la norma internacional.⁵

En consecuencia, resulta útil analizar los elementos tradicionales del dolo en el delito de homicidio de persona internacionalmente protegida para determinar el alcance de la norma y las distinciones del tipo subjetivo con el homicidio doloso agravado. Así mismo, verificar el alcance doloso del crimen y sus efectos subyacentes como la extraterritorialidad de la ley penal y la extradición en estos casos.⁶

El análisis, por tanto, incluye la valoración del criterio jurisprudencial actual utilizado por las Cortes Estadounidenses en la judicialización de este tipo de crímenes y la adopción del principio de responsabili-

³ Vid sobre el alcance y contenido de la convención en Conde Pérez, E. (2011). "La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas...", *op. cit.*, pp. 111 y ss. Donde se indica: "la Convención objeto de este estudio no acabó con los atentados contra las personas internacionalmente protegidas y sus dependencias, pues, de hecho, uno de los acontecimientos que más página ha generado para el estudio de diversos aspectos del derecho internacional se produciría poco después de la entrada en vigor de la convención, me estoy refiriendo al *asunto de los rehenes norteamericanos* en Teherán (Estados Unidos de América. República Islámica Irán) en el que «Estados Unidos sostuvo ante el Tribunal Internacional de Justicia que tolerando, alentando, adoptando y esforzándose en explotar y absteniéndose de prevenir y reprimir la acción de los militantes que se habían apoderado de los edificios diplomáticos y consulares norteamericanos, reteniendo en ellos a los rehenes, Irán había violado sus obligaciones internacionales».

⁴ Puede consultarse la Convención en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1564.pdf>

⁵ Vid ampliamente en Tokey, M. (2005). "Fight against terrorism in the light of Convention on the prevention and punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic agents", en *Miskolc Journal of International Law*, núm. 3, vol. 2, pp. 54-58. Vid, también, Denza, E. (2008). *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2.a ed., Oxford University Press, pp. 212-220.

⁶ Green, A. (1974). "Convention on the prevention and punishment of Crimes Against Diplomatic Agents and other Internationally protected persons: An Analysis", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 14, pp. 704-705.

dad objetiva o de imputación subjetiva, recurriendo en este último evento a constatar la intencionalidad genérica o el propósito *necandi* del autor librado al azar. A continuación, se desarrollarán algunas reflexiones asociadas con el alcance del tipo subjetivo del delito de homicidio en persona internacionalmente protegida y sus distinciones con el homicidio convencional.⁷

2. El dolo como elemento estructural del tipo subjetivo

El dolo es la conjugación de los elementos cognitivos y volitivos que se corresponden con el ámbito interno del sujeto, por lo cual, actúa de manera dolosa quien sabe que su acción es típica objetivamente y desea su realización.⁸ Son dos los elementos que integran el dolo: uno es el cognitivo, que se relaciona con el conocimiento de los componentes objetivos del tipo penal; y el segundo, el volitivo, que supone la voluntad dirigida a su consumación o a la obtención del resultado típico cuando se trata del dolo directo, en el caso del dolo eventual se requiere el conocimiento potencial y la previsibilidad del resultado librado al azar.⁹

La doctrina ha clasificado genéricamente en tres las formas del dolo: el directo de primer grado; el directo de segundo grado, y el eventual. El primero se entiende actualizado, cuando el sujeto desea intencionalmente el resultado típico. El segundo, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o posible, el dolo

eventual por su parte, cuando el sujeto no desea el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o asume su realización, pese habérselo representado como posible o probable.¹⁰

Uno de los aspectos más complejos del tipo subjetivo se vincula con en el dolo eventual y la distinción con la imprudencia consciente o con representación, cuando el sujeto no quiere directamente el resultado típico. En ambos supuestos el sujeto considera con probabilidad que se produzca el resultado criminal. La diferencia se vislumbra en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación y probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo delictivo.

Los planteamientos existentes para distinguir el dolo eventual y la imprudencia consciente se vinculan con las teorías de la voluntad y representación, principalmente. La primera asocia el contenido de la voluntad a la conexión entre la conciencia del sujeto con el resultado típico y su aprobación, siendo imprudente con representación los eventos en los que el autor se sostiene en la posibilidad de no producción del resultado.¹¹ De otro lado, la teoría de la representación se fundamenta en el elemento cognitivo del dolo, siendo eventual cuando el sujeto se representa como probable de la realización del tipo objetivo, pese a lo cual, actúa con independencia de si avala o no su resultado. Será entonces imprudente, cuando no la asume como posible o la percibe de difícil comisión, alejándose del elemento volitivo y trasladándose a la esfera de la vulneración de los deberes objetivos de precaución.

Lo relevante en estos casos es determinar el grado de probabilidad en el resultado antijurídico advertido por el autor,¹² en el dolo eventual concurre una amplia probabilidad en la realización del resultado y en la imprudencia, consciente, la posibilidad de comisión resulta remota. Es necesario, en cada supuesto, constatar el deseo del sujeto en la realización del delito, pese a conocer el peligro inherente a la acción, lo anterior, a partir de la valoración de los elementos objetivos disponibles.¹³

⁷ Vid. Conde Pérez, E. (2011). "La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas"... *op.cit.*, pp. 128 y ss., donde indica que "es un complemento necesario de los convenios codificadores de Derecho diplomático y consular, constituyendo, como señaló la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un medio para dar efecto práctico a los conceptos de inviolabilidad y protección especial de dichos tratados, recogidos básicamente en los arts. 22, 29 y 30 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y en los arts. 31 y 41 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963".

⁸ El artículo 22 del Código Penal Colombiano integra una definición de dolo, tanto el directo como el eventual, en los siguientes términos: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar". Valorando conjuntamente los elementos volitivos y cognitivos del dolo de manera concurrente.

⁹ Vid. Ampliamente Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 157 y ss.

¹⁰ *Idem*, pp. 150 y ss.

¹¹ Vid. Ferré Olivé, J., Nuñez Paz, M., Ramírez Barbosa, P. (2010), *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema*. *op. cit.*, pp. 289 y ss.

¹² Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2007), "Dolo e imprudencia en el Código Penal Español", *op. cit.*, pp. 150 y ss.

¹³ Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*, tercera edición. Barcelona, pp. 264 y ss.



Para la teoría del conocimiento lo trascendente es la esfera emocional del sujeto asociada con el resultado, valorando de forma concurrente los deseos intrínsecos del individuo; en la teoría de la probabilidad, el resultado no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción.¹⁴ No obstante, la representación debe recaer no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro o que resultaron lesionados.¹⁵

La norma penal exige, para la configuración de dolo eventual, la confluencia de dos condiciones: (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar. El grado de representación valorado como el conocimiento potencial y conjuntamente el análisis del nivel de previsibilidad, determinarán la categoría de dolo eventual o imprudencia con representación. Por lo anterior, es necesario efectuar un análisis de los criterios objetivos *ex ante* vinculados con las condiciones personales del sujeto a partir de las calidades del hombre medio o sujeto profano y como actuaría en el mismo supuesto, unido a la valoración de las reglas de adecuación social en el caso en concreto.

El dolo eventual se analiza en torno a la situación de riesgo específico, no en abstracto y a la posibilidad de realización del peligro, o producción del riesgo de carácter inmediato y no lejano, en suma, el sujeto actúa con absoluta indiferencia por el resultado o por la situación de riesgo que su conducta genera. El desprecio consciente del sujeto agente se verifica de acuerdo con las reglas de la experiencia, como un factor principal a considerar junto a la previsibilidad de su resultado y la negativa de adopción frente a las medidas que le eran exigibles.

En este contexto, se requiere un actuar con convicción racional de que el resultado probable no se lleve a cabo, si existe voluntad de no realización, se elimina el dolo eventual, pero no la imprudencia con representación. Si existe credibilidad en la no ejecución racional, se reafirma la imprudencia con representación y se excluye el dolo eventual. Lo anterior, supone la determinación mediante elementos externos demostrativos de la peligrosidad objetiva de la conducta o

de la situación de riesgo creado o advertido. Lo anterior, permitirá concluir si el sujeto se representó la probabilidad de producción del peligro específico sin adoptar ninguna precaución para evitar la generación del resultado antijurídico.¹⁶

El conocimiento de los riesgos inherentes a la conducta debe considerarse junto a la infracción del riesgo permitido en la producción del hecho antijurídico. Esto requiere adicionalmente un análisis de las reglas de la experiencia y adecuación social y el estudio de las circunstancias modales y temporales de la conducta. Lo que equivale a la determinación del tipo subjetivo del delito mediante un análisis concreto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el proceder del individuo junto a su entorno.

El conocimiento probabilístico en la producción del resultado típico se aprecia como un proceso que inicia con la puesta en peligro de los bienes jurídicos, cuando concurren factores de riesgos adicionales a la representación del resultado delictivo. Este análisis debe efectuarse caso a caso valorando las circunstancias precisas de actuación del ciudadano profano y el individuo cualificado para concluir en las condiciones particulares del sujeto, desplegándose, en consecuencia, un juicio razonable del injusto subjetivo.¹⁷

Por consiguiente, si el sujeto podía actualizar sus conocimientos frente a los riesgos y a la probabilidad de producción de un resultado lesivo en concreto y decide actuar sin evitar el resultado, dejando así la no producción del resultado aleatoriamente produciéndose una conducta dolosa, entonces, el sujeto debe encontrarse en capacidad de comprender y desear de manera probabilística la causación del resultado delictivo. El problema mayor surge cuando esa previsibilidad se origina del propio contenido material de la norma y no de otros factores precisos de carácter objetivo.

El análisis del tipo subjetivo precisa adentrarse en la esfera personalísima del sujeto con valoración objetiva del acontecer fáctico que caracterizó su actuar. Ello, supone la constatación de los elementos de la dogmática penal en el injusto subjetivo, acompañados de la valoración probatoria concreta para determinar el conocimiento real, particular y potencial, junto a la intencionalidad genérica o específica según el resulta-

¹⁴ Ragues I Valles, R. (1999). "El dolo y su Prueba en el Proceso Penal", Barcelona, pp. 67 y 68.

¹⁵ Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2007), *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁶ *Idem*, pp. 354 y ss.

¹⁷ *Vid.* Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2007), *op. cit.*, pp. 341.

do causado. Los próximos apartados tienen por objeto el análisis de la prueba del dolo con carácter general y su relación con el delito de Homicidio en Persona Internacionalmente Protegida, en particular.

3. Reflexiones sobre la prueba del dolo y la ceguera intencionada

La demostración de la intencionalidad del sujeto activo en el delito es una profunda operación racional e intelectual, que se efectúa mediante la deducción de circunstancias temporales, especiales, anímicas y de contexto, las cuales se extraen de criterios objetivos, como las reglas de la experiencia, ciencia y lógica, también de las normas de adecuación social. La labor de los operadores de justicia en la prueba del dolo está encaminada a constatar un hecho consciente y objetivamente corroborado por factores materiales y objetivos del caso concreto.¹⁸

El proceso de adecuación típica no se agota con la simple verificación objetiva de los hechos, estos se deben valorar en una proyección global del contenido subjetivo del injusto. Lo anterior, supone para el operador jurídico la prueba del elemento cognitivo junto a la intencionalidad del agente con el estudio de los elementos objetivos concurrentes.¹⁹ La prueba del tipo subjetivo no puede estructurarse en factores especulativos o en criterios subjetivos del operador, debe partir de datos concretos, reales y demostrativos.²⁰

Para efectuar la prueba del dolo se precisa un análisis de contexto sobre el comportamiento del sujeto, valorando comparativamente las condiciones del hombre medio con el actuar del agente, considerando, también, sus características específicas de índole profesional, social, familiar y personal que lo distinguen de otros. En consecuencia, se deben verificar de forma concurrente las reglas de la experiencia con la producción del resultado y la distinción entre las conductas aptas con las neutras en la materialización del riesgo.²¹

Sobre el particular Roxin considera que:

... existirá dolo cuando el comportamiento del sujeto pueda interpretarse a partir de su *exteriorización* y conforme a *criterios sociales*. Porque el recurso a criterios normativos supone necesariamente que el sujeto no pueda librarse de su responsabilidad dolosa por el simple hecho de afirmar que no ha querido el resultado.²²

Se establece entonces en la prueba del dolo un análisis *ex ante* individualizado, en el que confluyen factores sociales específicos, determinados por el conocimiento intrínseco, la previsibilidad y las características extrínsecas de la conducta.

En la actualidad cobra protagonismo en el análisis del tipo subjetivo teorías de la *ignorancia deliberada* (*ceguera intencional* o *willful blindness*), cuando el sujeto ha renunciado voluntariamente a la adquisición de conocimientos que, en caso de contar con ellos, llevarían a la caracterización del dolo.²³ Se adelanta así el móvil intencional, cuando el sujeto provoca deliberadamente su propia ceguera, porque le conviene llevar a cabo el comportamiento con falta de conocimiento que se deriva de una “indiferencia grosera” (*grossly indifferent*).²⁴

En la jurisprudencia española, por ejemplo, se ha aplicado la ignorancia deliberada cuyo alcance se relaciona con “no se sabe porque no se quiere saber”.²⁵ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de España 374 de 2017, sobre el particular, expresó: “El desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer”. Por lo cual, debe analizarse la capacidad del sujeto para superar la situa-

²² Disponible en Ferré Olivé, J., Nuñez Paz, M., y Ramírez Barbosa, P. (2010), *op. cit.*, pp. 290 y ss.

²³ *Idem*, pp. 289 y ss.

²⁴ *Vid.* Feijoo Sánchez, B. (2015). “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, No. 3., pp. 3 y ss.

²⁵ *Vid.* Ragués I Valles. (2007). “La ignorancia deliberada en Derecho penal”, *Atelier*, Barcelona. pp. 99 y ss. Quien sostiene que “en muchos de los supuestos en los que se aplica por los tribunales estadounidenses la *willful blindness* sirve para colmar la laguna punitiva que en aquel sistema parece surgir cuando un sujeto, contando ya con un nivel básico de conocimientos acerca de las características de su comportamiento, ha renunciado a conocer más de lo que ya sabía. Por ello, de ser puristas cabría incluso cuestionar que en estos supuestos pudiera hablarse estrictamente de ignorancia, por la sencilla razón de que en la gran mayoría de ellos el sujeto activo cuenta con un grado importante de conocimientos que, en los sistemas continentales, suele bastar por sí solo para apreciar el dolo eventual”

¹⁸ Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, pp. 260 y ss.

¹⁹ Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2007), *op. cit.*, pp. 200 y ss.

²⁰ *Vid.* Ragués I Valles, R. (2004). “Consideraciones en la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de Justicia*, No. 4. pp. 16 y ss.

²¹ *Idem*.



ción de ignorancia en caso de haber querido hacerlo, procurándose dichos conocimientos y que el sujeto se beneficie de la situación de ceguera por él mismo buscada, por tanto, se hubiera podido evitar la infracción o comisión de delito.²⁶

La sensación de antijuridicidad en la ignorancia deliberada como ausencia formal de medidas de prevención del delito, pueden configurar en cada caso un juicio de responsabilidad penal a título de imprudencia o dolo eventual. La forma como se lleva a cabo este análisis es mediante la valoración ponderada, razonable y pertinente de los elementos materiales de prueba en un sistema de libertad probatoria que logre demostrar el conocimiento y voluntad del autor.²⁷

Por otra parte, en el sistema jurídico de los Estados Unidos se aplica no solo la teoría de la ignorancia deliberada, sino también, la teoría de “*recklessness*” o desconsideración, esta última para el sujeto que injustificadamente no considera un riesgo sustancial que el hombre medio hubiese valorado al momento de realización del hecho, bien sea por su elevado riesgo o por sus posibles consecuencias dañosas. En la *willful blindness*, el autor decide de manera preconcebida el

desconocimiento, pese a lo cual, se representa la posibilidad de actuar ilícitamente y lo lleva a cabo.²⁸

Los anteriores criterios son de interés dogmático por la equiparación de la ceguera intencionada con el dolo eventual e imprudencia consciente, aspecto que en la actualidad ha ido fortaleciendo su aplicación. De igual manera, por considerar la negligencia deliberada una tesis propia al eficientísimo penal y legalidad flexible. Respecto a este particular asunto, no debe olvidarse la importancia del elemento subjetivo del tipo como pilar del Estado de derecho, límite al poder punitivo del Estado, garantía de seguridad jurídica y respeto a la dignidad humana.

4. El dolo en el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida

El *animus necandi* es el deseo de matar, que requiere la presencia del dolo con sus dos elementos: conocimiento y voluntad, contenidos en el dolo directo y el eventual. En el primero, se incluye el propósito específico de causar la muerte; en el eventual, el sujeto conoce los elementos del tipo objetivo, sabe el peligro que genera su conducta para la vida y, pese a ello, sigue adelante, bien porque acepta el resultado posible o porque su causación no le resulta relevante, pese a lo cual, continúa actuando.

En el delito de homicidio el elemento subjetivo se infiere de datos objetivo, así, una mayor insistencia en la comisión de la conducta infiere un *animus necandi*, superando la simple idea de infligir un castigo y demostrando la intención de acabar con la vida de otro.²⁹ A su vez, los medios y métodos empleados permitirán constatar objetivamente el propósito del autor.

En el tipo básico de homicidio doloso, la norma penal dispone el castigo para el sujeto que cause la muerte de otro, ello implica, la voluntad específica dirigida al resultado de matar a otra persona y el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Por otra parte, en el homicidio con dolo eventual se causa la muerte de otro individuo siendo previsible el re-

²⁶ Puede resaltarse también, el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 34 de 2007, la cual, para fundamentar el castigo por blanqueo de activos, consideró que “la acción del testafiero implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que, en ocasiones, puede aumentar el riesgo de comisión de un delito, como ocurre en los casos en los que se lleva a cabo sin una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir fundada en causas manifiestamente lícitas. En tales casos el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo. ... Es evidente que el recurrente, cuyo dolo, como se ha visto, no ha sido demostrado, no ha tomado ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma...”.

²⁷ En el proceso penal adelantado en España contra el futbolista Lionel Messi, la Audiencia de Barcelona aplicó la tesis de la ignorancia deliberada equiparándola al dolo eventual en los siguientes términos: “El Tribunal expresó que ... ‘la línea de defensa de este acusado (Lionel Messi) ha sido siempre la misma: desconocer, por completo, las decisiones que se tomaban en relación a la explotación de su imagen. Declara en el acto del juicio que no sabía si tributaba por tales derechos; solo jugaba al fútbol, las decisiones grandes las tomaban los abogados, y nunca le preguntó nada a su padre, porque se fiaba de él. Únicamente sabía que firmaba contratos por los que él tenía que hacer anuncios o posar en fotografías, nada más’. Más adelante el Tribunal refuerza la postura concluyendo que ‘A lo largo de estos años, pues, son muchas las veces en las que hubo de ser convocado para firmar estos contratos, y se mantiene que nunca, en ninguno de ellos, y por ninguna circunstancia, supo del alcance de lo que se cernía en cada compromiso, ni quienes eran las sociedades intermediarias que participaban’”.

²⁸ La ceguera intencionada (*willful blindness*) se encuentra en el precedente “Regina vs. Sleep”, de 1861. Luego, aplicada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso “Spurr vs. United States” de 1899.

²⁹ *Vid.* Manresa, I, (2013). “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o expareja. predicción de la violencia”, en Revista de Derecho UNED, No 12, pp. 439 y ss.

sultado, que se ha dejado conscientemente librado al azar.³⁰

Según Manresa, los criterios objetivos para valorar el ámbito del injusto en el delito de homicidio se vinculan con:

... el arma utilizada, dirección, número y violencia de los golpes; condiciones de tiempo y espacio; circunstancias conexas; manifestaciones del agresor, palabras acompañantes y precedentes a la acción, actividad anterior y posterior; relaciones previas entre víctima y agresor; y el origen de la agresión.

Estos elementos permiten considerar el alcance del ánimo del autor respecto al desprecio de la vida ajena y el grado de intencionalidad del sujeto agente en la comisión del homicidio.³¹

A continuación, dedicaremos especial análisis al delito de homicidio en persona protegida internacionalmente y su distinción en el tipo subjetivo con el homicidio doloso, para lo cual, se estudiará la legislación de Estados Unidos que contiene de forma expresa la siguiente descripción típica:

Título 18, sección 1116 (a) y (c) del código de los Estados Unidos, y ayuda y facilitación de dicho delito, en violación del Título 18, sección 2 del Código de los Estados Unidos.” De otro lado, los literales (a) y (c) de la Sección 1116 del Título 21 del Código de los estados Unidos, establecen:

“(a) Quienquiera que asesine o intente asesinar... a una persona con protección internacional será castigado según se disponga en las secciones 1111... y 1113 de este título.

(b) para efectos de esta sección:

³⁰ *Idem*, pp. 440 y ss. Donde se indica: “El animus necandi puede definirse como el «deseo de matar» lo que implica dolo con sus dos elementos de conocimiento y voluntad. Como concluye la STS (Sala Segunda) de 3 de julio de 2006 que bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea su conducta para el bien jurídico protegido, la vida, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no le impide actuar”.

³¹ *Id.* Manresa, I. (2013), “El animus necandi y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o expareja. Predicción de la violencia”, *op. cit.*, pp. 441 y ss.

(4) “persona con protección internacional” significa...

(B) Cualquier otro representante, funcionario, empleado o agente del Gobierno de los Estados Unidos ... quien al momento y en el lugar en cuestión tenga derecho conforme a la ley internacional a recibir protección especial contra ataques a su persona, su libertad o su dignidad ...

(c) Si la víctima de un delito según la subsección (a) es una persona con protección internacional fuera de los Estados Unidos, los Estados Unidos podrá ejercer jurisdicción sobre el delito si

(1) La víctima es representante, funcionario, empleado o agente de Estados Unidos.”

A su vez, la Sección 1111 del título 18 del Código de los Estados Unidos precisa:

“(a) El asesinato es la muerte ilegal de un ser humano con premeditación. Todo asesinato llevado a cabo con veneno, mientras se espera, o cualquier otro tipo de asesinato premeditado intencional, deliberado y malicioso, cometido al llevar a cabo, o intentar a cabo, algún incendio, escape asesinato, secuestro, traición, espionaje, sabotaje, ataque sexual agravado o ataque sexual, abuso infantil, hurto o robo; o llevado a cabo como parte de un patrón o una práctica de ataque o tortura en contra de un menor o menores; o llevado a cabo de manera premeditada ilícita y maliciosamente para causar la muerte de algún ser humano que no sea el que se mata (SIC), es asesinato en primero grado.

Cualquier otro tipo de asesinato es asesinato en segundo grado.

(b) penas

Quienquiera que sea culpable de asesinato en segundo grado, será castigado con algún período de años de encarcelamiento o con cadena perpetua.

El legislador norteamericano con esta norma busca castigar el delito consumado y la tentativa de cometerlo, cuando la conducta delictiva de homicidio en persona internacionalmente protegida se produce sobre la vida de un sujeto pasivo calificado. La condición de víctima plantea un vínculo funcional y formal entre el individuo y el Estado, se contiene entonces, una salvaguarda especial para el sujeto pasivo objeto de tutela, independientemente de quien produzca su muerte o intente causarla.

El ámbito de protección de la norma contiene varias formas modales que sancionan el asesinato pre-

meditado intencional, deliberado y malicioso de una persona internacionalmente protegida o la tentativa de causarle la muerte. De ahí, que se trate de un homicidio cualificado por las condiciones del sujeto protegido, respecto de otros individuos y, por tanto, se disponga de un castigo severo de hasta cadena perpetua en la legislación penal norteamericana.

Una cuestión relevante surge del análisis del tipo y la esfera de protección normativa asociada al conocimiento del autor sobre la condición de la víctima y con ello, la intencionalidad de causar su muerte por ser Persona Internacionalmente Protegida. La otra posibilidad se suscita cuando el sujeto agente conoce la condición especial del sujeto pasivo y le causa la muerte de forma intencionada por un móvil distinto al de ser persona internacionalmente protegida.

Los próximos apartados están destinados al examen del delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, en el estudio del caso Terry Watson, un ciudadano estadounidense designado oficialmente en una misión diplomática norteamericana como Agente Especial de la Administración para el Control de Drogas (DEA) en Colombia. El señor James Terry Watson fue asesinado en la ciudad de Bogotá por miembros de una banda criminal integrada por varios sujetos que se dedicaban al secuestro, hurto, homicidio o lesión de sus víctimas, ello, con el propósito de despojar a sus víctimas de dinero a través de la sustracción de sus tarjetas bancarias.³²

Como consecuencia de la muerte del señor Watson en territorio colombiano por ciudadanos de este país, se iniciaron investigaciones penales en los Estados Unidos (principio de extraterritorialidad) y en Colombia (principio de territorialidad). Los Estados Unidos solicitaron ante las autoridades colombianas la extradición de los autores y partícipes de los crímenes cometidos contra Terry Watson. El delito principal imputado en la Corte Federal norteamericana fue por el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, con base en su legislación interna y en la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*.³³

En consecuencia, se abordarán los principales aspectos del caso Watson y el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, así: 1. Hechos en Colombia; 2. Actuación procesal y la decisión de autorización de extradición de ciudadanos colombianos por la Corte Suprema de Colombia. 3. Decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos que analizó la cláusula al debido proceso de la Quinta enmienda, respecto del procesado Edgar Javier Bello Murillo y el alcance del dolo en el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, entre otros.

Lo anterior, con el propósito de efectuar un análisis sobre el alcance del dolo en el crimen de homicidio en persona internacionalmente protegida y los elementos cognitivos y volitivos requeridos al sujeto agente en este delito, así como sus diferencias con el delito de homicidio doloso sin sujeto pasivo cualificado.

5. El homicidio de Terry Watson como persona internacionalmente protegida: hechos relevantes

El propósito de este apartado es exponer los antecedentes generales y procesales del caso como punto de partida, para conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar del desarrollo de los hechos criminales que dieron lugar al proceso por el delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, siendo víctima el señor James Terry Watson.³⁴

El señor Watson nació en los Estados Unidos de Norte América y en su calidad de Agente Especial de la Administración para el Control de Drogas (DEA) fue asignado por su Gobierno a la Oficina Regional de Cartagena (Colombia). Ostentando acreditación como miembro de la Embajada de esa Nación en Colombia

³² Información disponible en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12902990>.

³³ Disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/three-colombian-nationals-sentenced-prison-kidnapping-and-murder-dea-agent-terry-watson>.

³⁴ La *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* es un tratado multilateral del que forman parte más de 79 Estados, entre ellos Estado Unidos y Colombia, este último se adhirió el 16 de enero de 1996, previa expedición de la Ley 169 de 1994. En aplicación de este convenio se habilita la extradición como mecanismo idóneo para prevenir y castigar los delitos allí descritos cometidos contra las personas señaladas en su texto. El artículo 8-2 establece que “si un Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe una demanda de extradición de otro Estado parte con el que no tiene tratado de extradición, podrá, si decide concederla, considerar la presente convención como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos”.

desde el 19 de julio de 2010, hasta el 21 de junio de 2013, fecha en la que se presentó su asesinato.³⁵

Por su condición de agregado de la Embajada de los Estados Unidos de Norte América en Colombia, el señor Terry Watson, se encontraba amparado por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1991 y, por ende, era una persona con protección internacional reconocida. Según el artículo 29 de esa Convención, el señor Watson era un agente diplomático acreditado, con derecho a protección por parte del Estado Colombiano para evitar algún ataque en contra de su vida, libertad y dignidad.³⁶

La noche del 20 de junio de 2013, tras compar-tir con algunos amigos y compañeros de labor en un establecimiento de comercio de Bogotá, el señor Watson abordó un vehículo de servicio público, cuyo conductor hacía parte de una agrupación criminal que operaba en el sector y quien se dedicaban a la retención e inmovilización de pasajeros que abordaban el taxi. Tras desposeerlos de sus pertenencias y doble-garlos física y mentalmente, obtenían así, sus números de identificación personal para luego, retirar en los cajeros automáticos de la ciudad, el dinero que las víctimas tuvieran en sus cuentas bancarias entre otras graves conductas. Hechos criminales en los que participaban también otros dos taxis que transportaban a los restantes asaltantes, como a quienes harían utilización de las tarjetas electrónicas en orden a consumir los delitos en las cuentas de las víctimas.³⁷

³⁵ *Vid.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 2 y ss.

³⁶ La Corte Constitucional declaró exequible la Ley 169 de 1994 mediante sentencia C-396 del 7 de septiembre de 1995, indicó que “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”, razón por la cual “el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales sobre la base de la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional”. Precisó además que, la Convención es un “instrumento que recoge ampliamente el clamor de gran parte de los países que conforman la Comunidad Internacional acerca de la necesidad de fortalecer su justicia y capacidad para castigar penalmente aquellos delincuentes cuyas acciones van más allá de la simple comisión de delitos, pues sus actos de agresión constituyen una seria amenaza para el mantenimiento de las relaciones internacionales y pueden desestabilizar sus relaciones en aspectos políticos, sociales, judiciales, y aún, económicos”.

³⁷ *Vid.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 2 y ss.

En funcionamiento esta empresa criminal, los miembros de la banda procedieron a retener físicamente al señor Watson, cuando opuso resistencia fue objeto de aturdimiento con choques eléctricos, lesiones de naturaleza contundente y heridas con arma punzocortante que causaron su muerte por shock hipovolémico. Con posterioridad, y como resultado del crimen, se iniciaron las investigaciones penales de forma concurrente en Estados Unidos y Colombia. La actuación procesal en este último país culminó con la extradición de los responsables hacia Estados Unidos, resultando condenados allí a severas penas de privación de la libertad como autores y partícipes del delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, conforme la legislación norteamericana.³⁸

En adelante desarrollaremos los principales aspectos de la actuación procesal en Colombia, la cual terminó con la extradición de los miembros de la organización criminal a la justicia norteamericana, así como también las razones jurídicas de dicha decisión.

6. Actuación procesal y concesión de la extradición de Colombia a los responsables del homicidio en persona internacionalmente protegida internacionalmente.

La Corte Federal de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia formalizó la solicitud de extradición de los responsables del crimen por asesinar a una persona internacionalmente protegida. Solicitud que se efectuó por el delito de homicidio de persona internacionalmente protegida que supone la violación del título 18, sección 1116 (a) y (c) del Código de los Estados Unidos, y el Título 18, sección 2 del código de ese país.³⁹

La norma prevé el asesinato de un oficial y empleado de los Estados Unidos, en violación del título 18, sección 1114 del Código y también, la ayuda y facilitación de dicho delito, en violación del título 18, Sección 2 Código de los Estados Unidos. A los responsables se les acusó por el delito de concierto para secuestrar a una persona internacionalmente protegida, en violación del título 18, sección 1201 (c) del Código de los Estados Unidos, y el secuestro de una persona internacionalmente protegida en viola-

³⁸ *Vid.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 18 y ss.

³⁹ *Idem*, pp. 4 y ss.

ción del título 18, sección 1201 (a) (d) del Código de los Estados Unidos. De igual forma, por la ayuda y facilitación de dicho delito, en violación del título 18, Sección 2 del Código de los Estados Unidos. A su vez, atacar a un oficial o empleado de los Estados Unidos, en violación del Título 18, Sección 111 del Código de los Estados Unidos, y ayuda y facilitación de dicho delito, en violación del Título 18, Sección 2 del Código de los Estados Unidos; y atacar a una persona internacionalmente protegida, en violación del Título 18, Secciones 112 (a) y (e) del Código de los Estados Unidos, y ayuda y facilitación de dicho delito, en violación del Título 18, Sección 2 del código de ese país.⁴⁰

En atención a dicha solicitud, el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, conceptuó que entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, se encuentra vigente la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*. Convención que fue suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1963, a la cual se adhirió Colombia el 16 de enero de 1996.⁴¹

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia conceptuó de manera favorable la solicitud de extradición de los miembros de la organización criminal responsables de la muerte del señor Watson. La Corte indicó que “el crimen se debe considerar como cometido no solo en el lugar en donde ocurrieron los eventos físicamente, sino también en el territorio de los Estados Unidos de América,” quien “tiene el derecho a reclamar jurisdicción para investigar y juzgar la conducta que afectó sus intereses clave”.⁴² La Corte aplicó el principio de extraterritorialidad de la ley penal, fundado su criterio en el principio de especial protección, que en el caso se correspondía con la personalidad del sujeto pasivo cualificado por su condición de agente internacional-

mente protegido por normas internacionales y nacionales.⁴³

También indicó la Corte que:

... de allí que es posible sostener que aunque el homicidio del agente no se ejecutó por razón de su función diplomática, con su muerte sí se afectaron otros bienes jurídicos significativos para el Gobierno Americano, en razón a la importancia de las actividades adelantadas por el sujeto pasivo de cara a las funciones que cumple la Agencia para la cual trabajaba dentro del esquema de seguridad nacional de los Estados Unidos, de donde se activa en este caso el *principio de protección* arriba reseñado, que hace viable la extradición solicitada, para respetar los compromisos internacionales, especialmente el contenido en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive sus Agentes Diplomáticos.⁴⁴

La Corte Suprema de Justicia avaló la extradición de los responsables de la muerte de Terry Watson, al considerar que el caso se regía por la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, normativa internacional que dispone “a los fines de la extradición entre Estados partes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el país donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción”.⁴⁵ Disposición que traslada la jurisdicción al lugar de nacionalidad de la víctima y fija la competencia en sus tribunales para adelantar el proceso respectivo.

La Corte Suprema de Colombia en su decisión no efectuó una valoración profunda del tipo subjetivo, vinculado con el conocimiento de las condiciones de la víctima como persona internacionalmente protegida y la voluntad de los responsables de causarle la muerte en razón a su estatus legal. La decisión judicial indicó que los responsables no conocían la condición de persona internacionalmente protegida del señor Watson. Asimismo, se limitó a verificar

⁴⁰ Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Conceptos con los radicados: 42115-42116-42117-42118-42119-42120-42121, abril 2 de 2014.

⁴¹ El Estado Colombiano retiró la reserva efectuada a los numerales 1.°, 2.°, 3.° y 4.° del artículo 13.° de la Convención, ya que al tenor de los artículos 491 y 496 de la Ley 906 de 2004, los aspectos no regulados por la Convención deberán regularse por lo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, el trámite de extradición debe regirse por las normas del Código de Procedimiento Penal.

⁴² Vid. Decisión de la Corte Suprema de Justicia del 2 de abril de 2014. Radicación No. 42117.

⁴³ Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Conceptos con los radicados: 42115-42116-42117-42118-42119-42120-42121, abril 2 de 2014.

⁴⁴ Vid. Decisión de la Corte Suprema de Justicia del 2 de abril de 2014. Radicación n° 42121.

⁴⁵ Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Conceptos con los radicados: 42115-42116-42117-42118-42119-42120-42121, abril 2 de 2014.

los requisitos formales previstos en la normatividad nacional vigente y en los tratados internacionales debidamente ratificados y suscritos por Colombia. Lo anterior, en virtud de la naturaleza formal y mixta de la extradición que no debate aspectos probatorios de la doble incriminación.⁴⁶

En la decisión de la Corte se aplicó la *Convención internacional sobre protección de personas internacionalmente protegidas*, en la que se establece la prevalencia del principio de extraterritorialidad por personalidad pasiva o fuero especial de la víctima cuando ostente el estatus contenido en la norma. En este caso resultó irrelevante el conocimiento de los miembros de la organización sobre la protección legal de la víctima, puesto que en este delito lo relevante no es el dolo del autor, sino el estatus del sujeto pasivo como persona internacionalmente protegida.

7. La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos en el caso *Watson*: el alcance del dolo

El tribunal del caso aplicó la doctrina Brehm, al considerar que no es arbitrario procesar a un acusado en los Estados Unidos si sus “acciones afectaron de manera significativa los intereses estadounidenses”. Doctrina que prevé incluso la jurisdicción si el individuo no tenía la intención de afectar dichos intereses, se considera, por tanto, que los Estados Unidos tienen un interés significativo en la protección de sus agentes diplomáticos mientras representan a su país en el exterior.⁴⁷

En el caso *Watson*, la solicitud del debido proceso del acusado se estructuró en el argumento de que su proceso en este país era fundamentalmente injusto, ya que él no sabía que el agente *Watson* era una persona internacionalmente protegida y, por tanto, no podía haber previsto que sería llevado ante un Tribunal en Estados Unidos por los crímenes que cometió en Colombia.⁴⁸

Según la jurisprudencia del caso *Brehm*, no se requiere que los acusados entiendan que podrían estar sujetos a un proceso penal en los Estados Unidos en tanto que entendiesen de manera razonable que su conducta era delictiva y que estarían sujetos a un proceso legal contra ellos en algún lugar. Lo que equivale, en este caso, a un dolo genérico de matar a un sujeto con independencia de sus condiciones particulares de protección.

El fundamento de la responsabilidad penal en los Estados Unidos, conforme al criterio jurisprudencial, se estructura en torno al conocimiento. Particularmente, con el elemento intelectual vinculado a la ilicitud de la conducta, lo cual supone el conocimiento antijurídico preciso. El dolo, en estos casos, se concibe sobre la base de un componente principal, el conocimiento genérico con repercusiones penales, el desvalor de la conducta se estructura en el conocer que la conducta ocasionará la muerte de otro, independientemente de las consecuencias que se produzcan vinculadas a la jurisdicción y competencia.

La Corte de apelaciones consideró relevante en el análisis del caso *Watson* la convención ratificada por ambos Estados, en relación con el estatus legal de la persona internacionalmente protegida, que establece que cada uno de los países firmantes o el “Estado parte” debe criminalizar actos particulares cometidos contra una persona internacionalmente protegida, incluyendo secuestro y asesinato. El convenio requiere que cada Estado parte “emplee dichas medidas según sea necesario para establecer su jurisdicción sobre esos crímenes,” cuando “se cometan en el territorio de dicho Estado” o cuando “se cometan en contra de una persona internacionalmente protegida que goce de su estatus como tal en virtud de las funciones que ejerza en representación de dicho de Estado”.⁴⁹ El fundamento principal de la norma no es el dolo o los elementos objetivos del delito, sino el conocimiento de los efectos de su conducta relacionados con la naturaleza del sujeto pasivo, en este caso, persona internacionalmente protegida.

La Corte valoró, como factor determinante, que la convención estableciera de forma específica que los crímenes de secuestro y asesinato de una persona internacionalmente protegida:

⁴⁶ El Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, prevé el sistema de extradición en los artículos 509 a 514, por su parte el Código Penal Sustancial Colombiano, Ley 599 de 2000 en el artículo 18.

⁴⁷ *Id.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 18 y ss.

⁴⁸ *Id.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 19 y ss.

⁴⁹ *Id.* La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, del 14 de junio de 2016. No 15-4235, pp. 20 y ss.

... se tratarán, con el propósito de extradición entre los estados parte, como si hubieran sido cometidos no sólo en el lugar en el que ocurrieron, sino también en los territorios de los estados en cuestión quienes pueden exigir establecer su jurisdicción.

Fijando de este modo el alcance de la extraterritorialidad por el principio de personalidad pasiva, vinculado a las condiciones del sujeto pasivo y a la naturaleza convencional de su protección, resultando irrelevante el conocimiento del sujeto activo sobre la calidad de la víctima.⁵⁰

El estatus del sujeto pasivo como una persona internacionalmente protegida es un “elemento jurisdiccional” que permite el procesamiento por asesinato y secuestro en los tribunales federales de los Estados Unidos. Así lo argumentó el tribunal de apelaciones acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en cuya jurisprudencia expresó que los tribunales, por lo general, “interpretan los estatutos penales para exigir que un acusado posea una *mens rea*, o mente criminal, respecto a cada elemento de un crimen.”⁵¹

Las exigencias de *mens rea* por lo general no se extienden a los elementos jurisdiccionales de un crimen. Lo que supone que “la existencia del hecho que confiere jurisdicción federal no debe necesariamente estar en la mente del actor al momento en que perpetrar el acto que lo convierte en criminal.”⁵²

La norma estadounidense confiere la jurisdicción sobre el asesinato de una persona internacionalmente protegida, incluyendo su asesinato de otro país, si “la

víctima es un representante, funcionario, empleado, o agente de los Estados Unidos”. En consecuencia, el estatus persona internacionalmente protegida de la víctima es un elemento jurisdiccional del crimen de asesinato. No siendo requerido que el perpetrador conozca el estatus de su víctima para poder cometer el crimen de asesinato de esta específica naturaleza.⁵³ Lo anterior, como criterio jurisprudencial de las cortes norteamericanas que adquieren carácter vinculante en razón a los criterios que rigen el *common law*.

El Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito también se pronunció respecto a los elementos del crimen de secuestro en el caso *Watson*, los cuales incluyen que haya una condición *mens rea*. No se requiere, por tanto, que el perpetrador conozca, al restringir de la libertad o privar de la vida, a la víctima y que esta tenga la condición de persona internacionalmente protegida. El estatus de la víctima es la base de jurisdicción en los Estados Unidos. En consecuencia, consideró que no existía mérito para el argumento de *mens rea* presentado por el acusado, por tanto, mantuvo las condenas por conspiración de secuestro y asesinato.

El criterio expuesto por la jurisprudencia del tribunal de apelaciones supone la base determinante de la jurisdicción y competencia fijado en criterios objetivos, de una parte, la existencia de una norma supranacional que prevea el estatus de protección en una persona internacionalmente protegida, y de otra, el dolo específico de causarle la muerte. El conocimiento del sujeto agente resulta ser el factor principal a considerar en el desarrollo del crimen, esto equivale a la proyección del ánimo del sujeto vinculado al elemento intelectual de producir la muerte de otro. No resulta imprescindible el conocimiento particular de las condiciones personalísimas de la víctima. En el homicidio de persona internacionalmente protegida, además del conocimiento *ex ante* del actor respecto a la producción del resultado muerte, el *animus necandi* se vincula con la intencionalidad directa o eventual de afectar el bien jurídico de la vida.

La decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos genera cuestionamien-

⁵⁰ Un efecto de la aplicación de la convención indica que si la persona internacionalmente protegida ha sido secuestrada o asesinada en Colombia y las autoridades colombianas han aprendido al supuesto criminal, el convenio le da la opción a Colombia de procesarlo o extraditarlo al país que acordó el estatus de persona internacionalmente protegida a la víctima.

⁵¹ Ver *Luna Torres vs. Lynch*, 136 S. Ct. 1619, 1630 (2016) (basándose en el caso *Elonis vs. Estados Unidos*, 135 S. Ct. 2001, 2009-10 (2015)).

⁵² En la decisión del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, de forma expresa se indicó que: “gobierno afirma que el acuerdo de declaración de culpabilidad de Bello le impide argumentar en favor de su apelación de *mens rea*. Ver escrito del Apelado 27 (en el que se juzga la afirmación de que *mens rea* es un “argumento de interpretación normativo” como parte de la renuncia al derecho a apelar de Bello). Debido a que Bello presenta su argumento *mens rea* únicamente para apoyar su petición de respeto a su derecho en la Quinta Enmienda, sin embargo, es adecuado que no extendamos —y rechacemos— dicho argumento hoy”. Consideración en la que valoró adicionalmente la decisión de *Estados Unidos vs. Feola*, 420 U.S. 671, 676 n.9 (1975).

⁵³ Como fundamento de esta postulación, el Tribunal de apelaciones aplica la doctrina del caso *Feola*, 420 U.S. en 684 donde se concluye que “el estatuto hace que un crimen sea federal cuando se asalta a un funcionario federal y que en ese caso simplemente se requiere “el intento de asalto, y no un intento de asalto a un funcionario federal”.

tos relevantes desde la dogmática penal tradicional, asociados de una parte, al principio de responsabilidad subjetiva y de otra, al alcance de los elementos objetivos del tipo relacionados con el conocimiento de la condición especial del sujeto pasivo como persona internacionalmente protegida y el propósito de causarle la muerte. No obstante el alcance de protección de la convención internacional, es preciso de amparar el principio de personalidad pasiva con el ámbito de jurisdicción aplicado al lugar de nacionalidad de la víctima y de también, al no requerir para su aplicación de un requisito particular sobre el conocimiento del sujeto agente sobre la calidad de persona internacionalmente protegida.

8. Consideraciones finales

El delito de homicidio en persona internacionalmente protegida está destinado a proteger víctimas cualificadas en razón a sus condiciones personales y su vinculación estatal derivada de la función profesional que ostentan. En el modelo de imputación subjetiva del derecho penal norteamericano, el elemento del *mens rea* ha ido objetivándose mediante la incorporación de estándares que combinan parámetros cualitativos y cuantitativos de acreditación y prueba de los hechos en el proceso penal.

Es una condición particular que el elemento subjetivo del delito como una realidad psíquica del sujeto se materializa en un hecho externo de la acción concreta. La concordancia entre el *actus reus* y el *mens rea* es un presupuesto de lógica formal para afirmar la responsabilidad penal del sujeto, valorando aspectos determinados como el tiempo de la acción, el momento en que se produce el daño o el resultado. El *mens rea* se expresa en el grado de intensidad de culpabilidad, lo cual supone valorar si el acusado ha llevado a cabo y de forma consciente el hecho desencadenante del daño.

Debe obrar coincidencia entre el *actus reus* y el *mens rea* en la valoración del propósito y conocimiento demostrado objetivamente al inicio de la realización comportamental del individuo, que se traduzca, desde el baremo del hombre medio, en posibilidades reales de creación del riesgo. Requiriéndose conjuntamente la valoración de factores objetivos que constaten si el autor conocía circunstancias específicas desencadenantes del delito. Lo anterior supone un

análisis *ex ante* de las condiciones de tiempo, modo y lugar vigentes al momento de producirse el delito, las cuales permiten concluir si el sujeto era consciente de la posibilidad del ataque al bien jurídico en concreto.

En la adecuación típica de la conducta del sujeto que causa la muerte a una persona internacionalmente protegida de nacionalidad estadounidense, aplicando los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito, lo fundamental es valorar la condición objetiva del sujeto pasivo como persona internacionalmente protegida, de acuerdo con el ámbito de protección de la norma convencional. El conocimiento exigible se relaciona con los medios empleados y las circunstancias precisas del sujeto encaminadas a producir la muerte, Independientemente del conocer las calidades especiales de la víctima que resultó fallecida como consecuencia del *animus necandi* del autor.

La característica del delito como un tipo penal especial de tutela de la vida y otros bienes jurídicos de personas internacionalmente protegidas, por su naturaleza pluriofensiva en lo que respecta a los bienes jurídicos conculcados con la conducta del agente, suponen la vigencia de una presunción de derecho sobre las condiciones de la víctima, las cuales pueden exceder el conocimiento del autor. Las dificultades se expresan en la conjunción de los modelos disímiles de imputación y judicialización como sucedió en el caso Watson, particularmente, con la figura de origen continental dogmática del error de tipo sobre el sujeto pasivo. Situación que resulta indiferente en el modelo de judicialización anglosajón y que no fue objeto de análisis detenido por la justicia colombiana en el estudio de la extradición hacia los Estados Unidos.

9. Bibliografía

- Andrés Sáenz de Santa María, M. (1994). "El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11.
- Bou Franch, V. (2002). "Las inmunidades internacionales y el artículo 36 de la Ley núm.1/2000, de 7-I-2000, de Enjuiciamiento Civil", en *Revista de Derecho de la Vniversitat de València*, 1.
- Callegari, A., Moura Masiero, C., Cancio Meliá y Ramírez Barbosa, P. (2016). *Crime Organizado: tipi-*

- cidade, Política Criminal, Investigação e Processo*, Porto Alegre: ed. Livraria Do Advogado.
- Carrera Hernández, F. (2006). “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, en *Revista Española de Derecho Internacional* (REDI), LVIII.
- Carrera Hernández, F. (2007). “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII.
- Castro Cuenca, C. y Ramírez Barbosa, P. (2010). *Derecho Penal Económico. Parte General*, Bogotá: ed. Ibáñez.
- Conde Pérez, E. (2011). “La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas Internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973): análisis y perspectivas actuales de aplicación”, en *Revista Foro Nueva época*, Núm. 13.
- Denza, E. (2008). *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2.a ed., Oxford University Press.
- Feijoo Sánchez, B. (2015). “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3.
- Fernández Tomás, A. (2013). “Las lesiones a las personas como excepción a la inmunidad de jurisdicción y su aplicación a los actos de las fuerzas armadas: una crítica a la sentencia de la CIJ en el asunto de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, en S. Torres Bernárdez, J.C. Fernández Rozas, C. Fernández de Casadevante, J. Quel López y A.G. López Martín (coord.). *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sanchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013.
- Ferré Olivé, J., Nuñez Paz, M., Ramírez Barbosa, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema*. Ed. Ibáñez, Bogotá.
- Ferrer Lloret, F. (2007). “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: Un análisis desde la práctica de España”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII.
- Green, A. (1974), “Convention on the prevention and punishment of Crimes Against Diplomatic Agents and other Internationally protected persons: An Analysis”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 14.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 4a. ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, España.
- Manresa, I. (2013). “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. predicción de la violencia”, en *Revista de Derecho UNED*, No 12, pp. 439 y ss.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*, tercera edición. Barcelona.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*, 5a ed., Reppertor, Barcelona.
- Ragues I Valles, R. (1999). *El dolo y su Prueba en el Proceso Penal*, Barcelona.
- Ragues I Valles, R. (2004). “Consideraciones en la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de Justicia*, Núm. 4.
- Ragués I Vallès, (2007). *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal -Parte General*, Civitas, Madrid.
- Sanz-Diez De Ulzurrun Llunch, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Schünemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Tokey, M. (2005). “Fight against terrorism in the light of Convention on the prevention and punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic agents”, *Miskolc Journal of International Law*, Núm. 3, Vol. 2.



Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico- evolutiva



Sinthya de la C. Ramos Guerra*

Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte
Loynaz sinthya.caridad@reduc.edu.cu

Daniel Y. Pérez Legón**

Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte
Loynaz daniel.legón@reduc.edu.cu

RESUMEN: Cuba, como cualquier país del mundo, ha tenido implícito en su amplio decursar como nación la anuencia de fenómenos como la corrupción, y aún más grave, vinculada esta a hechos que vislumbran su coexistencia con la delincuencia organizada. Todo lo cual se evidencia graficando, a través de las diversas etapas históricas por las que ha atravesado la isla, los hechos y características más significativos que demuestran la existencia de corrupción en su vínculo con determinados atisbos de delincuencia organizada.

En un recorrido histórico que parte de la etapa colonial española, transitando por la pseudorrepublica hasta la actualidad, se comprobó que en las etapas precedentes ambos fenómenos se hallaban estrechamente afines con la impudicia e impunidad de los gobiernos imperantes, cuya degeneración impregnó en la sociedad cubana de la época un estado de decadencia y putrefacción.

En tanto, ante lo que una vez fue corrupción y delincuencia organizada con un nivel de centralización gubernamental, viene, a modo de exorcismo, el triunfo de la Revolución cubana a purgar todo lastre de esta índole. No obstante, durante esta nueva etapa, igualmente se manifiestan otras formas de corrupción y delincuencia organizada asociadas, por una parte, a la influencia del régimen imperialista norteamericano y a sus métodos injerencistas y hegemónicos para con la isla, con fines de derrocar al sistema socialista imperante, y por otra, a los propios errores cometidos en la construcción de esta nueva sociedad.

PALABRAS CLAVE: corrupción, delincuencia organizada, etapas, colonial, neocolonial, triunfo de la revolución, periodo especial.

* Profesora de Derecho Penal General de la Universidad de Camagüey “Ignacio Agramonte Loynaz”. Presidenta de la Cátedra Honorífica de Estudios Jurídicos “Ignacio Agramonte Loynaz”. Email: sinthya.caridad@reduc.edu.cu

** Jefe del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Camagüey “Ignacio Agramonte Loynaz”. Profesor Principal del Colectivo de la Disciplina de Ciencias Penales y Criminológicas. Email: daniel.legón@reduc.edu.cu

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

ABSTRACT: Cuba, like any country in the world has had implicit in its broad as a nation the consent of phenomena such as corruption, and even more severely, linked to events that envision its coexistence with organized crime. All of which is evidenced by graphing through the various historical stages that the island has gone through, the most significant facts and characteristics that demonstrate the existence of corruption in its link with certain glimpses of organized crime.

In a historical journey that starts from the Spanish colonial stage, going through the pseudo-republic until today, it was found that in the preceding stages both phenomena were closely related with the impudity and impunity of the ruling governments whose degeneration impregnated in the Cuban society of the time a state of decay and rot.

In the meantime, before what was once corruption and organized crime with a level of government centralization, comes as a way of exorcism the triumph of the Cuban revolution to purge all such ballast. However, during this new stage other forms of corruption and organized crime are manifested, associated, on the one hand, to the influence of the US imperialist regime and its interference and hegemonic methods towards the island, with the purpose of overthrowing the prevailing socialist system, and, in the other, to the mistakes made in the construction of this new society.

KEY WORDS: corruption, organized crime, stages, cologne, neocolonial, triumph of the revolution, special period.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa Colonial. 3. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa Neocolonial. 4. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa de la Revolución triunfante hasta la actualidad; 4.1. Etapa de 1959 a 1976; 4.2 Etapa del 1976 hasta 1989; 4.3. Etapa de la Crisis de los 90 (Período Especial) hasta la actualidad. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Rec: 15-09-2019 | Fav: 02-11-2019

1. Introducción

Resulta un tanto complicado el escenario nacional e internacional donde interactúan corrupción y delincuencia organizada, debido a que, como un ser viviente, nacen, se desarrollan, pero perduran indefinidamente en el tiempo, no logrando fallecer como lo haría naturalmente cualquier ser humano. Esto, debido a que son deformidades o lastres sociales que se nutren de otros fenómenos iguales o más dañinos que ellos mismos, como es el caso de la globalización neoliberal.

Tanto la corrupción como la delincuencia organizada son en la actualidad uno de los problemas más grandes que sufre la humanidad en general, y es que no pasa ni un solo día sin que veamos sus consecuencias, ya sea de forma directa o indirecta.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible comprende, dentro del objetivo 16, “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”; principalmente, en sus metas 16.4, “De aquí a 2030 reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada”, y 16.5, “Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”.¹

¹ Vid. Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Organización de Naciones Unidas en: <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollossostenible.pdf>

Consultado el 5 de febrero de 2018 a las 9:35 am, p.1-50.

De tal forma, tales flagelos han tenido una mirada de atención por parte de la comunidad internacional a través de las distintas alternativas para su tratamiento que ofrecen los cuerpos jurídicos internacionales. Así, la cooperación internacional a comenzado a socorrer a través de la implementación de instrumentos legales que forman parte de las políticas públicas que han surgido para amparar esta colaboración. Entre estos instrumentos se pueden mencionar, como los más significativos, a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,² adoptada en la Asamblea General de esta organización, celebrada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, la cual entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 con la ratificación de 30 Estados, con el objetivo de prevenir y sancionar la corrupción; de allí su ámbito de aplicación con un diapason universal, por la amplia gama de regulaciones dirigidas tanto al sector público, al privado y a la población mundial en general.

Otro de los instrumentos de obligada mención es la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,³ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000. Esta posee 147 Estados signatarios y 100 Estados parte, y constituye el principal instrumento internacional en la lucha contra la delincuencia organizada; su campo de acción va dirigido principalmente a la penalización de esta conducta y la cooperación internacional y técnica, así como su aplicación.⁴

Por lo tanto, en el caso de Cuba corresponderá analizar su situación actual, pero partiendo de un breve estudio retrospectivo a través de su decursar histórico; incluso, se decidió periodizar la etapa revolucionaria. Todo esto, con el fin de comprobar la existencia o no de estos fenómenos a lo largo del tiempo. En Cuba, desde sus orígenes y en su evolución como Estado, han existido manifestaciones de corrupción en su vínculo indisoluble con la delincuencia organizada. La presencia de fenómenos de este tipo dentro de

su territorio nacional es un fenómeno que, a pesar de sus características distintivas que pueden influir en las diversas variantes en que se manifiesta, lastró la superestructura del país y afecta de un modo considerable la economía nacional, pero también a la sociedad en su máxima expresión.

Antes del triunfo de la Revolución cubana, e incluso durante la conquista y colonización española, así como de forma sostenida durante la pseudorepública, estos fenómenos se hicieron eco de los distintos gobiernos imperantes en la isla, arraigándose en la sociedad como un mal, incluso moral, que formaba parte de la estrategia de la política foránea para dominar.

De esta forma, desmigajar cada una de esas etapas y las incidencias más significativas brindará una visión un tanto más cabal del desarrollo y comportamiento de estos fenómenos en Cuba.

2. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa Colonial

Desde sus inicios, Cuba estuvo fuertemente impactada por la repercusión de la conquista española, que inició con el teniente Diego Velásquez en el año 1510, quien fuera su primer gobernador, y duraría hasta el capitán general Adolfo Jiménez Castellanos y de Tapia, a quien le correspondiera el triste honor de entregar la isla a los Estados Unidos de América el 1º de enero de 1898. Con esto, se computan 387 años de la presencia española, un poco más de tres siglos, en los cuales se dio, provechosamente, un amplio proceso de transculturación que perfilaría lo que actualmente representa la riqueza de la cultura e identidad cubana, tiempo en el cual también se impregnaron determinados vicios del régimen feudal a los usos y costumbres de la Cuba aborígen.

Define a esta época un régimen de corrupción política y administrativa institucional, impuesto por la incidencia de la expansión de la Corona española hacia la isla como parte de su afán por consolidar riquezas por medio de la posesión de tierras; la explotación de minas de oro, cobre y plata, y el fortalecimiento del monopolio del comercio entre la colonia y la metrópolis. Circunstancias aprovechadas por una considerable parte de la población de entonces para desarrollarse económicamente con fórmulas ilícitas que burlaban el monopolio comercial de la metrópolis y

² Vid. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en: https://www.unodc.org/documents/.../COMPENDIO_UNODOC_FINAL.pdf

³ Vid. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_nu_cont_delin_organi_transna.pdf

⁴ Martínez Martínez, José: *Estrategias multidisciplinares de seguridad para prevenir el crimen organizado*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, España, 2015, p. 15. ISBN: 978-84-490-5386-3.

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

contribuyeron a la creación de una cultura de contrabando y comercios ilícitos.

Algunos de los primeros vestigios de corrupción comenzaron a develarse a través de los cargos públicos, tal es el caso de la Real Cédula número 318 del 20 de junio de 1533,⁵ que corresponde a la sentencia de apelación en el juicio de residencia de Gonzalo de Guzmán, quien ocupase el cargo de teniente gobernador de la isla de Cuba, donde se le acusa, entre muchos delitos, de recibir dádivas, ser parcial, no cumplir varias providencias y cédulas y de que, sin tener facultad, realizó reparticiones y expidió escrituras de propiedades tomando para sí el pago salarial de los oficiales reales.

Todas estas funciones administrativas del gobierno se convirtieron, rápidamente, en fuentes de privilegio, de enriquecimiento ilícito, de copiosas y perjudiciales influencias que llegaban a pagarse hasta en la cámara del Rey. De allí que resulte un tanto curioso el solo esbozar el enunciado de la Real Cédula número 342, del 10 de abril de 1539, y se cita:

Carta de los oficiales reales Hernando de Castro y Juan de Agramonte con noticia de lo que pagan; necesidad de alterar el valor de la moneda; deficiencia del Alcalde mayor”; por supuesto iba dirigida a sus majestades, dejando entrever tan solo una leve percepción de toda la red de corrupción ya existente.⁶

Por su parte, las llamadas Encomiendas eran, de las instituciones del régimen colonial, la más nefasta. Su sistema era un acto simulado, que conmutó la idea de dar protección, instrucción y conversión al catolicismo de la raza aborígen al verdadero propósito de enriquecimiento, ante el que poco a poco la raza dominada fue sucumbiendo, bajo los designios de los blancos colonizadores.

La iglesia, como principal protagonista en la dirección y ejecución de esta institución, y, por supuesto, los principales involucrados —sus altos apoderados eclesiásticos— eran una muestra evidente de corrupción. Así se entiende según la Real Cédula número

336, del 20 de enero del año 1539,⁷ correspondiente a una carta enviada por Lope Hurtado en la que comunica su llegada y denuncia abusos del obispo Diego Sarmiento. En ella se relata cómo el pontífice tomó del Veedor,⁸ por orden de los reyes españoles, 297 000 maravedís⁹ con el objetivo de darlo en limosnas, lo cual fue totalmente incierto debido a que los malgastó. De igual forma, refiere que al ser nombrado como inquisidor se aprovechaba de su cargo para hacerse dueño de todo, hasta de las mujeres que gozaban de buen parecer; además, le acusaba de hurtar los derechos en mercadería que introducía y vendía como tratante.

Las denominadas Leyes de Indias no se cumplían, y quedaron ocultos estos hechos bajo la maleza de reales decretos, cédulas y disposiciones que ocultaban el rostro de la consunción. Pronto toda aquella explotación se convertiría en un efectivo acto de corrupción bajo el velo de una verdadera delincuencia organizada, teniendo como protagonistas no más que el consorcio corrupto entre la Colonia y los actuantes influyentes de la Corona española.

Esta se pudiera catalogar como una primera etapa en el desarrollo de la corrupción en la isla, lo cual denotaba una creciente criminalización de la sociedad de la época, caracterizada por el desmesurado exterminio de la raza indígena, el rompimiento del orden social preexistente y el fuerte impacto psicológico que representó la conquista para la población de entonces y para las futuras generaciones.

Una segunda etapa dentro de la Colonia se caracterizó por la formación de nuevos arquetipos de organización y el afianzamiento de la economía, elementos que culminaron en novedosas formas de relaciones sociales y una reestructuración de la sociedad. Para llevar a cabo este proceso, se hizo necesaria una mayor cantidad de mano de obra, la cual había sufrido los embates de la desaparición de la población indígena, la cual fue reemplazada por la importación compulsiva de negros esclavos africanos a la isla.

⁵ Cit.V. gr. Colectivo de Autores., *Colección de Documentos Inéditos... III, op. cit.*, p. 8.

⁶ Veedor: También conocido por el nombre de *Factor* era el oficial real que en las Indias recaudaba rentas y tributos de la Corona.

⁷ Maravedís: Antigua moneda española utilizada entre los siglos XII y XIX, fue sustituida por la dobla de oro. Los maravedís castellanos y moriscos, de una sexta parte de la onza antigua, debían su talla a un sistema ponderal distinto al que se introducía, por lo que era imposible equipararlos con los divisores del marco de Colonia, cuyo peso era de 3.8 a 3.85 gramos.

⁵ Colectivo de Autores. *Colección de Documentos Inéditos Relativos al Descubrimiento, Conquista y Organización de las Antiguas Posesiones Españolas de Ultramar*. Tomo 6, De La Isla De Cuba, III. Ed. Real Academia de la Historia, Madrid, España, 2018.p.3

⁶ Cit.V. gr. Colectivo de Autores., *Colección de Documentos Inéditos... III, op. cit.*, p. 6.

Esto introdujo una serie de cambios socioculturales y étnicos que provocaron niveles superiores de corrupción, en los que se podía entrever las primeras huellas en la historia de la isla de una naciente y poderosa red de delincuencia organizada introducida por esta empresa.¹⁰

Según narra Fernando Ortiz en su exquisita obra *Los negros esclavos*,¹¹ el contrabando se hizo muy común en la isla, y a pesar de la “licitud” de determinadas licencias para transportar negros como mano de obra hacia la isla, por lo cual el gobierno español recibía grandes sumas de ducados, muchos eran introducidos clandestinamente, y los cargamentos eran vendidos ilícitamente a determinados hacendados cubanos.

Hacia el siglo XVIII, la tolerancia respecto a la trata fue en aumento; el tráfico de tabaco, admitido por la compañía monopolizadora, aseguró el intercambio de este por negros en las costas de África, los cuales eran posteriormente introducidos a Cuba. Un ejemplo de esto lo constituye la Real Cédula número 313 de 31 de mayo de 1527,¹² la cual se refería a determinados disturbios que armó el teniente de gobernador Gonzalo de Guzmán al detener a un genovés, cuyo nombre se desconoce, quien llevaba en una nave algunos esclavos negros sin licencia, delito que consentía muy a menudo el teniente de gobernador. Sin embargo, ante la reticencia del genovés a fiarle algunos de dichos esclavos, Gonzalo de Guzmán decidió aprehenderlo en la iglesia donde este último se escondió. En tanto, en el año 1835 se constituye la Legión Auxiliar Británica con la finalidad de, entre otras cosas, controlar el tráfico marítimo en gran parte del Cantábrico. Esto fue aprovechado por Inglaterra para eliminar el tráfico de esclavos, por lo que a aquella carga humana que fuese encontrada en una nave ocupada se declararían libre y se le enseñaría un oficio; sin embargo, al no existir control sobre su destino, estos eran devueltos a las plantaciones y explotados. Incluso, para legalizar su condición de servidumbre, expedían a su nombre certificados de defunción de esclavos fallecidos y pagaban alguna que otra suma de dinero por la expedición

de estos. Fue tal el contrabando que se generó que el número de esclavos africanos aumentó a la par de las riquezas de los esclavistas.¹³

En tanto, en lo sucesivo y en contraposición a esta situación oficial y al estado de cosas, con el surgimiento de la nacionalidad se desarrolla el pensamiento liberal que sustentó las gestas libertarias. Los principales líderes del movimiento independentista, hijos de españoles radicados en la isla, para entonces auto reconocidos como *criollos*,¹⁴ se formaron en Europa al calor de las corrientes del liberalismo en boga, lo cual marcaría una tercera etapa dentro de este período. Aunque su propósito fundamental era obtener la liberación del régimen colonial, entre sus justificaciones se encontraban la lucha contra la corrupción y los desmanes del régimen colonial español.

De allí tan importante el artículo que escribiera José Antonio Saco el cual tituló *Memoria sobre la vagancia en la isla de Cuba*, donde plasma la situación corrupta de la época y, aunque no es terminología utilizada por él, se puede dilucidar en la descripción de sus palabras la existente delincuencia organizada que, valiéndose ambos fenómenos uno del otro, inunda un sinfín de prácticas viciosas, como las casas de juego, las cuales, infectadas de miembros corrompidos, infectan a la sociedad a conveniencia de las autoridades, las cuales no juegan su posición de freno bien sea por empeños o consideraciones.¹⁵

En tanto, se puede retomar al Dr. Fernando Ortiz, etnólogo y destacado criminólogo cubano, quien estudió a profundidad el desarrollo de la delincuencia en esta etapa y su influjo para períodos posteriores. En su análisis, además de darle preponderancia a factores de índole antropológica devenidos de la composición étnica de la sociedad cubana, tan abrupta y diversa, incorpora en factores sociales y razona que no solo se importó fuerza de trabajo, sino cultura, costumbres, temperamentos, virtudes, vicios, etcétera.

¹⁰ Santamaría García, Antonio: Cuba. “Evolución socio-económica y formación nacional”. *Revista de Indias*, Vol. LVI, No. 207. Ed. Instituto Universitario Ortega y Gasset Madrid, 1996, p. 510.

¹¹ Ortiz Fernández, Fernando: *Los negros esclavos*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1975. p.81.

¹² Cit. *V.gr.*, Colectivo de Autores., *Colección de Documentos Inéditos... III, op. cit.*, p.12.

¹³ Limia Díaz, Ernesto: *Cuba Libre. La utopía secuestrada*. Ed. Casa Editorial Verde Olivo, La Habana, 2015, p. 126-127.

¹⁴ Término que surgió en la época colonial para nombrar a las **personas nacidas en América que descendían exclusivamente de padres españoles o de origen español**. [En línea] Disponible en: <https://definicion.de/criollo/>. Consultado el 5 de marzo de 2019, a las 2:00 pm.

¹⁵ Saco, José Antonio: *Memoria sobre la vagancia en la isla de Cuba*. Disponible en: <https://bdigital.bnjm.cu/secciones/literatura/ autores/63/obras/63505.pdf> Consultado el 9 de enero de 2019 a las 11:30 am.p.3.

Todos estos factores étnicos, unidos tanto a la inmigración como a factores vinculados a diversas psicologías, dieron paso a lo que se conoce como el *hampa cubano*, fenómeno que abarcó todas las esferas y estratos sociales, y fomentó la corrupción a diversos niveles, sentando las bases para una peculiar delincuencia organizada.

3. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa Neocolonial

Ya para finales del siglo XIX el gobierno norteamericano interviene en la guerra cubano-hispanoamericana, participando en una ofensiva que los cubanos tenían prácticamente vencida, por lo que, al ocupar militarmente el país, desarman al ejército mambí y consiguen frustrar el sueño independentista de José Martí y de miles de patriotas cubanos que vieron frustrados sus ideales libertarios. Por lo tanto, Cuba, aquella isla ubicada geográficamente como la llave del Golfo que después de las guerras de Secesión y consolidación de los EE.UU. como Estado independiente y soberano había sido reconocida como foco de la codicia perpetua de este, se convierte en una empresa azucarera bajo el dominio y control del capitalismo norteamericano, el cual instala una república neocolonial.

En este período histórico se profundizan intensamente las bases del fenómeno de la corrupción, llegando a manifestarse los nexos con la delincuencia organizada a nivel de la superestructura del Estado. Las distintas intervenciones extranjeras traen consigo, entre otras cosas, la creación de la afamada *botella*,¹⁶ expresión de estos fenómenos.

Mientras tanto, los gobiernos de turno, bajo el velo del intervencionismo capitalista, no escaparon de fomentar la corrupción apoyada por un entramado de delincuencia organizada. Tal es el caso del gobierno del presidente José Miguel Gómez (1909-1913), el cual se caracterizó políticamente por esplendrosos cambios en el orden legislativo, en materia civil, mercantil e hipotecaria, aparte de que se organizó al ejército, popularizó la enseñanza, etc.; sin embargo, administrativamente se caracterizó por los negocios turbios a la sombra de leyes beneficiosas que dejaron

figuras en beneficio de la corrupción. En su administración se entramaron negocios deshonestos; se restituyó la Renta de Lotería de la época de la colonia; nacía una nueva clase adinerada que, beneficiada por lo anteriormente expuesto, se apertrechó de lujosos chalets y otras comodidades. Refiérase al *bombín*, el cual era considerado un aprovechado de cualquier situación indecorosa; no se daba mucho a ver en la palestra pública, pero se cubría detrás de los honorarios de sus notarías, de sus bufetes, detrás de sus renombrados apellidos, o de un negocio de cualquier índole que les diera ganancias; no votaba ni se mezclaba con el barrio, pero a la hora de ocupar un cargo público era el primero en aparecer, y detrás de la fama de persona decente, una vez establecidos en un cargo, aprovechaban para robar.

Se enriquecían legisladores, ministros, subsecretarios, administradores de aduana, hasta empleados de ínfima categoría, como porteros, cobraban por pasar público a los ministerios. De allí que el presidente José Miguel Gómez fuera calificado por el pueblo de *Tiburón*, ampliando luego tan fidedigno pseudónimo por la broma de: *Tiburón se baña, pero salpica*.

Todo esto fue un lastre consecuentemente arrastrado por los vicios que se instauraron y se hicieron endémicos en la Colonia, unido a la nula educación cívica que padecía la sociedad en general. En lo sucesivo, cada uno de los gobiernos que se radicaron padeció de tener una vértebra que los unía expresada en no menos que una escandalosa corrupción político-administrativa.

Otro de los gobiernos que estuvo imbuido en esta especie de vértebra corrupta fue el gobierno de Machado, convertido en una verdadera dictadura, y su figura en la de un inverosímil verdugo.

Aunque ciertamente ha de señalarse el cúmulo considerable de obras públicas que se llevaron a cabo, como la construcción de la carretera central, el Capitolio, la extensión del Malecón, la pavimentación de las calles en seis capitales de provincias, entre otras, esto quedó en un ínfimo y reducido espacio cuando las obras comenzaron a plagarse de malversaciones y dilapidaciones al erario público, de asesinatos y desapariciones.

Resulta de nuestra opinión relevante para describir la putrefacción en la que se encontraba inmersa Cuba a mediados del año 1933, luego del gran Cuartelazo, cuando Machado fuese destituido, el artículo del pe-

¹⁶ Se llamaba así al hecho de inflar con plazas falsas los empleos en cargos públicos y administrativos para realizar el cobro sin desempeñar trabajo alguno.



riodista Luis F. de Almagro, que se publicara el 20 de agosto de 1933 en la *Revista Bohemia* bajo el título “El Imbroglío cubano”, donde se describe a grosso modo el estado de corrupción político-administrativa y, por qué no, de una delincuencia organizada, establecida y asentada, y a modo de súplica el autor pide una serie de cambios y concesiones para romper con estos fenómenos.

En el artículo mencionado, Almagro se refiere a la necesidad de disolver los Cuerpos Colegisladores, por encontrarse constituidos por ladrones y asesinos usurpadores; también pide la búsqueda y captura de senadores y representantes fugitivos para que respondieran ante el pueblo cubano por sus robos y crímenes; la separación por decreto de los miembros del Poder Judicial cómplices, por acción u omisión, de los delitos de Machado —esto incluye casi todos los miembros del Tribunal Supremo, las audiencias, los jueces y todos los fiscales—; los juicios residenciales de todos esos funcionarios ladrones que se habían enriquecido con el dinero del pueblo para que al menos fueran confiscados los bienes; denuncia la necesidad de que hombres como Carlos Miguel de Céspedes o Wilfredo Fernández —quienes todo lo que tenían era producto del robo, la estafa o la malversación, desde el Dragado hasta el último farol de la ciudad— restituyeran lo robado al pueblo cubano y que no pudieran ir a disfrutarlo tranquilamente al extranjero; la disolución de los partidos políticos militantes en tiempos de Machado, innoblemente a sueldo de Machado y de sus políticos ladrones; se propone la expulsión deshonorosa del Ejército, previa degradación ante las tropas formadas, de los jefes oficiales y clases que cooperaron al sostenimiento de Machado, y lista una serie de cargos, como el coronel auditor Guerrero y sus cachanchanes de la Auditoría Militar, los aplicadores de leyes de fugas y los supervisores de Policías, calificándolos a todos de asesinos. Muy acertadamente el artículo terminaba de la siguiente manera:

¡Sólo así puede quedar satisfecho el pueblo cubano del enorme esfuerzo realizado para hundir al DESPOTA vil, y servir de escarmiento y lección saludable para el futuro! En la próxima Constitución habrá que copiar de la del Soviet LA PENA DE MUERTE PARA LOS MALVERSADORES DE LOS CAUDALES PÚBLICOS. ¡Tiene que desaparecer de la ideología del político cubano la teoría de que el Poder lo habilita para el pi-

llaje! ¡Tienen que desaparecer los bufetes o corporaciones de caracteres esencialmente económicas, pero con careta esencialmente política, como un famoso bufete con iniciales C. C. C. en que cada una representaba un partido político de Cuba y que esa ficción ha estado permanentemente asaltando al Erario Público. Es preciso quitarle de modo radical al político cubano EL VICIO DEL ROBO!¹⁷

Así culminaba otra etapa presidencial dentro de aquel rompecabezas neocolonial, donde el pan nuestro de cada día iba aderezado de una cruda y real corrupción estrechamente vinculada con una creciente y típica delincuencia organizada.

En tanto, unos años después, en el período que se identifica como el de los gobiernos auténticos, pero específicamente en el comprendido de 1944 a 1948, en el segundo mandato del presidente Ramón Grau San Martín, se concedieron algunos beneficios respecto al aumento de los salarios, así como la fijación de un sueldo mínimo para los empleados estatales. No obstante, la corrupción de su gobierno radicó, en primer lugar, en la permisibilidad en cuanto a la distorsionada aplicación por parte del ministro de Educación, José Manuel Alemán, del inciso K de la Ley No.7 de abril de 1943 o de Ampliación Tributaria, cuyo texto trataba sobre la asignación de una parte importante de las recaudaciones fiscales obtenidas mediante esa legislación a la creación de nuevas plazas para maestros. Por supuesto que esto fue un abono importante que permitiría el crecimiento de una cuadrilla que se enriqueció bajo el velo de los fondos de educación, empezando por el propio ministro, quien en pocos años se hizo de fastuosas propiedades tanto dentro como fuera del país, desde su magnífica residencia en Miami Beach, hasta varias fincas de cultivo en la provincia de Pinar del Río. Este es conocido como el caso más sorprendente en la historia de Cuba de enriquecimiento repentino.¹⁸

Incluso, un reportaje de la época en la *Revista Bohemia*, titulado “La economía cubana bajo el gobierno de Grau”,¹⁹ escrito por Jacinto Torras, demuestra

¹⁷ De Almagro, Luis: “El Imbroglío cubano”. *Revista Bohemia*, No. 31 de 20 de agosto de 1933, La Habana, p.16.

¹⁸ Gaspe Álvarez, Latvia. “Simuladores en nuestra historia”. *Periódico Juventud Rebelde*, 15 de julio de 2013. Consultado el 12 de febrero de 2019 a las 2:00 pm. p.4

¹⁹ Torras, Jacinto. “La economía cubana bajo el gobierno de Grau”. *Revista Bohemia*, No. 41 de 10 de octubre de 1948, Revista Bohemia, La Habana. p.62-63.

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

con cifras precisas cómo se dilapidó el Tesoro Público, lo cual generó un déficit de más de 50 millones de pesos; un aumento considerable en la nómina oficial de personas sin trabajar como consecuencia de la “botella”, ya establecida como institución tradicional; un aumento escandaloso del precio de la ropa, el calzado y de otros artículos de primera necesidad popular, sin que existieran índices oficiales que lo demuestren o registren para su medición, e incluso manejos turbios en la Renta de Lotería.

Sin embargo, existe un hecho de extrema significación que va a perfilar lo que conocíamos por delincuencia organizada desde el punto de vista gubernamental, a nivel de Estado. En el período comprendido del 22 al 26 de diciembre de 1946 se organiza, en el Hotel Nacional de La Habana, la mayor reunión, hasta el momento, de delincuentes de la historia de América Latina y el Caribe: exactamente 500 mafiosos entre capos, choferes, sicarios y guardaespaldas bajo el mando organizador de Meyer Lansky, el hombre que introdujo la mafia en Cuba. Este cenáculo no es más que un plan elaborado y prolongado en el tiempo que en el gobierno de Fulgencio Batista tomará auge, mutando de esa delincuencia organizada conocida a otra con similares características, pero con el apoyo del gobierno, más fuerte, más audaz sobre la base de una corrupción político-administrativa ya arraigada, envenenada y añejada.

Dentro de este andamiaje de corrupción, de presidentes puestos y depuestos, cayendo uno tras otro, llega al poder Carlos Prío Socarras (1948 a 1952). En esta etapa aumentó aún más la incidencia de corrupción político-administrativa heredada por su antecesor, según un artículo escrito por Blas Roca, secretario del Partido Socialista Popular, bajo el título “El Primer Año”.²⁰ El autor, al realizar un balance valorativo de los primeros 12 meses de mandato de Prío, destaca el acelerado enriquecimiento de este y su camarilla, su actuación fascista en el movimiento sindical, sus relaciones con la bolsa negra y los imperialistas; incluso resulta interesante la aparición de una figura que demuestra la existencia de delincuencia organizada, que ya a la sombra del gobierno de Grau comenzaba a sentar sus cimientos: hablese del gansterismo, el cual operaba en pandillas y contaba

con el apoyo y la protección del aparato estatal para sus fechorías.

En este texto también se señala cómo Prío, al aprobar la Ley del Gansterismo —que, no obstante, no sirvió para encarcelar a ningún gánster—, envió a prisión a campesinos honrados y a trabajadores decentes que intentaban defenderse de los *porristas*.²¹ Mientras, las opiniones de la prensa de la época respecto al nivel de corrupción y delincuencia organizada, en cuanto al gobierno de Prío, se hacen eco una de otra. Tal es el caso de las disímiles críticas que fundamentara Eduardo R. Chibás²² en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en su artículo “Un año de cordialidad”:

El panorama nacional es tétrico: peculado, prebendaje, caos y corrupción sin precedentes en el Ministerio de Hacienda, las obras públicas están paralizadas, no hay medicinas en los hospitales, no hay desayuno escolar, no se pagan los adeudos a los Veteranos de la Guerra de Independencia, no se paga el retiro Militar, los pagos del retiro Civil se hacen con un 50% de descuento, incremento del gansterismo...²³

Más adelante, continua exponiendo, como se puede ver en la Causa 82 de 1949, abierta por el Senador Pelayo Cuervo contra funcionarios corruptos, entre ellos nada más y nada menos que el exministro de Educación José Manuel Alemán, elemento corrupto del gobierno de Grau, que estos personajes continuaron en el poder hasta la administración de Prío; es decir, se denuncia una corrupción heredada y no amputada, por una malversación de 174 000 000 pesos. Ante esta Causa, el régimen pidió se sobreseyera, con lo cual los funcionarios quedan impunes y se demuestra la complicidad en las malversaciones entre el gobierno de ese momento y el anterior.

En tanto, toda una red delincencial de hampones controlaba la venta y el contrabando de drogas, los cuales crecían a ritmos acelerados en lugares públicos, así como su consumo en espacios cerrados. Se fomentan por estos clanes la prostitución, la vagan-

²¹ Persona pagada por un funcionario público para reprimir de forma sanguinaria a aquellos que por sus ideales no concordan con el régimen imperante.

²² Político cubano, fundador del Partido Ortodoxo en el año 1947, caracterizado por su acento en la denuncia a la corrupción que existía por parte de los miembros del Partido Auténtico y del gobierno imperante.

²³ Chibás, Eduardo R. “Un año de cordialidad”. *Revista Bohemia*, No. 41 de 9 de octubre de 1949, La Habana, pp. 78-80.

²⁰ Roca, Blas. “El Primer Año”. *Revista Bohemia*, La Habana, p.73.

cia y la mendicidad infantil, todo lo cual es expuesto y denunciado por Ramón Vasconcelos, ministro de Gobierno de Prío, el 19 de septiembre de 1949 en el periódico *Alerta*.

Otra pieza extraordinariamente importante para describir la presencia de estos fenómenos en la república neocolonial fue el gobierno dictatorial de Fulgencio Batista, el cual asciende al poder en dos momentos: el primero, del 10 de octubre de 1940 al 10 de octubre de 1944, y el segundo, en el cual nos centraremos por ser el más extenso y denso en cuanto a la afluencia de estos fenómenos, del 10 de marzo de 1952 al 1 de enero de 1959, al cual asciende luego de derrocar mediante un golpe de Estado a Prío Socarrás.

La corrupción en este período se manifestó a niveles escandalosos, así como la existencia de una poderosa delincuencia organizada instaurada desde la camarilla del gobierno batistiano. Comienza una dilapidación desmesurada de los fondos públicos a través de la malversación de estos, teniendo por principales protagonistas, en primer lugar, al tirano y sus familiares; luego, los ministros, consejeros, oficiales del ejército, alcaldes y demás funcionarios. Las obras públicas se convirtieron en la médula de los negocios sucios de la tiranía a través de la práctica corrupta de los funcionarios del gobierno en complicidad con las empresas constructoras y sus contratistas, quienes alteraban los precios. Un simple ejemplo es que por una modesta aula escolar se pagaban 45 000 pesos, cuando su valor real era, cuanto más, de 5 000, lo que demuestra que por cada aula escolar la malversación fue de 40 000.

El contrabando también tomó un auge sorprendente en esta época, debido a que se introducían por aeropuertos militares al país, principalmente, artículos electrodomésticos, y según fuentes consultadas esta actividad la controlaba uno de los hijos del general Francisco Tabernilla, jefe del Ejército. La Renta de Lotería, las botellas y otras formas tradicionales de malversación fueron ampliamente explotadas por esta camarilla.²⁴

Un elemento importante de esta etapa son los vínculos de Batista con la mafia norteamericana, y especialmente con dos de los más importantes jefes mafiosos establecidos en EE.UU., Meyer Lansky y Lucky

Luciano, pero principalmente con el primero. Lansky y el entonces coronel Batista se habían conocido en el año 1933; a partir de entonces, acordaron los papeles del juego que, una vez en el poder, este último llevaría a cabo, cuando el 10 de marzo ocurriese el golpe de Estado, a consecuencia del cual se sentarían las bases para la instauración del imperio mafioso en La Habana, liderado por una potente delincuencia organizada. Ese era el prometido futuro para Cuba de no haber triunfado la Revolución.

Amparados por la sombra del gobierno batistiano, y primordialmente de su presidente, se desata un punto intermedio en Cuba entre las fuentes abastecedoras de la heroína y los mercados consumidores de Norteamérica, desatando la era de la cocaína en Cuba. La delincuencia organizada llega a tal punto que se organizaron operaciones a cargo de cuatro familias mafiosas, dirigidas por el corso Amleto Battisti y Lora, Amadeo Barletta, Santo Trafficante (padre) y Meyer Lansky. Sus operaciones iban dirigidas, entre otros fines, al establecimiento de casinos en los principales hoteles de La Habana y la zona norte del municipio Nuevitás en la provincia de Camagüey.

La prostitución y el juego eran el rostro de Cuba que el presidente Batista consentía vender a los turistas norteamericanos; pero no solamente la capital fue inundada por estas actividades, sino también zonas como Caimanera, un pequeño pueblo situado en la provincia de Guantánamo, muy cerca de la base naval ocupada ilegalmente por los norteamericanos. Esta última tenía que soportar la alta tasa de prostíbulos que complacían a los corruptos marines yanquis y, además, era punto de concentración de todo tipo de lacra y narcotraficantes, a quienes la policía diariamente exigía su tajada de la ganancia. A medida que el pueblo caía más en la miseria y en la mala fama, Batista entraba en todo tipo de negocios con los delincuentes más afamados del mundo, a fin de enriquecer sus arcas personales.²⁵

La presencia en Cuba de la mafia norteamericana representó la máxima expresión de estos fenómenos que, amparados por la corrupción política, el despilfarro del erario público, los vicios, la prostitución, los juegos, entre otros elementos, institucionalizaron la corrupción en un juego de doble moral consentida en una sociedad que impactaba a todos los sectores, ex-

²⁴ Le Riverend, Julio, Oliva Brunet, Waldo y Sampedro Brito, Mario. *Historia de Cuba 6*. Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1978, pp. 31-38.

²⁵ Cirules, Enrique. *El imperio de La Habana*. Ed. Letras Cubanas, La Habana, 1999, p.65.

presándose a través de una subcultura que irradiaba a los pequeños negocios y el resto de las actividades lucrativas.

Resulta significativo cómo tal situación fue descrita magistralmente por Fidel Castro en su alegato histórico por el juicio del Moncada, que devino en el programa político de la lucha insurreccional que dio al traste con el triunfo revolucionario de enero de 1959. En este se resumen los principales problemas del país, entre los que se reconoce, de manera relevante, a la corrupción. Años después, el 22 de junio de 1972, en la Universidad Carolina de Praga, entonces Checoslovaquia, Fidel refiere su explicación de lo que significó el Programa del Moncada y citamos:

... En primer lugar, en las condiciones de nuestro país nos permitió ver con toda claridad la esencia de nuestros problemas económicos y de nuestros problemas sociales y sus causas más profundas, nos permitió comprender la época en que vivíamos, nos permitió comprender la historia y las leyes de la historia; sobre todo nos permitió saber en qué consistía la sociedad y cómo vivíamos en una sociedad clasista, y cómo la humanidad hasta este siglo vivió universalmente bajo sociedades de clases; y qué es una sociedad de clases, y quiénes son los explotadores, y quienes son los explotados, y quiénes son los privilegiados, y quiénes son los olvidados, y quiénes son los parásitos dentro de la sociedad, y quiénes son los creadores de la riqueza, quiénes son los verdaderos oprimidos y quiénes son los verdaderos opresores...²⁶

4. Apreciación del fenómeno de la corrupción y su vínculo con la delincuencia organizada en la Etapa de la Revolución triunfante hasta la actualidad

a. Etapa de 1959 a 1976

La fuga del tirano Fulgencio Batista, la madrugada del 1° de enero de 1959, significó la ruptura de 60 años de dominación imperialista y, por tanto, la expulsión de muchos lastres, como la corrupción y todo lo que este fenómeno entraña. La Revolución, por su naturaleza, significó un proceso de transformación radical. El ideal revolucionario ya en el poder

tenía entre sus propósitos fundamentales acabar con el régimen de corrupción imperante; de allí que el 5 de enero de 1959 se disolvió de forma permanente el Congreso de la República, y sus funciones pasaron al Consejo de Ministros. Asimismo, el 13 de enero de ese mismo año Fidel Castro canceló el convenio con EE.UU. que mantenía una misión militar norteamericana como asesora del Ejército cubano. Ese mismo día se reorganizó el Tribunal de Cuentas, y se sustituyó a una infinidad de funcionarios corruptos que se habían enriquecido bajo la tolerancia de la dictadura.²⁷

En tal sentido es de relevancia para este exorcismo anticorrupción recuperar las palabras que pronunciara Fidel Castro el 4 de enero de 1959, en la provincia de Camagüey:

Vamos a empezar, que lo que hay es que empezar. Y empezar por donde estemos, si estamos en un municipio, empezar por ahí mismo; y cada cual empezar por el suyo y empezar por su provincia y empezar por todas partes. Vamos ahora a lanzar una ofensiva contra la corrupción, contra la inmoralidad, contra el vicio, contra el juego y contra el robo, contra el analfabetismo, contra las enfermedades, contra el hambre. Vamos a empezar una ofensiva simultánea, como la ofensiva que terminó con el fin de la dictadura. Vamos a luchar también contra el imperio de la corrupción, de la explotación, del abuso y de la injusticia, que ahora tenemos un ejército más grande, está todo el pueblo...²⁸

Una parte de los representantes del poder resultaron juzgados por estos hechos asociados a los crímenes contra la vida en una dictadura que, además de corrupta, fue particularmente sangrienta. Otro importante segmento de los funcionarios abandonaron de forma sistemática y paulatina el país, emigrando principalmente hacia los EE.UU., país que les abrió los brazos, brindándole protección bajo su seno a los más carismáticos ladrones corruptos que dilapidaron el Tesoro Público durante la tiranía, con el fallido propósito de retornar a Cuba en breve lapso cuando fuera derrocado el poder revolucionario. Ello conllevó a la gestación, con desarrollo hasta la actualidad, de una

²⁷ Silva León, Arnaldo: *Breve Historia de la Revolución cubana, 1959-2000*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2003, p. 11.

²⁸ Castro Ruz, Fidel: "Discurso pronunciado el 4 de enero de 1959 en la Plaza de la ciudad de Camagüey". Disponible en: http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1959/esp/f040159e_archiv... Consultado el día 26 de marzo de 2019 a la 1:40 pm.

²⁶ Castro Ruz, Fidel: "Discurso pronunciado en la Universidad de Carolina, Checoslovaquia". *Recorrido del Comandante por países de África y Europa Socialistas*, 3 de mayo al 5 de julio de 1972, Ed. Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972, p. 353.

típica delincuencia organizada caracterizada por ser una mafia política que se fundó, a partir, entre otras fuentes, del dinero malversado de los gobiernos precedentes, y bajo el amparo del gobierno americano se crearon organizaciones, como la denominada La Rosa Blanca, cuyo jefe era el pertinaz batistiano Rafael Díaz-Balart.²⁹

Tratando de influir sobre una parte de los cubanos devenidos en contrarrevolucionarios, aunque en este momento con un carácter incipiente, una expresión, en opinión de los autores, de delincuencia organizada en este primer período lo constituyeron las bandas contrarrevolucionarias alzadas en la Sierra del Escambray, en el entonces territorio de Las Villas. Estas fueron estimuladas y financiadas desde los EE.UU., pero eliminadas radicalmente por la Revolución gracias a la respuesta popular expresada en las milicias nacionales revolucionarias en la denominada *lucha contra bandidos*.³⁰

A partir de finales de los años 60 y principios de los 70, ya se puede afirmar la existencia formal de una delincuencia organizada con fines políticos, conformada básicamente por un componente de los elementos contrarrevolucionarios que utilizaron la capacitación que les dio el gobierno de EE.UU. (lucha insurgente, inteligencia, etc.) para conformarse como grupos criminales organizados, en actividades como tráfico de drogas o, incluso, escuchas ilegales (caso Watergate,³¹ en el cual los implicados fueron perso-

nas de origen cubano), en conjunto con el negocio de la contrarrevolución, al recibir fondos del gobierno federal americano.

Esta especial forma de delincuencia organizada, dirigida desde EE.UU., ha estado actuando e influyendo sobre Cuba hasta nuestros días. Constituye la principal expresión de este fenómeno por su nefasta influencia en la sociedad cubana en el orden político-ideológico, por una parte, por la brutal y despiadada política del bloqueo económico y, por otra, porque estimula hechos de corrupción y financia actividades ilícitas de todo tipo, gestando un tipo de delincuencia organizada, constituida por grupúsculos contrarrevolucionarios y presuntos disidentes fabricados y financiados por la reconocida mafia anticubana de Miami y por la sucesión de gobiernos de ese país en su afán por devolver a Cuba al pasado capitalista.³²

La radicalización del proceso revolucionario tras las reformas agrarias y el profundo proceso de nacionalización, que terminó con los grandes latifundios nacionales y foráneos y colocó en el poder del Estado los principales medios de producción, agudizó el enfrentamiento con el imperio norteamericano y desen-

²⁹ Político cubano que trabajó para la dictadura de Fulgencio Batista. Después de 1959 marchó a los Estados Unidos, desde donde mantuvo estrechos vínculos con grupos terroristas anticubanos. [En línea] Disponible en: https://www.ecured.cu/Rafael_D%C3%ADaz-Balart. Consultado el 9 de marzo de 2019 a las 10:00 am.

³⁰ Acontecimiento histórico que tuvo lugar en Cuba y que duró desde 1959 a 1965, siendo la región del Escambray el lugar donde más fuerza cobró el mismo. Esta fue la respuesta de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, el Ministerio del Interior y el pueblo de Cuba integrado a la Milicias Nacionales Revolucionarias para enfrentar las acciones terroristas de las bandas armadas por la CIA norteamericana poco tiempo después de establecido el gobierno revolucionario. [En línea] Disponible en: [https://www.ecured.cu/Lucha_contra_bandidos_\(1959-1965\)](https://www.ecured.cu/Lucha_contra_bandidos_(1959-1965)) Consultado el 9 de marzo de 2019 a las 11:00 am.

³¹ El escándalo del Watergate fue uno de los mayores escándalos políticos en la historia de los Estados Unidos. Tuvo como consecuencia la condena a cárcel para varios hombres cercanos al presidente Richard Nixon. El escándalo comienza cuando, en la noche del 17 de junio de 1972, cinco hombres (entre ellos 3 cubanos-americanos: Eugenio Rolando Martínez, Virgilio González, Bernard León Barker, James W. McCord y Frank Sturgis) fueron sorprendidos por la policía cuando se encontraban allanando las oficinas del Comité Nacional Demócrata, en el complejo de edi-

ficios Watergate, en Washington, D.C. [En línea] Disponible en: <http://www.tvavila.icrt.cu/a-44-anos-del-caso-watergate-en-ee-uu/>. Consultado el 27 de enero de 2019 a las 9:45 am.

³² De las múltiples referencias obtenidas por los autores le pareció ilustrativo el artículo publicado por Raúl Alzaga Manresa en fecha 13 de julio 2012 en *Cubadebate*, titulado “Son los mismos”, en el que explica la actuación de la mafia anticubana, esta vez actuando desde Puerto Rico: “En Puerto Rico se entrenaron, en la isla de Vieques, los ‘hombres ranas’ que desembarcaron en Playa Girón aquella madrugada del 16 de abril de 1961. Igualmente, unidades navales de la Marina de Guerra estadounidense zarparon desde aquí rumbo a Cuba, como parte del apoyo a la invasión mercenaria”. En otro pasaje, bastante gráfico, describe: “El 11 de septiembre de 1973, el general Augusto Pinochet organizó un golpe de estado contra el legítimo electo presidente chileno Salvador Allende y en muy breve tiempo dicha dictadura se convierte en un importante aliado de los exiliados cubanos, con el beneplácito del gobierno estadounidense y la Agencia Central de Inteligencia. Orlando Bosch Ávila es puesto en libertad bajo palabra y visita Puerto Rico en marzo del 1974. En esa ocasión fue recibido por el principal líder exiliado de la época, Enrique Núñez Álvarez, director del semanario *Réplica*, versión de Puerto Rico. En su paso por Puerto Rico estableció contactos, recogió dinero y siguió rumbo a Chile, Costa Rica y Venezuela, en donde fue finalmente arrestado por su participación en la conspiración y planificación de la voladura del avión de Cubana de Aviación en octubre de 1976”. [En línea] Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/autor/raul-alzaga-manresa/>. Consultado el 5 de febrero de 2019 a las 5:00 pm.

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

cadeno acontecimientos como el de Playa Girón³³ y la Crisis de Octubre.³⁴

La imperiosa necesidad de sobrevivencia, unida a las concepciones políticas de los principales dirigentes de la Revolución, propiciaron el acercamiento al sistema socialista mundial, particularmente a la otrora URSS,³⁵ en franco desarrollo como resultado de la Segunda Guerra Mundial, todo lo cual fue definiendo el rumbo socialista de la Revolución.

La propiedad socialista de todo el pueblo constituyó el ideal sobre el que se asienta la idea de que la corrupción es un fenómeno ajeno al socialismo; ello, unido a la concepción futurista del hombre nuevo a partir del paradigma guevariano que, a nivel conceptual y como propósito, marcó el derrotero de la Revolución durante esta etapa.

Sin embargo, situaciones objetivas como la ya señalada influencia extranjera, la certidumbre filosófica de que el socialismo se construye con personas que proceden de la vieja sociedad, unidas a errores de la propia construcción del socialismo, especialmente en el ámbito económico, entre otras, propiciaron que se produjeran hechos de corrupción severamente reprimidos, al existir una voluntad estatal de evitar la ocurrencia de los mismos.

Otro tanto acontece con la delincuencia organizada, pues, si bien la propia naturaleza del Estado constituye un obstáculo, no se pudieron evitar, hacia lo interno, ciertas manifestaciones de organización criminal. Siendo evidentes estas en la proliferación de

un delito peculiarmente sostenido en el modelo cubano como lo fue y es el hurto y sacrificio ilegal de ganado mayor, polémica figura penal que tanto daño ha causado a la economía del país, en la que, por su carácter frecuente, se aprecia cierta organización y estabilidad que apuntan hacia formas superiores de organización criminal.

Igualmente, en esta etapa se aprecia la expansión de algunas mal llamadas bandas de lumpen y antisociales, comisores de delitos varios contra la vida y la integridad corporal, el patrimonio o el orden público, que muestran en su organización y ejecución una estructuración incipiente de crimen organizado, hechos todos igualmente reprimidos con mucha severidad.

b. Etapa de 1976 hasta 1989

En el año 1976 se inicia un período de la Revolución en franco proceso de construcción del socialismo. El año inicial de la etapa identificada como de la institucionalización, indica un derrotero en aras de conformar ya un modelo de desarrollo económico y social sobre bases más organizadas. La principal expresión de ese orden en lo legislativo lo constituyó la promulgación de la primera Constitución socialista, a la que sucedió una importante profusión legislativa, dentro de la cual sobresale el primer Código Penal, Ley 21 de 1979,³⁶ en el que se establecen a manera de previsión un grupo de delitos ubicados dentro del bien jurídico “Economía Nacional”. Este código estuvo vigente hasta que al final de la etapa se dictara la Ley 62/87, actualmente en vigor, aunque con varias modificaciones.

En el orden económico esta fue la etapa de mayor estabilidad en el país, lo cual tuvo un reflejo muy positivo en la vida de la sociedad. No obstante, a pesar de vivirse un momento de seguridad y relativo bienestar, continuaron ocurriendo manifestaciones aisladas de corrupción, expresadas en los principales delitos económicos tipificados en la legislación penal.

³³ Una brigada contrarrevolucionaria, armada, entrenada y transportada por EE.UU., arribó por la Ciénaga de Zapata, al sur de Matanzas, Cuba, la madrugada del 17 de abril de 1961. Todo el pueblo se movilizó, el Ejército y las Milicias, dirigidos por Fidel, contraatacaron de inmediato. En 60 horas de duros combates fueron derrotados los mercenarios, que se rindieron en Playa Girón al atardecer del día 19 de abril. Más de 150 combatientes revolucionarios murieron y varios civiles fueron asesinados por la aviación de los invasores. La invasión por Playa Girón representó la primera gran derrota del imperialismo yanqui en América Latina. [En línea] Disponible en: https://www.ecured.cu/Invasi%C3%B3n_por_Playa_Gir%C3%B3n. Consultado el 5 de febrero de 2019 a las 6:00 pm.

³⁴ Conocida internacionalmente como Crisis de los Misiles. Es, dentro de la confrontación histórica entre Cuba y los Estados Unidos y en opinión de especialistas de relaciones internacionales contemporáneas, el incidente más peligroso por el que atravesaron ambos países y el mundo durante el período de la Guerra Fría. [En línea] Disponible en: https://www.ecured.cu/Crisis_de_Octubre. Consultado el 5 de febrero de 2019 a las 6:30 pm.

³⁵ Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas o Unión Soviética, fue una federación constitucional de Estados socialistas que existió en Eurasia a partir de 1922, hasta su disolución en 1991.

³⁶ Ley 21 de 1979, Código Penal cubano sustituido por el actual Código Penal Ley 62 de 1987 y sus respectivas modificaciones. Constituyó, como bien se expone en su primer Por Cuanto, una necesidad imperiosa de sustituir aquellas normas penales vigentes hasta el momento que, a pesar de las considerables modificaciones realizadas, no se adaptaban a la realidad histórica correspondiente al desarrollo económico, social y político del país, adaptándose a las exigencias que requería en aquel momento la consolidación del Estado socialista.

Por otra parte, la contradicción aun no resuelta entre el respeto y cuidado de la propiedad socialista de todos y la propiedad privada, privilegiada esta última por un segmento de la población en detrimento de la propiedad común, generó una práctica de sustracciones en entornos laborales para fomentar la economía personal, en acciones que, además de ilícitas, constituyen expresión concreta de corrupción en el ámbito administrativo.

La delincuencia organizada se expresó de un modo muy parecido a la etapa anterior, apreciándose adicionalmente en varios de los procesos penales asociados al fenómeno de la corrupción con cierto nivel de organización y participación colectiva incoados durante la etapa. Dado que la propia dinámica de varios de los delitos requiere de varias personas para poder ejecutarse, aun sin llegar a ser formalmente grupos organizados, lo cierto es que va evidenciándose una aproximación a lo que desde la doctrina y la práctica global se identifican como delincuencia organizada.³⁷

Importante resulta el análisis realizado en el Tercer Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC),³⁸ el 2 de diciembre de 1986, en el que se trazó la política de rectificación de errores y tendencias negativas, a partir de la autocritica hecha pública por el comandante en jefe que inició una importante etapa de transformación en el orden positivo que, de haberse podido implementar adecuadamente, seguro hubiera condicionado, si no la erradicación, al menos la sensible disminución del fenómeno de la corrupción en Cuba. Decía entonces Fidel Castro:

Ya se venían discutiendo desde la base las cuestiones relacionadas con la aplicación del Sistema de Dirección y Planificación de la Economía; con la organización del trabajo y los salarios; con la disciplina laboral, la utilización de los recursos, el estilo de trabajo, la exigencia y el control, en el Partido, en la UJC, en las organizaciones de masas y en la administración; los problemas relacionados con la política de cuadros, los problemas

ideológicos, los problemas sociales, los problemas de la juventud, los problemas de los campesinos; en fin, todos los temas que están comprendidos en esta política de rectificación y de lucha contra las tendencias negativas, que encierran un contenido amplísimo, que va desde el desvío de recursos, que tanto irrita a la población, que tanto corrompe, que tanto desorganiza, que tanto desmoraliza, que tanto daño puede hacer al proceso revolucionario, hasta las cuestiones relacionadas con el caos que llegó a crearse en lo relacionado con la vinculación, las normas, cumplimiento y sobrecumplimiento; el método de utilizar el dinero como el remedio a todos los problemas, política de corrupción y —se puede añadir— de engaño a la gente. ¡Cómo entregar dinero así, fácil, que no esté en correspondencia, realmente, con la producción, con la creación de valores materiales o servicios! Es, simplemente, un engaño...³⁹

c. Etapa de la Crisis de los 90 (Período Especial) hasta la actualidad

Constituye historia relativamente reciente, pues sus efectos aún se hacen sentir. Tras el desplome del campo socialista, especialmente de la URSS,⁴⁰ Cuba se vio sumida en una profunda crisis económica. Como paliativos de supervivencia, el Estado cubano se vio obligado a adoptar un grupo de medidas económicas que contrajeron profundos cambios en la sociedad cubana.

³⁹ Discurso pronunciado por el comandante en jefe Fidel Castro Ruz en la Clausura de la Sesión diferida del Tercer Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el Teatro Carlos Marx, el 2 de diciembre de 1986, “Año del XXX Aniversario del Desembarco del Granma”. Disponible en: <https://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1986/esp/f021286e.html>. Consultado el 26 de marzo de 2019 a las 2:20 pm.

⁴⁰ “...pero tenemos que hablar, tenemos que advertir al imperalismo que no se haga tantas ilusiones con relación a nuestra Revolución y con relación a la idea de que nuestra Revolución no pudiera resistir si hay una debacle en la comunidad socialista; porque si mañana o cualquier día nos despertáramos con la noticia de que se ha creado una gran contienda civil en la URSS, o, incluso, que nos despertáramos con la noticia de que la URSS se desintegró, cosa que esperamos que no ocurra jamás, ¡aún en esas circunstancias Cuba y la Revolución Cubana seguirían luchando y seguirían resistiendo!”. Discurso pronunciado por Fidel Castro Ruz, presidente de la República de Cuba, en el acto conmemorativo por el XXXVI Aniversario del Asalto al Cuartel Moncada, celebrado en la Plaza Mayor General Ignacio Agramonte, Camagüey, el día 26 de julio de 1989, “Año 31 de la Revolución”. [En línea] Disponible en: <https://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1989/esp/f260789e.html>. Consultado el 26 de marzo de 2019 a las 2:25 pm.

³⁷ En la prensa cubana, específicamente en la *Revista Bohemia* en el No 41 del año 1978, en una sección habitual titulada “La Ley en acción”, presentada por el periodista Carlos Piñero Loredo, comenta un hecho que desde su título revela las esencias de un modelo de delincuencia organizada propia y atendida a las características del momento histórico. Dice el titular: “sancionados un malversador reincidente, sus cómplices y encubridores. Vendían bombas de aguas destinadas a los edificios fabricados por las microbrigadas”.

³⁸ León Silva, Arnaldo. *Breve Historia de la Revolución cubana 1959-2000*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2003.p.116-121.

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

El delito, como expresión palpable de la realidad, lamentablemente floreció; antiguas conductas, prácticamente extinguidas del entramado social cubano, resurgieron (prostitución, proxenetismo, drogadicción, entre otras); todas, por su propia esencia, resultado de la delincuencia organizada, en muchos casos en nexos con la delincuencia organizada transnacional, particularmente el caso de la droga. Hechos que, a pesar de las medidas que se han venido adoptando, han repercutido hasta nuestros días.⁴¹

El fenómeno de la corrupción económica y administrativa en Cuba no se detuvo tras las medidas propuestas en el período anterior, pues, dada la etapa de supervivencia experimentada, estas no pudieron desarrollarse adecuadamente, a pesar de la preocupación gubernamental por su evitación y por reforzar las medidas con relación al control económico. Se instituye en esta etapa el MAC⁴² (Ministerio de Auditoría y Control), el cual responde de conformidad con el momento en la medida de lo posible, así como con el enfrentamiento a los *nuevos ricos*, quienes generalmente recibieron su respuesta a través del procedimiento

administrativo confiscatorio de bienes, enmarcado en el Decreto-Ley 149/94.⁴³

Hacia finales del siglo xx, la dirección de la Revolución adoptó un conjunto de medidas en el orden preventivo y coactivo que permitió evitar el crecimiento de estos fenómenos y, paulatinamente, su disminución, o al menos su manifestación en formas más sutiles.

Dentro de las medidas del Estado en el orden penal estuvo la promulgación de la Ley 87/99,⁴⁴ la cual constituyó una alternativa y una respuesta ante el incremento de determinadas modalidades de la actividad y la aparición de nuevas formas de comisión de delitos. De esta forma, el Gobierno se pronunció respecto a nuevas formas de aplicar los distintos tipos de sanciones: reincorporó al sistema sancionador cubano la prisión perpetua, eliminó el límite máximo de la privación de libertad y se enunciaron nuevas agravantes, particularmente, la prevista en el artículo 54.4⁴⁵ como agravación extraordinaria. Todo lo cual implicó una postura de severidad contra las manifestaciones del delito en general y en particular contra cualquier manifestación de corrupción.

El nuevo siglo cubano inicia con la salida del período más crítico de la economía cubana en tiempos de Revolución. Las medidas que en el orden económico fue necesario adoptar⁴⁶ han dado resultados be-

⁴¹ El Ministerio del Interior informa que las autoridades cubanas, en cooperación con las de Costa Rica, procedieron al retorno del ciudadano cubano Neftaly García Testa. Esta acción tiene lugar en respuesta a la circulación internacional de arresto emitida por la oficina de Interpol en La Habana y la solicitud de extradición presentada por la Fiscalía General de la República, en conjunto con el Tribunal Supremo Popular y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Como resultado de las acciones de enfrentamiento del Ministerio del Interior, García Testa fue identificado como organizador de envíos de drogas frustrados en el territorio nacional entre el 2011 y el 2016, actividades por las cuales se sancionaron por los tribunales cubanos a 16 personas —siete de ellas de nacionalidad costarricense— con penas de privación de libertad entre diez y 20 años por el delito de Tráfico Internacional de Drogas, en correspondencia con su participación en los hechos. Cuba reafirma su disposición de continuar fortaleciendo la cooperación judicial y policial internacional con otros países, conforme a los convenios multilaterales y bilaterales adoptados. Asimismo, reitera que no habrá impunidad contra aquellos delincuentes, que dentro y fuera de sus fronteras, intenten lucrar con la vida de nuestro pueblo e incentivar el tráfico y consumo de drogas, motivo por el cual mantendrá su política irreversible de tolerancia cero y el cumplimiento estricto de la legalidad socialista. [En línea] Disponible en: <https://www.cubadebate.cu/noticias/2019/02/08/minint-extraditan-desde-costarica-a-cubano-implicado-en-trafico-de-drogas/> Consultado el 25 de marzo de 2019 a la 1:00 pm.

⁴² El 25 de abril del 2001 nace el Ministerio de Auditoría y Control (MAC), mediante el Decreto Ley N° 219 del Consejo de Ministros. Este nuevo ministerio tenía categoría de Organismo de la Administración Central del Estado (OACE) y sería el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y el Gobierno en materia de Auditoría Gubernamental, Fiscalización y Control Gubernamental, así como para regular, organizar, dirigir y controlar metodológicamente el Sistema Nacional de Auditoría.

⁴³ Decreto-Ley No. 149 de 1994, referente a la confiscación de bienes e ingresos obtenidos mediante enriquecimiento indebido, disposición que más tarde se complementó con la puesta en vigor del Decreto-Ley 232 del 2003, el cual establece, específicamente, el decomiso del patrimonio proveniente de la corrupción y el tráfico de drogas.

⁴⁴ Ley 87/99 modificativa del Código Penal vigente, de fecha 16 de febrero de 1999.

⁴⁵ El tribunal, en los casos de delitos intencionales, aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el periodo de prueba correspondiente a su remisión condicional. *Id.* art. 54.4 de la Ley 62 de 1987, anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno Tribunal Supremo Popular.

⁴⁶ Las primeras medidas adoptadas para enfrentar dicha situación fueron:

- Abrir la economía a las inversiones con capital extranjero, fundamentalmente por medio de la creación de empresas mixtas con control mayoritario de la parte cubana.
- En julio de 1992, la Asamblea Nacional aprobó una serie de cambios a la Constitución a fin de poder avanzar en el proceso de transformaciones. Entre otras cuestiones se reconoció la posibilidad de desincorporar bienes del Estado a favor de empresas mixtas y se aprobó esa forma de propiedad. También se eliminó el monopolio del Estado en la

realización de operaciones de comercio exterior, todo lo cual brindó un mayor basamento legal al desarrollo de las empresas mixtas.

- La autorización del envío de remesas desde el exterior y el aumento en los viajes para visitas familiares de cubanos residentes en el extranjero.
- La despenalización de la tenencia de divisas en 1993.
- Despenalización de la tenencia de divisas (Decreto Ley 140). Las divisas que posean los ciudadanos como resultado de remesas del exterior, propinas, vínculos con entidades extranjeras y otras causas pueden ser utilizadas libremente. Se habilitó una red de establecimientos destinados a la captación de estos ingresos mediante la venta de mercancías y servicios.
- Promulgación del Decreto Ley 142, “Sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa”. Transformación de un gran número de empresas estatales en cooperativas. Los trabajadores reciben en usufructo gratuito las tierras, pueden adquirir los medios de que disponía la empresa recibiendo créditos para ello, asumen la responsabilidad por la operación y los resultados y son dueños de la producción.
- Promulgación del Decreto Ley 141, “Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”. Concebido para liberar al sector estatal de una carga en la producción de bienes y servicios que no puede ejecutar eficientemente, y como alternativa de empleo, con lo cual se buscaba un estímulo a la producción en las condiciones adversas de recursos que enfrentaba el país, en las cuales la iniciativa del trabajador juega un papel acrecentado.
- Congelamiento de los salarios al inicio de la crisis, con el objetivo de impedir la bajada de estos y que se profundizara así el efecto de la crisis sobre los trabajadores.
- Se adopta un Acuerdo del Comité Ejecutivo sobre elevación de precios y tarifas de productos y servicios seleccionados. Los incrementos de precios y tarifas, en lo fundamental, estuvieron dirigidos a aquellos consumos no considerados como de primera necesidad, o como en el caso de la tarifa eléctrica, se fijaron con un criterio progresivo a fin de afectar lo menos posible a los núcleos familiares de menores ingresos. Los renglones que tuvieron incrementos de precio fueron cigarros y tabacos; rones y cerveza; combustible automotor; electricidad; transporte aéreo, ferroviario, marítimo y por ómnibus extraurbano; servicios de acueducto y alcantarillado; tarifas postales y telegráficas; y la alimentación en comedores obreros.
- Se adopta un Acuerdo sobre la eliminación de un conjunto de gratuidades, ello incluyó la entrada a eventos deportivos, cursos especializados de idioma, almuerzo escolar y otras de carácter no esencial, ya que se mantiene el principio del acceso universal y gratuito a los servicios de educación y de salud.
- La Asamblea Nacional aprobó una Ley del Sistema Tributario que estableció los principios generales y tributos sobre los cuales se sostendría el sistema impositivo. En la Ley del Sistema Tributario se establecieron 11 impuestos, 3 tasas y una contribución, de los cuales sólo una parte (ciertos impuestos sobre ingresos personales y documentos, tasas por servicio de aeropuerto y propaganda comercial) comenzaron a aplicarse en octubre de 1994; en tanto que el resto quedó pendiente de implementación en 1995 (impuestos sobre ingresos personales de trabajadores por cuenta propia y sobre ingresos en divisas; impuesto sobre las ganancias y la fuerza de trabajo; sobre herencias y la propiedad; e incrementos al transporte terrestre y tasas de peaje en vías seleccionadas asociadas al turismo).
- Aprueba el Decreto Ley 149 sobre la confiscación de bienes e ingresos obtenidos mediante enriquecimiento indebido.
- En el ámbito fiscal, en el año 1994, se aplicaron un conjunto importante de medidas destinadas a reducir el subsidio a las empresas y los gastos presupuestados, e incrementar los ingresos tributarios. A estos fines se establecieron compromisos de reducción de las pérdidas con los organismos involucrados y se realizó un análisis sistemático de los ingresos y gastos del Presupuesto a nivel de provincias y municipios.
- Decreto Ley 191 “Sobre el Mercado Agropecuario”. Su objetivo es incrementar las producciones agropecuarias con destino al consumo de la población. Funciona sobre la base de la autogestión económica y financiera. Se organiza localmente y al mismo concurren empresas estatales, cooperativas y productores privados; pueden comercializar productos agropecuarios naturales o elaborados, con las excepciones que se estipulen por las autoridades competentes.
- Decreto Ley “Sobre el Mercado de Artículos Industriales y Artesanales”. Su objetivo es incrementar la producción de artículos industriales y artesanales empleando el potencial de las diferentes fuerzas productivas del país, brindando para ello a todos los productores la posibilidad de concurrir a un mercado más amplio, con precios liberados. Funciona sobre la base de la autogestión comercial y financiera, organizado localmente aprovechando las redes existentes de tiendas minoristas, la realización de ferias, así como la venta en lugares públicos y locales destinados al efecto.
- Decreto Ley 147 “Sobre la “Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado”. De un total de 40 organismos (21 Ministerios, 9 Comités y 15 Institutos) se reducen a 27 Ministerios y 5 Institutos. Que abarcó fundamentalmente a los de carácter económico, y que reflejó el propósito de adaptar la estructura estatal a las nuevas condiciones económicas. En conjunto se eliminaron 15 Ministerios e Instituciones con carácter de organismo central, y quedaron un total de 32.
- Entrega de tierras ociosas en usufructo a familias que las solicitan o a colectivos de trabajadores que a esos fines se organicen en cooperativas. En el primer caso de entregas individuales, que ha sido la modalidad más extendida, se trata en general de pequeñas extensiones.
- Desarrollo de sistemas de estímulo material al cumplimiento y sobrecumplimiento de la producción, los cuales han sido organizados con recursos a partir de áreas de autoconsumo de que disponen los organismos y empresas, y otras fuentes.
- Adopción de medidas para acelerar las exportaciones de productos de biotecnología e industria farmacéutica e incrementar la construcción y el aprovechamiento de las instalaciones para el turismo internacional.
- Implantación en 1994 de un nuevo signo monetario convertible de circulación paralela, el CUC.
- Se aprueba la Ley de Minas por la Asamblea Nacional del Poder Popular, la que establece el basamento para regular tanto a los productores nacionales como a los extranjeros, de acuerdo con las más modernas doctrinas jurídicas en esta materia, lo que favorecerá el desarrollo de la minería cubana, preservando la soberanía sobre los recursos minerales, a la vez que se sientan nuevas bases organizativas a partir del reconocimiento de la figura jurídica de la concesión. [En línea] Disponible en: <http://revolucioncubana.cip.cu/logros/desafios-del-desarrollo-economico/medidas-adoptadas-durante-el-periodo-especial/>

neficiosos; sin embargo, las consecuencias sociales de esa etapa demorarán en desaparecer. En primer lugar, la hostilidad del imperio persiste. Vivimos una etapa con el anterior gobierno norteamericano de una mejoría de las relaciones bilaterales, que apuntaba a una disminución, si no de los objetivos, al menos en cuanto a la forma.

En la actualidad, esta política agresiva se ha re-crudecido al retomar la puesta en vigor del Capítulo III de la Ley Helms Burton, con un marcado carácter extraterritorial, de modo que este factor determinante en la conformación de ambos fenómenos en Cuba persiste. El Estado cubano ha adoptado una estrategia con miras a lo que se ha identificado como un socialismo próspero y sostenible, determinando momentos cuya expresión deberá materializarse en el año 2030.

Constituyen hitos determinantes de este proceso la proyección de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021, aprobados en el 7° Congreso del Partido en abril de 2016 y por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio de 2016, y más recientemente, tras el importante proceso democrático, la promulgación de la nueva Constitución de la República el 10 de abril del 2019.

A la pregunta de si existe corrupción en la Cuba actual y manifestaciones de delincuencia organizada, muy a nuestro pesar, la respuesta es positiva. Determinados funcionarios y empleados, haciendo uso de los recursos que el Estado ha puesto justamente en función del desarrollo del país, en su provecho personal y con evidente ánimo de lucro y para sostener niveles de vida por encima del resto de sus conciudadanos, han delinquirido de esta manera.

No obstante, estos fenómenos en Cuba no son sistémicos ni comprometen al aparato gubernamental, y aunque han ocurrido hechos donde han estado implicados altos funcionarios, como la tristemente célebre Causa No.1 de 1989,⁴⁷ la actitud es la de proporcionar una respuesta severa y ejemplarizante. La postura del Estado cubano es de tolerancia cero ante fenómenos de este tipo.

La Revolución, desde su propia conformación como Estado, ha tenido un diseño estructural y objetivos enmarcados en pos de la prevención y enfrentamiento a las manifestaciones de corrupción y delincuencia organizada; la propia esencia del proceso, por su naturaleza, nace como una respuesta popular a la corrupción institucional padecida en el pasado capitalista.

En la actualidad, estas funciones pueden resumirse entre las principales instituciones previstas de manera oficial como mecanismos del Estado diseñados para garantizar las medidas que en lo posible eviten, disminuyan, detecten, investiguen y, de ser necesario, repriman las manifestaciones que sean advertidas en la sociedad, entre las que sobresalen la Contraloría General de la República, según la Ley 107 del año 2009, por la que la Asamblea Nacional del Poder Popular crea este órgano, el cual se encarga, entre otras funciones, de ejecutar las acciones que considere necesarias con el fin de velar por la correcta y transparente administración del patrimonio público, prevenir y luchar contra la corrupción. La Fiscalía General de la República, creada mediante la Ley 83 de 11 de julio de 1997, tiene entre sus funciones preservar los derechos e intereses legítimos de los órganos, instituciones y dependencias estatales y de las entidades económicas y sociales, así como combatir toda manifestación de abuso de poder y corrupción.

5. Conclusiones

La corrupción en Cuba constituye un fenómeno manifiesto desde sus orígenes como Estado, que ha transitado con sus matices por los diferentes periodos históricos, y llegó a ser un rasgo característico en el periodo prerrevolucionario, lo cual constituyó una de las condicionantes de la situación revolucionaria que diera al traste con el cambio político-social.

Con la revolución triunfante y durante el periodo de construcción del modelo socialista de producción, el Estado ha establecido medidas con miras a prevenir la ocurrencia de manifestaciones de corrupción, no evitando que se hayan producido actos de corrupción, enérgicamente reprimidos cuando han sido detectados.

La delincuencia organizada en Cuba fue igualmente evidenciada plenamente durante el periodo de la llamada pseudorrepublica, con presencia en el país de

⁴⁷ Hechos que revelaron una amplia red de narcotráfico, en la que se vieron involucrados, entre otros, el general de División Arnaldo Ochoa Sánchez, quien había recibido del partido Comunista de Cuba y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias importantes responsabilidades, por lo que fue considerado un caso de alta traición a la Patria y fueron enjuiciados y condenados.

los principales representantes de la mafia norteamericana de la época, con acciones y proyectos para convertirla en un paraíso del vicio y la corrupción. Destruídos esos lazos, a la par del triunfo revolucionario, sin embargo, se han evidenciado algunos indicios a través de diversas formas delictivas particularmente en delitos de contenido económico-patrimonial, y otros como resultado de la influencia del proceso de globalización y de la despiadada guerra sucia del imperialismo.

La Cuba del 2019, empeñada en mantener el rumbo socialista, con una visión hacia un socialismo próspero y sostenible, necesita de un funcionamiento donde ni la corrupción, y mucho menos la delincuencia organizada, tengan cabida. Sin embargo, se desarrolla en un entorno económico-social bien complejo que requiere no solo de la voluntad política, sino de la toma de conciencia de todos los ciudadanos comprometidos con un futuro triunfante, promoviendo y estimulando por todas las vías posibles las conductas ciudadanas que demuestren honestidad, probidad, altruismo y apego a los principios ético-morales, concentrando los principales esfuerzos en la promoción de conductas positivas.

6. Bibliografía

Fuentes Doctrinales

- AA.VV.: *Colección de Documentos Inéditos Relativos al Descubrimiento, Conquista y Organización de las Antiguas Posesiones Españolas de Ultramar*, Tomo 6, De La Isla De Cuba, III, Editorial Real Academia de la Historia de Madrid, España, 2018.
- AA.VV.: *Vindicación de Cuba*, Editorial Política, La Habana, 1989.
- Barral, Fernando y Aldana, Alejandro: *Criminalidad en la sociedad cubana actual. De la delincuencia marginal a la corrupción burocrática*, Editorial Barralopolis, España, 2014.
- Barredo Medina, Lázaro: “Peligro que nos afecta a todos”, *Revista Bohemia*, No. 2, 22 de febrero, La Habana, 2018.
- Bazán Cedeño, Luis, Sosa Argentel, Argel y Valdés Pérez, Víctor: “La crisis de valores en la sociedad cubana actual, sus causas y manifestaciones”. Sitio Web de la Filial de Ciencias Médicas Efraín Benítez Popa, Bayamo-Granma. Disponible en: <http://www.multimedgrm.sld.cu/images/favicon.ico>
- Castro Ruz, Fidel: “Discurso pronunciado en la Universidad de Carolina, Checoslovaquia”. Recorrido del Comandante por países de África y Europa Socialistas, 3 de mayo al 5 de julio de 1972, Ed. Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972. 20.
- Castro Ruz, Fidel: “Discurso pronunciado el 4 de enero de 1959 en la Plaza de la ciudad de Camagüey”. Disponible en: http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1959/esp/f040159e_archivos.
- Castro Ruz, Fidel: “Discurso pronunciado por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz en la Clausura de la Sesión diferida del Tercer Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el Teatro Carlos Marx, el 2 de diciembre de 1986, ‘Año del XXX Aniversario del Desembarco del Granma’”. Disponible en: <https://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1986/esp/f021286e.html> 22.
- Castro Ruz, Fidel: “Discurso pronunciado por Fidel Castro Ruz, presidente de la República de Cuba, en el acto conmemorativo por el XXXVI Aniversario del Asalto al Cuartel Moncada, celebrado en la Plaza Mayor General Ignacio Agramonte, Camagüey, el día 26 de julio de 1989, ‘Año 31 de la Revolución’”. Disponible en: <https://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1989/esp/f260789e.html>
- Cesano, José Daniel: “Criminalidad económica e internacionalización del Derecho penal: Experiencias en la Unión Europea y en el Mercosur”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2007.
- Chibás, Eduardo R.: “Un año de cordialidad”, *Revista Bohemia*, No. 41, 9 de octubre, La Habana, 1949.
- Cirules, Enrique: *El imperio de La Habana*, Editorial Letras Cubanas, La Habana, 1999.
- Colectivo de autores: “Criminología”, en Tania de Armas Fonticoba (coordinadora), Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- De Almagro, Luis F.: “El Imbroglío cubano”, *Revista Bohemia*, No. 31, 20 de agosto, La Habana, 1933.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: “El delito, la criminología y el derecho penal en Cuba después de 1959”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No.2 de 19 de febrero del 2000.
- Fabré Machado, Idalsis: “Reflexión crítica sobre las concepciones teóricas de la corrupción desde lo multidisciplinar”. Centro de Estudios Comunita-

Cuba: ¿corrupción y delincuencia organizada? Una visión histórico-evolutiva

rios Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Santa Clara, 2012.

Gaspe Álvarez, Latvia: “Simuladores en nuestra historia”, *Periódico Juventud Rebelde*, 15 de julio de 2013.

Le Riverend, Julio, Sampredo Brito, Mario y Oliva Brunet, Waldo: *Historia de Cuba 6*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1978.

Limia Díaz, Ernesto. *Cuba Libre. La utopía secuestrada*, Editorial Verde Olivo, La Habana, 2015.

Martínez Martínez, José: *Estrategias multidisciplinarias de seguridad para prevenir el crimen organizado*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, España, 2015.

Ortiz Fernández, Fernando: *Los negros esclavos*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

Piñero Loredo, Carlos: “La ley en acción”, *Revista Bohemia*, No. 41, La Habana, 1978.

Roca, Blas: “El primer año”, *Revista Bohemia*, No. 4, 9 de octubre, La Habana, 1949.

Saco, José Antonio: “Memoria sobre la vagancia en la isla de Cuba”. Disponible en: https://bdigital.bnjm.cu/secciones/literatura/autores/63/obras/63_505.pdf.

Santamaría García, Antonio: “Cuba. Evolución socio-económica y formación nacional”, *Revista de Indias*, Volumen LVI, No. 207, Editorial Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1996

Silva León, Arnaldo: *Breve Historia de la Revolución cubana, 1959-2000*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2003.

Torras, Jacinto: “La economía cubana bajo el gobierno de Grau”, *Revista Bohemia*, No. 41, 10 de octubre, La Habana, 1948.

Fuentes Legales Nacionales

Constitución de la República de Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular, de 24 de febrero de 2019, *Gaceta Oficial*, No. 5, Edición Extraordinaria del 10 de abril del 2019.

Ley No. 21 de 15 de febrero de 1979. Asamblea Nacional del Poder Popular. Código Penal cubano (Derogado).

Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987. Asamblea Nacional del Poder Popular. Código Penal cubano (Vigente).

Ley No. 83 de 11 de julio de 1997. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley de la Fiscalía General de la República. *Gaceta Extraordinaria*, No.8 de 11 de julio de 1997.

Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999. Asamblea Nacional del Poder Popular. Modificativa del Código Penal cubano Ley 62/87. *Gaceta Extraordinaria*, No.1 de 15 de marzo de 1999.

Ley No.107 de 1 de agosto de 2009. Asamblea Nacional del Poder Popular. Contraloría General de la República de Cuba. *Gaceta Extraordinaria* No. 29, de 1 de agosto de 2009.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 aprobados en el 7mo Congreso del Partido en Abril de 2016 y por la Asamblea Nacional del Poder Popular en Julio de 2016. Disponible en: <https://www.granma.cu/file/pdf/.../Lineamientos%202016021%20Versión%20Fin.pdf>

Fuentes Legales Internacionales

Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Organización de Naciones Unidas Disponible en: <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollosostenible.pdf>

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Organización de Naciones Unidas Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp...>

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Organización de Naciones Unidas. Disponible en línea: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp...>

Delitos económicos transnacionales y lavado de capitales en el derecho internacional penal y el *ius puniendi* del Estado mexicano

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás* *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

RESUMEN: En los últimos lustros el derecho internacional muestra importantes avances en su contenido normativo y en los mecanismos de aplicación para proteger a la sociedad y sus bienes por medio de dispositivos punitivos e institutos penales, lo cual ha dado paso a la consolidación del derecho internacional penal en el ámbito público, y del derecho penal internacional en el privado. Todos ellos, en conjunto, constituyen un verdadero régimen jurídico de alcances globales para enfrentar coordinada y eficazmente a los nuevos actores delictivos y los tipos penales transnacionales tan comunes en la actualidad. Por su parte, en el *ius puniendi* mexicano, se dispone de mecanismos legislativos encaminados a castigar los delitos económicos en los planos nacional y transnacional, como en el caso del lavado de capitales, el cual se contempla en los artículos 400 Bis del Código Penal Federal, 115 bis del Código Fiscal de la Federación, 9 de la Ley Aduanera y en la Ley de Impuesto Sobre la Renta, amén de otros dispositivos legales sustantivos. Empero, estos y otros intentos jurídicos y las acciones emprendidas por instituciones gubernamentales especializadas para prevenir y erradicar los delitos económicos y financieros transnacionales son insuficientes ante un problema de gran dimensión y arraigo en el país, con efectos extensivos hacia todos los renglones de la vida nacional.

PALABRAS CLAVE: delitos económicos transnacionales, lavado de capitales, derecho internacional penal, derecho penal internacional, derecho penal mexicano

* Profesor e Investigador Titular "C" de Carrera, Nivel PRIDE "D". Doctor en Relaciones Internacionales y doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Investigador Posdoctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Invitado del INACIPE. Profesor del Posgrado de Derecho de la UNAM y tutor de la Universidad de las Naciones Unidas. Miembro de la Academia de Ciencia Política de los Estados Unidos de América, de la International Law Association y de la Academia Mexicana de Ciencias.

ABSTRACT: *In the last years, international law shows significant advances in its regulatory content and enforcement mechanisms to protect society and its assets through punitive devices and criminal institutes, which has given way to the consolidation of international criminal law in the public field, and criminal international law in the private. All of them, together, constitute a true legal regime of global reach to coordinate and effectively deal with the new criminal actors and transnational criminal types so common today. On the other hand, in mexican criminal law, legislative mechanisms are available to punish economic crimes, at the national and transnational levels, as in the case of money laundering, which is contemplated in articles 400 Bis of the Federal Criminal Code, 115 bis of the Fiscal Code of the Federation, 9 of the Customs Law and the Income Tax Law, in addition to other substantive legal mechanisms. However, these and other legal attempts and actions undertaken by specialized government institutions to prevent and eradicate transnational economic and financial crimes are insufficient in the face of a problem of great size and roots in the country, with extensive effects on all aspects of national life.*

KEY WORDS: *transnational economic crimes, money laundering, international criminal law, criminal international law, Mexican criminal law.*

SUMARIO: *1. Reflexión inicial. 2. Derecho internacional penal, derecho penal internacional y delitos económicos transnacionales; 2.1. Derecho internacional penal y derecho penal internacional: dos disciplinas convergentes contra la delincuencia organizada transnacional; 2.2. Contenido del derecho internacional penal convencional aplicable a los delitos económicos transnacionales; 2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena). 3. El lavado de capitales en las relaciones económicas internacionales y el derecho internacional penal; 3.1. Procesos económicos que favorecen la delincuencia organizada transnacional; 3.2. Definición y precisión terminológica del lavado de capitales; 3.3. El lavado de capitales como proceso delictivo de múltiples métodos operativos. 4. El lavado de capitales en el ius puniendi y la acción institucional del Estado mexicano; 4.1. Instrumentos jurídicos principales; 4.2. Instrumentos jurídicos secundarios o del ius puniendi. 4.3. Instrumentos jurídicos terciarios (materia económica y financiera). 5. Reflexiones finales.*

Rec: 15-07-2019 | Fav: 08-08-2019

La globalización de los mercados, ha propiciado la introducción de un gran volumen de recursos de procedencia ilícita en las economías legales de todos los países del orbe, lo que presupone de forma paralela, la estructuración de grandes organizaciones criminales generadoras de cuantiosas ganancias, cuyo objetivo es darles una apariencia de legalidad [...] fenómeno delictivo conocido comúnmente como lavado de dinero [...] Del análisis efectuado a la normativa internacional, su influencia en el marco jurídico mexicano, preventivo y represivo, correspondiente al fenómeno [...]

hoy más que nunca se percibe una notable intensificación de las actividades subyacentes al mismo, ya que recientemente se ha estimado, que la actividad mundial de lavado de dinero llega aproximadamente a un billón de dólares anuales.

MARÍA DE LA LUZ NÚÑEZ CAMACHO

1. Reflexión inicial

El mundo vive un furor globalizante en el que las fronteras físicas y legales van perdiendo validez, donde se mueven con preocupante facilidad la delincuencia or-

ganizada transnacional (DOT, conforme a la Convención de Palermo del 2000) y las actividades delictivas en contra de los derechos humanos y la integridad de los individuos, los Estados y la comunidad internacional, gestándose una verdadera patología del sistema de relaciones internacionales, un estado anómico de la sociedad interestatal que tiene al menos, dos rasgos predominantes: por un lado, se trata de un contexto de criminalidad *lato sensu*, con una fuerte organización, jerárquicamente estructurada, ya sea en las empresas o en la organización criminal *stricto sensu*; y, por el otro, desde el punto de vista material la DOT se integra por sujetos muy poderosos y se significa normalmente por la magnitud de sus efectos económicos, políticos y sociales, que le reportan una enorme capacidad para desestabilizar los mercados, así como gran eficacia para la corrupción de funcionarios y gobernantes, todo lo cual incide vigorosamente en la afectación de bienes jurídicos individuales y en el deterioro o destrucción de bienes jurídicos supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios.¹

Es durante los primeros años de la segunda posguerra que comienzan a cometerse la mayor cantidad de delitos económicos y financieros en el mundo, debido principalmente al aumento del tráfico de drogas, armamento, personas, divisas, joyas y obras de arte con el consiguiente ocultamiento de bienes ilegales obtenidos de tales trasiegos. En la actualidad, los procesos del sistema económico manifiestan cambios sustantivos, como el aumento de las operaciones comerciales y financieras, la mayor conexión de los sistemas monetarios de los países, operaciones bancarias y bursátiles en tiempo real y el uso de tecnologías para el manejo de capitales, por mencionar algunos. Esto ha favorecido que los delincuentes ahora trasladen sus ganancias ilícitas de un país a otro para que sea aún más complejo poder identificar con precisión su procedencia.

En este contexto, al igual que ocurre en el derecho penal estatal-nacional, en los últimos 25 años el derecho internacional general ha tenido que generar avances en su contenido normativo y en sus mecanismos de aplicación para proteger a la sociedad y sus bienes por medio de dispositivos punitivos e institutos penales, lo cual ha dado paso a la gestación y consolidación del derecho internacional penal en el ámbito

del derecho internacional público y del derecho penal internacional en el derecho internacional privado. Todos ellos, en conjunto, constituyen un verdadero régimen jurídico nacional-internacional-nacional llamado a enfrentar coordinada y eficazmente a los nuevos actores delictivos y a los nuevos tipos penales transnacionales que dominan el escenario mundial.

En el derecho internacional penal, el individuo infractor se consolida como sujeto jurídico y acreedor de la sanción internacional, a diferencia de la tendencia sostenida por el derecho internacional público tradicional, en el que la responsabilidad radica en el Estado y no en sus súbditos: personas físicas y morales. Este punto es clave para la penalización de los delitos económicos transnacionales, como el lavado de capitales o blanqueo de divisas, pues ahora el individuo que los comete es sujeto activo y pasivo de la ley internacional penal y de la ley penal nacional, que suele tener alcances extraterritoriales en materia criminal. Esta ampliación extrajurisdiccional parece ir en la misma dirección en tratándose de las colectividades no estatales y de las personas jurídicas y morales o sociedades mercantiles transnacionales, quienes llegan a ser perpetradores y víctimas, a la vez, de muchos delitos económicos transnacionales. Las quiebras fraudulentas son uno de tantos ejemplos de situaciones donde el infractor suele también resultar dañado por la infracción por él cometida.

En esta dinámica, los mecanismos de cooperación penal internacional y las cortes y tribunales estatales especializados han jugado un rol muy importante, a partir de que tales delitos se pueden *desterritorializar* con facilidad aprovechando los resquicios en los marcos legales nacionales y de la legislación internacional punitiva, amén de la deficiente funcionalidad de los organismos internacionales encargados de la prevención, seguimiento, control y combate de estas actividades lesivas, con la consiguiente afectación a la economía de individuos, empresas, Estados y organizaciones internacionales por igual. En otros términos, la cooperación entre los sujetos de derecho internacional se intensifica y hace más necesaria en la medida en que se amplía la transnacionalización de los delitos económicos, los cuales, a diferencia de otros incluso más graves, traspasan más fácilmente fronteras. Gracias a esto, logran un espacio de actuación casi ilimitado, por lo que los Estados requieren de un marco convencional penal mucho más coordi-

¹ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal y globalización*, Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 234-235.

nado donde se privilegie el intercambio de información estratégica relativa a operaciones financieras ilícitas, abiertas y encubiertas, que facilite la adopción y aplicación supranacional de figuras punitivas de pleno combate más allá del ámbito jurídico interno de los Estados, como es el caso de la extinción de dominio.²

En la materia que nos ocupa, es un requisito indispensable conocer y estudiar a fondo el fenómeno de la DOT y proveer al derecho internacional penal de los elementos necesarios para su operación eficaz, ya que sus actividades están relacionadas sustancialmente con los delitos económicos transnacionales cuyo producto constituye, de hecho, su principal sustento y base de expansión. Este género de delitos se amplía y diversifica con mayor intensidad a partir del siglo XXI porque se mueve a través de redes criminales que operan en prácticamente todos los Estados y regiones del planeta y buscan beneficiarse del manejo de múltiples productos ilegales con un mínimo de riesgos, gracias a las redes de corrupción y complicidades tejidas en entramados paralelos, que les generan gigantescas ganancias y la posibilidad de colocar cuantiosos activos y capitales sucios susceptibles de ser blanqueados a través de múltiples medios, muchas veces a la vista del gran público.

A nivel Internacional existen varias organizaciones encargadas de identificar la amenaza que representan los delitos económicos transnacionales, dentro de las que se encuentran el grupo creado en el año 2003 por Naciones Unidas llamado Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, el cual ubicó

a la DOT como una de las tres mayores amenazas a la seguridad internacional, por lo que recomendó la negociación de una convención internacional de amplio espectro sobre blanqueo de activos o limpieza de capitales.

En esta línea, algunos de los principales instrumentos vigentes para el combate a los delitos económicos transnacionales son la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en el año 2000, y la Convención de Palermo, aprobada en 2003. Ambas incluyen una serie de disposiciones para construir una normativa internacional que permita hacer frente a las actividades delictivas económicas.

Por otro lado, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito facilita asistencia técnica para que los gobiernos nacionales tengan una mayor capacidad para combatir la delincuencia económica y financiera, especialmente, el lavado de capitales. Otros instrumentos de importancia en el derecho internacional penal que tratan específicamente este nuevo tipo criminal son la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, la Declaración de Principios de Basilea y la Declaración de la Cumbre de las Américas. Existen también dos grupos encargados de establecer normas para combatir el blanqueo de activos: el Grupo de Acción Financiera Internacional, conocido como GAFI, y el Grupo Egmont.

Estos y otros mecanismos que conforman el método del derecho internacional penal en nuestros días parten del hecho de que se han incrementado en tipos penales y variedad de formas los delitos económicos que se cometen a nivel internacional, siendo solo unos ejemplos: el soborno, el abuso de información privilegiada, las prácticas antimonopolio, el fraude de quiebra, el espionaje industrial, la falsificación y el lavado bursátil de capitales. La mayoría de estos, están encuadrados en la categoría denominada *delitos de cuello blanco*, los cuales tienen como característica principal que las personas que los cometen suelen tener cargos de alto mando o ser empleados de gobierno o de negocios técnico-corporativos, y que no usan la fuerza o violencia para cometer los delitos económicos, mismos que por su dinámica y *modus* de realización rápidamente se desterritorializan.

El lavado de capitales es un delito que se lleva a cabo con el objetivo de darle una apariencia lícita a recursos o bienes de cualquier tipo que no fueron

² En México está vigente la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 29 de mayo de 2009. Como parte de la nueva estrategia de seguridad pública, en diciembre de 2018, la Cámara Baja aprobó el dictamen de reformas constitucionales en la materia que se aplicará a los bienes de quienes hayan incurrido en los delitos de *actos de corrupción, robo de hidrocarburos y extorsión*. Según esta ley, la extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre bienes que han sido instrumento, objeto o producto de un delito o que sean utilizados para esconder o mezclar otros bienes producto de un delito. La Constitución, la ley y el derecho internacional protegen la propiedad privada adquirida legítimamente como un derecho fundamental de las personas, empero, este derecho no se reconoce cuando la obtención de bienes se da mediante la comisión de determinados delitos o los destinan a ellos. Permite al Estado apropiarse de bienes de origen o destino ilícito, partiendo de que la forma más eficaz de combatir la delincuencia organizada es mermar sus estructuras financieras y ganancias, y recuperar los activos generados mediante dinero ilícito. La extinción de dominio ha sido figura central en la estrategia de seguridad de Estados Unidos, Italia y Colombia para combatir a la delincuencia organizada y restituir el Estado de derecho.



obtenidos de una forma legal, o sea que dichos productos materializados en flujos de capitales pueden ser insertados en el sistema financiero y ser utilizados después de forma legal. Es claro que el problema central de estos recursos es que la mayoría proviene de actividades ilícitas altamente perniciosas y lesivas, como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas, el fraude en todas sus formas, la prostitución, la piratería y el terrorismo; delitos graves todos ellos que en la actualidad generan ganancias multimillonarias y constituyen la esencia de la inseguridad que padecen la mayoría de las sociedades nacionales en el centro y en la periferia del capitalismo neoliberal y, por supuesto, de la inseguridad del mundo entero. Hoy nadie parece escapar de esta realidad criminal y patológica de las llamadas sociedades modernas.

Actualmente, la dificultad de combatir este tipo de actividades criminales, cuyos productos se reinsertan en la economía limpia, previo lavado de capitales, radica en que estas cuentan con características que las vuelven *sui generis*, como: a) el hecho de que los autores de los delitos actúan por lo general en nombre de una empresa u organización determinada y no a título propio; b) los bienes que serán afectados se consideran como supraindividuales; c) en cuanto a las sanciones, en la mayoría de los sistemas penales nacionales se les considera como delitos extrapenales, es decir, como delitos especiales; y d) para poder tipificar correctamente, perseguir y sancionar estas faltas se requiere de leyes y dispositivos jurídicos actualizados, completos y formulados al ritmo de la evolución delincinencial.

Por ello, los casos de delitos económicos transnacionales suelen llevar mucho tiempo para esclarecerse, pues son llevados a cabo por grandes redes y organizaciones criminales omnidireccionales, además de que suelen ser cometidos por varias personas, físicas y jurídicas. Lo anterior dificulta la posibilidad de comprobar la procedencia de los bienes ilícitos y da lugar a que la administración de justicia tenga que ser impartida por diferentes jurisdicciones, siendo por ello necesario recurrir a los métodos del derecho penal internacional, que por su naturaleza se hallan más cercanos al derecho internacional privado que al derecho internacional público.

Esto, precisamente, fue lo que sucedió en el caso de los llamados *Panama Papers*, donde la firma de abogados que llevaba a cabo el lavado de dinero era

de nacionalidad panameña, sin embargo, los personajes involucrados eran de más de 50 nacionalidades diferentes, lo que ocasionó que cada Estado invocado tuviera que intervenir y actuar conforme a sus propias leyes penales y a los dispositivos jurídicos internacionales (derecho uniforme), adoptando sus propias medidas al respecto.³

Finalmente, como parte del *ius puniendi* positivo en México, se dispone de mecanismos legislativos encaminados a prevenir y castigar los delitos económicos en los planos nacional y transnacional, y en el caso del lavado de capitales, este se encuentra previsto en los artículos 400 Bis del Código Penal Federal, 115 bis del Código Fiscal de la Federación, 9 de la Ley Aduanera y en la Ley de Impuesto Sobre la Renta, amén de otras dispositivos legales sustantivos. Empero, estos y otros intentos jurídicos y las acciones emprendidas por instituciones gubernamentales especializadas para prevenir y erradicar los delitos económicos y financieros transnacionales son insuficientes ante un problema de gran dimensión y arraigo en el país con efectos extensivos hacia todos los renglones de la vida nacional. Lo cierto es que legislación penal, fiscal y administrativa, así como la reorganización institucional, cuyo ejemplo más actual lo representa la Fiscalía General de la República (cuya Ley Orgánica de finales de 2018 aún no se implementa y no

³ Los *Panama Papers* son una serie de documentos que pertenecían a una firma de abogados de Panamá llamada Mossack Fonseca, los cuales fueron ventilados por una fuente confidencial y entregados a un diario alemán que se llama *Süddeutsche Zeitung*, el cual, a su vez, recurrió al International Consortium of Investigative Journalists para que ayudaran a analizar la información que habían obtenido. La importancia de los *Panama Papers* radica en que la mayoría de los nombres que aparecen son de gente importante, entre ellos políticos, narcotraficantes, atletas, artistas y otras celebridades. Dentro de los países que estuvieron implicados en este caso figura México, país que comenzó investigando 33 casos de personas que podrían estar implicadas en lavado de dinero y evasión de impuestos, y a los cuales se incorporaron 263 casos más después de que se ventilara más información en mayo de 2016. Entre los nombres de ciudadanos mexicanos que aparecen en los documentos ventilados por la firma de abogados se encuentran personas de altos rangos como exfuncionarios de gobierno, socios de empresas importantes como Grupo Higa y Oceanografía, y narcotraficantes como Rafael Caro Quintero. Ante esto, el gobierno respondió con una serie de auditorías que fueron llevadas a cabo por medio del Servicio de Administración Tributaria, lo cual representó un ejemplo de participación activa en la persecución, prevención y penalización de los delitos económicos, además de su inserción en varias Convenciones Internacionales que tratan este tema, como la Declaración de Basilea o el Convenio del Consejo de Europa, y su actuación discreta en grupos como el Grupo de Acción Financiera Internacional.

prevé la existencia de una Fiscalía Especializada en esta materia), deben dinamizarse y acoplarse eficazmente a los nuevos retos que imponen las diferentes formas que adopta la DOT. Un ejemplo sería reestructurar el tipo penal en que se inscribe el delito lavado de capitales, o bien, homologar terminología nueva, como los llamados *bienes de procedencia ilícita* y su afectación por razones de interés público a través de figuras como la extinción de dominio.

2. Derecho internacional penal, derecho penal internacional y delitos económicos transnacionales

2.1. Derecho internacional penal y derecho penal internacional: dos disciplinas convergentes contra la delincuencia organizada transnacional

Al abordar el tratamiento que se da actualmente en derecho internacional a los delitos transnacionales, como los que en la presente contribución se refieren a las actividades ilícitas en materia económica (incluyendo las finanzas y el comercio), suelen presentarse algunas confusiones en la literatura especializada y al interior de la propia ciencia jurídica en cuanto a la denominación y contenido de las disciplinas llamadas a converger en estas tareas normativas, que son, en términos generales: el derecho penal estatal, el derecho internacional penal (DIP) y el derecho penal internacional (DPI), por mencionar solo las principales. El problema es que se utilizan las distintas denominaciones sin precisarlas, por lo que su uso indistinto en la doctrina es una cuestión que va más allá de la *commodité* (conveniencia) o de *le confort* (comodidad) en su precisión conceptual y estudio, como lo expresan algunos juristas franceses.⁴

En efecto, uno de los grandes debates teóricos de la actualidad estriba precisamente en diferenciar al DPI del DIP, asumiendo que no se trata de un asunto de semántica simple, sino más bien de fondo, pues, *grosso modo*, el primero refiere al derecho penal nacional que tiene implicaciones con el derecho internacional; mientras que el segundo, por el contrario, estudia los

aspectos criminales del derecho internacional. De ahí que la primera acepción sea más apropiada en el terreno del derecho internacional privado (DIPr), mientras que la segunda lo sea en el ámbito disciplinario del derecho internacional público (DIPb). Ahora bien, como el derecho internacional es una unidad epistemológica, es válido y explicable que ambas disciplinas compartan áreas comunes que se superponen, complementan o entrelazan; pero sin que por ello deban confundirse.

Al momento de aplicar una o ambas disciplinas sobre delitos transnacionales de cualquier tipo penal, como podrían ser la trata de personas o el lavado de capitales, debe tenerse en cuenta que, por un lado, el derecho *internacional* penal resulta de la convergencia de cuatro ramas del derecho, a saber, el derecho internacional, el penal, el humanitario y los derechos humanos, situación que al mismo tiempo ha sido la causa de su ambigüedad como género autónomo; y, por el otro, el derecho *penal* internacional, arraigado territorialmente, no está por principio diseñado para enfrentar las nuevas exigencias penales en los ámbitos internacional y transnacional, siendo por tal razón necesario recurrir al contenido, fuentes, objeto, sujetos y método del derecho *internacional* penal, término que implica que es el derecho internacional el que debe determinar la elaboración de lo penal y no al revés.

En realidad, con esta afirmación no se apela a algo nuevo, sino consabido, pues en esencia el DIPb y el DIPr son disciplinas hermanas y afines, con una matriz común; la primera, encargada de regular las relaciones públicas internacionales, y la segunda, las relaciones privadas internacionales,⁵ pudiendo ambas combinarse y trabajar en coordinación para abordar los asuntos propios de las relaciones internacionales de carácter semipúblico o semiprivado, según sea el caso o así se aprecie. De ahí que sea correcto destacar la clara distinción que hay entre DIP y DPI. Es decir, que de la misma manera que los elementos nacionales, en cada Estado, modelan el derecho y por ende la ley penal, en el área internacional los elementos internacionales deben modelar la materia penal. Desde esta perspectiva sería erróneo pretender que la técnica y el sistema *penal nacional*, si cabe esta expresión como la que

⁴ Todos ellos grandes autores, doctrinarios y operadores en materia de derecho y cooperación internacional penal como: M. Cheri Bassiouni, Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet. Para mayor referencia consúltese de estos tres últimos el libro *Droit International Penal*, Editions A. Pedone, Centre de Droit International, Université Paris X-Nanterre, Paris, Francia, 2000.

⁵ Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.



puede comprender todas las técnicas y sistemas penales nacionales, se aplique al ámbito *internacional penal*. Luego entonces, ante esta imposibilidad caben dos actitudes: una de renuncia que, curiosamente, se pronuncia por la exigencia de la responsabilidad penal en casos como los de Nüremberg, ex Yugoslavia y Ruanda, y otra de afirmación, es decir, que se pronuncia por la elaboración de un nuevo derecho internacional penal que debe efectuarse partiendo de lo internacional hacia lo interno, de “afuera” hacia “adentro”, y no de lo interior (estatal) a lo exterior (internacional), y sin forzosamente servirse de la técnica y sistemas penales nacionales.⁶

En abono a esta premisa, la doctrina mexicana moderna del derecho internacional privado (privatista), encabezada, entre otros exponentes, por autores como Leonel Péreznieto Castro, José Luis Siqueiros y Jorge Alberto Silva Silva, han comenzado a desarrollar el estudio de lo que ellos denominan e identifican como derecho penal internacional, en vez de referirse al derecho internacional penal en el sentido en el que el de la voz lo asume; y tienen razón al hacerlo así porque, ciertamente, se trata de un *ius puniendi* de naturaleza y contenido nacional e internacional a la vez. Empero, su visión corresponde más al marco del derecho internacional privado que del derecho internacional público, lo cual lejos de contraponerse a mi planteamiento original, presenta una faceta diferente y muy interesante que lo enriquece y diversifica tanto en su ubicación en la teoría y la doctrina como en la práctica jurídica cotidiana.⁷

⁶ Los juristas del *common law* no hacen dicha distinción, pues para ellos todo es *international criminal law*. Autores como La Rosa, Anne Marie (*Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis*, Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Geneve, 1998), se inclinan por el uso del término *derecho internacional penal* para describir el sistema normativo internacional dedicado a los aspectos penales o punitivos aplicables a la sociedad internacional en lo general y a los Estados e individuos infractores en lo particular. Y el ya citado Bassiouni, Ch. M., señala: “international criminal law is reflected in the convergence of two disciplines; the penal aspects of international law and the international aspects of national criminal law”. Ver: Bassiouni, Ch.M., “An appraisal of the growth and development of international criminal law”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 45, 1874, p. 405.

⁷ Péreznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*. Oxford University Press, México, 2000. Se recomienda consultar precisamente el Capítulo 12 denominado *Derecho penal internacional*, pp. 293-327. En este libro se mencionan, por ejemplo, aspectos regulatorios de los delitos financieros y en materia de títulos y operaciones de crédito.

Y la razón por la que los privatistas incluyen el estudio del DPI como un capítulo del DIPR la explican ellos mismos cuando afirman que existen semejanzas entre sus métodos de solución, precisamente en lo que se refiere al conflictual. Aducen además que, si no se abordara el DPI en esta materia, difícilmente podría abordarse en otra; afirmación con la que no estoy enteramente de acuerdo, porque hay otras disciplinas que lo contemplan, como el derecho internacional convencional, el derecho procesal internacional y el derecho internacional jurisdiccional. Y aunque al DPI se le ubica dentro de la gestión del Estado, mientras que al DIPR se le sitúa en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, cabe advertir que los campos de ambas ciencias no son hoy en día nítidos ni definitivos, pues ocurre una continua transformación que tiende a difuminar las fronteras entre ellas. Esto mismo sucede cuando se recurre necesariamente al DIP y al DPI para enfrentar los delitos transnacionales (económicos, financieros y cibernéticos, p. ej.) aplicando distintos instrumentos y mecanismos de cooperación penal internacional, como: 1) informes sobre detenciones, 2) obtención de pruebas, 3) situaciones de extradición y entrega a tribunales (nacionales o internacionales), 4) reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (estatales y/o supranacionales), 5) la jurisdicción internacional y 6) la jurisdicción universal.

Otra razón que los privatistas aducen para incluir el DPI como tema del DIPR se refiere al método, pues el segundo, desde sus orígenes, ha tenido como objeto de estudio el derecho procesal internacional y ahora la ayuda internacional para el proceso, disciplinas que se ubican dentro de la esfera de la función del Estado, más que en la de los particulares. Otro argumento lo dan el sentido de que las técnicas conflictuales para resolver problemas del derecho represivo son y han sido parte de las técnicas objeto del DIPR y no del derecho internacional público, lo cual, por cierto, tampoco es absoluto y da pie a un debate que apenas se está iniciando en esta era de globalidad fáctica, donde lo público y lo privado tienden a entrelazarse cada vez con más frecuencia.⁸ Sin embargo, se debe pon-

⁸ En este punto, es evidente que la propia existencia de la sociedad global confirma que la clara diferenciación entre derecho público y privado ha dejado desde hace tiempo de expresar la realidad del derecho nacional e internacional, aun cuando tal distinción domina todavía los planes de estudio de las escuelas de derecho y de ciencias políticas y sociales. Empero, esta tradicional clasifica-

derar el hecho innegable de que sí existen problemas de DPI en lo que a técnicas y métodos de DIPr se refiere, como es el caso del derecho aplicable de las normas de aplicación inmediata y del derecho internacional uniforme.⁹ Y es que en la actual sociedad transnacional existen cada vez más actos ilícitos y conductas criminógenas que tienden a producir efectos fuera de los límites territoriales de los Estados en donde se realizan, lo cual obliga a utilizar el DIPr para conocer los principios que rigen a cada entidad soberana y las vías de resolución de dichos casos de naturaleza punitiva.

Es también destacable el hecho de que en la mayoría de los países europeos y en algunos africanos y asiáticos las soluciones de la ley penal no encuadran dentro del DIPr, mientras que la tradición americana plantea soluciones en materia de DPI que se establecieron en varios tratados y convenciones de DIPr (Lima y Montevideo) celebrados en Sudamérica desde la segunda mitad del siglo XIX. Asimismo, las normas penales objeto de estudio del DIPr son, por lo común, de *aplicación inmediata*; esto es, aquellas que rechazan la aplicación de las normas materiales extranjeras. De hecho, es el DIPr la disciplina que ha generado más jurisprudencia y doctrina sobre las normas de aplicación inmediata (principalmente en materias civil, penal y mercantil), por lo que esta experiencia jurídica puede ser de gran ayuda para su conocimiento y tratamiento.

En la misma tónica, cabe recordar que, por un lado, las normas penales suelen tener también naturaleza de normas materiales y en ocasiones de normas de conflicto, como sucede en los sistemas jurídicos internos, y, por el otro, que el DPI se discute frecuentemente en el ámbito de las políticas gubernamentales, o bien en las líneas rojas o de “primer impacto” de algunos medios de comunicación escrita, lo que suele distorsio-

ción debe ser superada, pues “por su propia esencia y por la fuente de donde emana, todo el derecho es público”; empero, la distinción arbitraria entre la rama pública y la privada obedece al predominio de los intereses que se tratan o regulan, aunque debe reconocerse que ambos intereses se van a mezclar, siendo imposible en la práctica actual delimitar fronteras claras entre unos y otros.

⁹ Diferentes *iusprivatistas* latinoamericanos, como Stella-Maris, Biocca (*Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997), señalan que, no obstante que la puesta en ejecución generalizada de la *lex fori* penal suele desalentar este tipo de estudios, además de que el derecho internacional penal carece de una especial relevancia dentro del derecho de los conflictos, se considera importante que el estudiante no ignore la localización de la ley penal y los problemas de su aplicación en el espacio, como ya lo pusieron en relieve diferentes pensadores de la escuela privatista francesa.

nar sus contenidos. Como ejemplos recientes de esta situación abundan numerosos casos en la experiencia bilateral México-Estados Unidos, al igual que otros más que han llevado al gobierno federal a atraer asuntos de la esfera local a la esfera federal. En efecto, esta “espectacularidad” a la que con frecuencia está sometido el DPI hace olvidar sus aspectos técnicos, que son bastante interesantes y de gran relevancia para el tratamiento de los delitos transnacionales y el logro de la sana convivencia entre los individuos y las naciones en el convulso mundo actual.

Volviendo al DIPr, y en cuanto toca al contenido del DIP, considero que este consiste, básicamente, de un conjunto normativo dispuesto en tres niveles sistemáticos, a saber: la *subjetividad* (los sujetos), la *objetividad* (el objeto) y, la metodología (el *método de aplicación* de la ciencia internacional penal). En otros términos, se entiende como: los *autores* de los delitos internacionales, la *definición* de los delitos internacionales y la *represión* de los delitos internacionales. Ahora bien, conforme a un criterio estrictamente punitivo, el DIP sustantivo discurre sobre dos campos disciplinarios bien definidos: el derecho de los *delitos penales internacionales* y el derecho de las *sanciones penales internacionales*. De ahí que su función sea, como la del derecho penal interno, la protección de bienes jurídicos internacionales. No obstante, esta acepción no define con suficiencia al derecho penal, ya que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva de este, sino que incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico en general.¹⁰ En otros términos, en tanto que el derecho penal protege los bienes vitales más importantes del orden interno frente a las formas más graves de agresión, el DIP protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, los que son más relevantes frente a las conductas típicas de mayor gravedad, mismas que abarcan un abanico cada vez más extenso que incluye cientos de tipos penales: desde los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y la agresión hasta los de naturaleza económica, financiera, monetaria, comercial, bursátil y cibernética, entre otros más de reciente cuño.

Existen múltiples formas de delito transnacional: el que opera en los territorios de varios Estados; en

¹⁰ J. Fierro, Guillermo, *La ley penal y el derecho internacional*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 5. Véase también: Glaser, S., *Introduction à l'étude du droit international penal*, Dalloz, Paris, Francia, 1989, p. 11.

lugares distintos a su residencia sin burlar la ley territorial propia; el que aprovecha la globalización para sortear los controles legales y judiciales, y el que aprovecha los resquicios que inevitablemente presentan las legislaciones nacional, comunitaria (regional, p.e. la europea) e internacional. Y es que la transnacionalización de las actividades sociales, económicas y culturales también incluye una muy intensa diseminación transfronteriza de las actividades delictivas que demandan una especial colaboración entre los países y por medio de los organismos internacionales para prevenir y reprimir, en su caso, tales acciones que desde el interior de los Estados tienden a traspasar las fronteras y dañar tanto a países vecinos como a los más lejanos, así como para contar con los medios más adecuados para enfrentar la delincuencia que proviene de otros lugares y causa sus efectos o transita por el territorio nacional.

El problema del delito transnacional, por definición, es de naturaleza global, y como fenómeno global amenaza no solo el desarrollo de los Estados, su estabilidad económica y financiera, sino incluso su maquinaria político-burocrática, su estructuración jurídica, su régimen de libertades y las propias instituciones democráticas, poniendo en entredicho, correlativamente y por añadidura, el precario equilibrio del sistema de relaciones internacionales y representando un permanente desafío a la propia existencia y efectividad del derecho internacional, particularmente del DIP, que es su campo especializado en la materia penal o criminal. Por ello, hablar de la *transnacionalización* del delito es referirse a una gran cantidad de fenómenos que se presentan hacia el interior de los Estados y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia económica y su determinación en los temas más delicados de las agendas nacional e internacional.

El ejemplo quizás más creciente y representativo de esta fenomenología lo encontramos en el delito de narcotráfico,¹¹ pues las diversas actividades que se desarrollan, que van desde la siembra o producción del estupefaciente o psicotrópico hasta la distribución al consumidor, pasan por una cadena empresarial semejante a la desarrollada por las empresas transna-

cionales, pues dispone de una distribución altamente organizada del trabajo en todos las etapas y espacios contemplados. Es incuestionable que todas las fases del proceso cuentan con la tolerancia de autoridades corruptas, aunque ello no es generalizable a todas y no descalifica los importantes esfuerzos que se realizan para combatir y erradicar el delito. Sin embargo, como el volumen de capital involucrado es volátil e inconmensurable, lo que dificulta su movilización financiera, la delincuencia ha encontrado en el blanqueo de activos o limpieza de capitales una forma común de darle fisonomía tipo *clean hands* a sus cuantiosas ganancias.¹² Es cierto, el también llamado lavado de dinero consiste, básicamente, en hacer aparecer como lícito el producto de operaciones delictivas, enmarcadas bajo actividades comerciales, empresariales y financieras perfectamente disimuladas como legales. El problema se agrava y globaliza, cuando a través del lavado de dinero se apoyan actividades criminógenas de mucha mayor envergadura, todas ellas vinculadas con la DOT. De esta forma, dada la extrema facilidad para transferir divisas de un país a otro, el lavado de capitales se ha convertido en el principal accionar de los narcotraficantes o políticos, empresarios y financieros corruptos.

Se tiene así que, en materia de derecho internacional los Estados nación, e incluso las organizaciones internacionales, han suscrito instrumentos jurídicos interesantes para la lucha contra la DOT, aprovechando la experiencia de la compleja red de relaciones bilaterales que se ha configurado en los últimos lustros, y, siguiendo los mismos ritmos y tendencias de la globalización, cada día son más las naciones y sujetos jurídicos involucrados en estas tareas. Entre las materias que son fundamentales en este proyecto de alcances planetarios, algunas nuevas y otras de tradición secular, son de destacarse las siguientes: extradición, especialización técnica *antinarco tráfico* y *antiblanqueo de activos*, inteligencia anticriminal, tácticas coordinadas de lucha contra la DOT, asistencia jurídica en materia penal nacional e internacional, coordinación interestatal procesal penal, colaboración jurisdiccio-

¹¹ H. Smith, Peter, *El combate a las drogas en América*, FCE, México, 1993.

¹² Castañeda, Jiménez, Héctor F., *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, INACIPE, México, 1992. También recomiendo el excelente artículo de García Moreno, Víctor Carlos, "Lavado Internacional de Dinero", en la *Revista Indicador Jurídico*. Derecho Internacional, México, vol. I, No. 4, mayo de 1998.

nal y, por supuesto, asistencia y cooperación policial (Interpol, Europol, Ameripol y Asianpol).¹³

2.2. Contenido del derecho internacional penal convencional aplicable a los delitos económicos transnacionales

En materia internacional penal existe una amplia normatividad encaminada a prevenir, erradicar y sancionar los diferentes tipos de delitos económicos transnacionales, dentro de la que se encuadran grupos especiales de acción, convenciones, declaraciones, convenios internacionales, principios y reglamentos, algunos de los cuales tienen por objeto regular algún tipo penal específico de infracción económica de mayor recurrencia en las relaciones internacionales de la actualidad como, por ejemplo, el lavado de capitales. Como ya se señaló, la globalización y las nuevas tecnologías le han dado un margen más amplio de actuación a la DOT, y con ello los capitales obtenidos de forma ilícita tienen mayores posibilidades de ser lavados y, por ende, de afectar de manera grave la economía tanto de los Estados en particular como del sistema económico mundial como un todo, sin mencionar que tienen efectos secundarios que los hacen igualmente perniciosos sobre otros ámbitos, como la corrupción en los sistemas políticos en todos sus niveles.

Es por ello que la evolución que han tenido estos delitos, así como su mayor auge, han generado una gran preocupación en la sociedad internacional y en muchas naciones que se han visto afectadas por su inserción en las estructuras políticas, económicas y sociales, lo que ha hecho necesario establecer regíme-

nes de cooperación internacional jurídica y penal para enfrentar a la DOT en sus diversas presentaciones. Así, se han logrado establecer un buen número de instrumentos declarativos y convencionales que conforman el núcleo duro del derecho internacional penal vigente. Pasaré a describir brevemente los más importantes hasta el momento, destacando el hecho de que todos son resultado del trabajo de diferentes organizaciones internacionales, así como de la cooperación de los Estados y los esfuerzos de muchos grupos especiales, en algunos de los cuales he tenido oportunidad de colaborar directamente. Se trata de los siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena).
- Convención del Consejo de Europa sobre Lavado, Seguimiento, Embargo y Decomiso de las Ganancias Provenientes de la Comisión de Delitos (Convenio de Estrasburgo).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).
- Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo (Convención de Varsovia).
- Declaración de Principios del Comité de Basilea.
- Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional.
- Declaración de la Cumbre de las Américas.
- Declaración sobre Seguridad de las Américas.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención Mérida).
- Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de Estados Americanos (OEA).
- Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos.

¹³ Para movilizar estos planes se parte de la base de que la legislación nacional está diseñada para investigar y juzgar, en principio, cierto tipo de delincuencia, que es la tradicional, común o convencional, conformada por los delitos cometidos en un territorio determinado y contra intereses específicos de la sociedad nacional, mas no para asimilar la comisión de crímenes fuera de sus fronteras que afectan no solo a otras naciones, sino a la comunidad internacional, que es justamente el *modus operandi* de la DOT. De ahí que en el ámbito internacional se plantea, aunque todavía en buena parte como ideal, una legislación penal o un código criminal global que atienda cuidadosamente lo que ocurre en ese contexto delincencional internacional, proponiendo incluso la posible *universalización* de la justicia en esta materia. Pero en tanto esto se logra, se propugna en ese plano por establecer una coordinación y cooperación plurilateral en el rubro del delito transnacional, instaurando técnicas de investigación policial que permitan la interconexión de estrategias internas con las externas, para una colaboración de alcances mundiales que procure erradicar las dificultades que puedan suscitarse en las actuaciones de las policías tanto nacionales como extranjeras.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena)

La Convención de Viena fue aprobada el 20 de diciembre de 1988 y entró en vigor en 1990. Participaron en ella 106 países, y es conocida con dicho nombre debido a que fue aprobada en Viena, Austria. Su principal objetivo es regular el mercado ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que se enmarcaba en esos momentos como uno de los delitos de mayor magnitud, y que traía como consecuencia otras grandes amenazas tanto en temas políticos, como la extradición; temas económicos, como las ganancias ilícitas, y temas sociales como la salud. El vínculo que existe entre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el tema de delitos económicos internacionales lo generan las grandes ganancias ilícitas obtenidas por la distribución, producción y comercio de estas drogas y sustancias. De ahí que el instrumento aborde los problemas relacionados con el socavamiento de las economías lícitas, la inversión de grandes ganancias ilícitas, la necesidad de mejorar los medios jurídicos con que se cuenta para lograr la cooperación internacional en asuntos penales, entre otros. Al respecto, en la convención se afirma que:

El tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.¹⁴

Es por ello que, aunque la convención no menciona el término *delitos económicos* o términos afines como *lavado de capitales*, sí es tomada en cuenta como uno de los antecedentes más importantes para la regulación de dichos delitos, toda vez que estos se consideran como una de las consecuencias más graves del tráfico ilícito, pues generan grandes ganancias y un daño grave posterior al ser invertidos en los sistemas financieros lícitos.

Por primera vez va a plasmarse en una norma de carácter internacional, la idea mantenida por los expertos en narcotráfico de que una de las medidas más eficaces para frenar este ilícito, es privar a las personas dedicadas al mismo, del producto y beneficio de sus actividades delictivas, eliminando así su principal incentivo para esta actividad.¹⁵

También hay artículos que se enfocan a sancionar específicamente temas económicos y que entrarían dentro de nuestra definición de delitos económicos transnacionales. A pesar de ello, la convención deja a la libre elección de las partes la tipificación en sus ordenamientos internos; sin embargo, describe algunas de las actividades que deben tomarse como delitos penales, las de mayor interés para el tema de delitos económicos transnacionales, como lo hace el artículo 3.1 en sus incisos b y c, al señalar que serán delitos:

- i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
- c) a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.¹⁶

¹⁵ Ramón García, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁶ Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico..., *op. cit.*, p. 1. Dicha descripción considera como una falta penal invertir dinero de procedencia ilícita en bienes o propiedades lícitas y ser cómplice en la inversión de dichos activos. Estos puntos son características principales de lo que se define como limpieza de capitales, lo que prueba que la Convención de Viena hace referencia a dicho delito, aunque no lo define como tal, pues le permite a los Estados manejar su propia tipificación en sus

¹⁴ Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas [en línea], 1988, Dirección URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [Fecha de consulta: 28 de junio del 2018].

Convención del Consejo de Europa sobre Lavado, Seguimiento, Embargo y Decomiso de las Ganancias Provenientes de la Comisión de Delitos (Convenio de Estrasburgo)

Este dispositivo convencional tiene como antecedente la Recomendación número 80 sobre “Medidas contra la transferencia y la custodia de fondos de origen criminal”, que surgió el 27 de junio de 1980, año en el que se crea el Grupo Pompidou, el cual tenía como principal objetivo evitar que se depositaran en el sistema bancario ganancias de origen ilícito. Para ello se llevan a cabo dos conferencias en Estrasburgo en los años de 1983 y 1985, sustentadas por un grupo de expertos que tenían como misión lograr el marco regulatorio que permitiera la cooperación internacional penal para localizar a los bienes propensos a ser blanqueados y utilizados posteriormente como bienes lícitos.¹⁷ Nace así en 1990 el también llamado Convenio de Estrasburgo, con el objetivo central de privar a los delincuentes de sus ganancias ilícitas por medio de la confiscación, promoviendo la investigación del lavado de capitales e instando a los Estados miembros a la cooperación penal internacional. El convenio tiene una conexión cercana con la Convención de Viena de 1988, ya que la utiliza como modelo, aun cuando en esta solo se comienza por delinear como un delito la inversión de las ganancias ilícitas en el tema de drogas y sustancias psicotrópicas, mientras que ahora se busca una cooperación internacional específica para evitar el uso de los productos ilícitos provenientes de cualquier acto delictivo, llamados en la convención *delitos base*, en su artículo 1.

En el Capítulo II, se hace mención de las medidas que se deben tomar a nivel nacional para la investigación, confiscación y el uso de los recursos legales. Más adelante se hace alusión a los delitos considerados como blanqueo, delineados en el artículo 6 del instrumento. Al efecto, se tomará como delito a los

ordenamientos internos. Por último, cabe advertir que también se abordan temas de cooperación penal entre los Estados sobre el decomiso y la extradición. En cuanto al tema del decomiso (artículo 5), se estipula que se pueden embargar las mercancías referentes a drogas y sustancia, pero también los bienes y productos que se hayan obtenido por medio de las ganancias ilícitas.

¹⁷ Madrigal, Cristina, *La regulación comunitaria en materia de blanqueo de capitales*, IV Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Financiera, Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, Colaboración 4/10, vol. 9/2010, México, 2009, p. 45.

casos en los que se haga uso de las propiedades para lavar capitales, ya sea adquiriendo propiedades con dinero ilícito, ocultando la existencia de las propiedades o transmitiéndolas a otra persona a sabiendas de que fue obtenida por medio de ganancias ilícitas para ocultar su origen.¹⁸ De igual forma prestar ayuda para poder blanquear activos, es decir, ser cómplice en la comisión de estos delitos, es un delito enmarcado en la convención.

En el Capítulo III se aborda el tema de la cooperación penal internacional, el cual abarca temas desde la ayuda que deben brindar los Estados en temas como la investigación (sección 2), confiscación (Sección 4), el reconocimiento de sentencias extranjeras (artículo 22) y las medidas provisionales, las cuales hablan del bloqueo o embargo que debe hacer un Estado en caso de que existan posibilidades futuras de confiscación (artículo 11). En suma, la relevancia de la Convención de Estrasburgo es que logró que tanto en Europa como en la comunidad internacional se implementarán parámetros generales que los Estados deben acoger en sus legislaciones internas sobre el tema de lavado de capitales, entre ellas la confiscación de las ganancias ilícitas. Al mismo tiempo, encuadra como punto central la necesidad de la cooperación internacional en materia criminal tanto para la investigación como para la confiscación de los bienes.

¹⁸ El artículo 6 señala a la letra que: “1. Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para considerar como delitos en virtud de su derecho interno, cuando sean cometidos de forma intencionada:

”a. la conversión o transmisión de propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de las mismas o de ayudar a cualquier persona que esté implicada en la comisión del delito base a evadir las consecuencias legales de sus acciones;

”b. la ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad o derechos en relación con propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito; y, sujeta a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema jurídico:

”c. la adquisición, posesión o uso de propiedades, con conocimiento de que, el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito; la participación en, asociación o conspiración para cometer, tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquiera de los delitos que se establezcan de acuerdo con este artículo”. Ver: Naciones Unidas, Convenio Europeo sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito [en línea], 1990, Dirección URL: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/654f1600495426d48614f7cc4f0b1cf5/Convenci%C3%B3n+Europ+ea+sobre+Blanqueo%2C+Seguimiento%2C+pdf?MOD=AJPERES> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2019].

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)

La DOT genera grandes ganancias ilícitas en todo el mundo, y es uno de los focos que generan inestabilidad tanto en el sistema económico como en temas sociales y políticos. La preocupación por dicho tema surge desde finales del siglo xx. Prueba de ello es la realización en noviembre de 1994 de la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, la cual se toma como antecedente de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establecida por las Naciones Unidas en el año 2000, también conocida como Convención de Palermo, con 41 artículos muy precisos que tienen la finalidad principal de prevenir y combatir la DOT. Sigue la misma línea de las convenciones de Viena y de Estrasburgo, ya que también contiene penalizaciones para delitos como el lavado de capitales, el decomiso de los activos obtenidos mediante estos delitos, la cooperación judicial penal para la extradición y la investigación. La diferencia puntual estriba en que en Palermo se usa el término *blanqueo de dinero*, mientras que en Estrasburgo se habla únicamente de *delitos base*. Siguiendo la comparación entre estos instrumentos, el penalista José Antonio Mateos estima que la Convención de Palermo:

... podría considerarse la continuación de la Convención de Viena de 1988 manteniéndose respecto a la penalización del blanqueo de capitales la aplicación de las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito las conductas de conversión o transferencia de bienes cometidas intencionalmente con el propósito de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes.¹⁹

Uno de los avances importantes de la Convención de Palermo es que se aborda el tema de la prevención y se enlista una serie de medidas que pueden tomar los Estados para promover al combate al lavado de capitales, como el establecimiento de una reglamentación y una supervisión a las entidades que sean

susceptibles de utilizarse para lavar dinero y la cooperación de las autoridades en el intercambio de información tanto a nivel nacional como internacional, vigilando muy de cerca los movimientos de capitales transfronterizos, entre otras especificadas en el artículo 7 convencional.

Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo (Convención de Varsovia)

Este convenio es el primero que se refiere directamente al lavado de capitales como delito económico transnacional. Adoptado por el Consejo de Europa en Varsovia en el año 2005, cuenta con 56 artículos y, para el año 2010, contaba con 20 Estados parte. Su principal objetivo está encaminado a lograr un mecanismo penal para la protección contra delitos graves, como blanqueo de capitales o el financiamiento al terrorismo, por medio de la cooperación internacional y tomando medidas como el decomiso de los productos. En varios sentidos es de contenido similar a la Convención de Estrasburgo; sin embargo, cuenta con nuevos temas que antes no se habían tomado en consideración, principalmente, todo lo relacionado con las obligaciones de los Estados. Al respecto, el jurista Fidel Mendoza advierte que:

Si bien este Convenio contempla una disposición idéntica al Convenio de Estrasburgo relativa al elemento subjetivo, incorpora como novedad la facultad dirigida a los Estados parte, de incorporar en sus legislaciones, la tipificación de dos modalidades de imputación subjetiva: algunas situaciones de dolo eventual y de imprudencia.²⁰

Uno de los capítulos más relevantes del sistema de Varsovia es el Capítulo III, sobre las medidas que deben adoptarse a nivel nacional, entre las cuales se encuentran medidas de decomiso e indagatorias y la congelación y el embargo de bienes. En el mismo capítulo, pero en la segunda sección, se hace hincapié en el trabajo de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), por lo que su creación en cada Estado es una obligación, considerando que estas unidades son

¹⁹ Mateos, José Antonio, "El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado", *Revista de Derecho Penal y Criminología* UNED, España, núm. 12, 2013, p. 468.

²⁰ Mendoza, Fidel Nicolás, *La determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (art. 301 cp) a la luz de la normativa internacional* (tesis de Máster), Universidad de Salamanca, España, 2012, p. 62.

utilizadas como uno de los mecanismos más relevantes para prevenir el lavado de capitales. Por último, la cooperación internacional se encuentra plasmada en el Capítulo IV, en donde se aborda la importancia de los principios generales y las medidas de colaboración especializada entre los Estados y las UIF, la asistencia en investigaciones y las solicitudes de información, entre otros medios de coordinación.

Declaración de Principios del Comité de Basilea

La Declaración de Principios del Comité de Basilea fue creada por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (en inglés, *Basel Committee on Banking Supervision*), el cual tiene como principal objetivo regular los bancos a nivel internacional y funciona como un foro de cooperación. Sus miembros son organismos encargados de la supervisión bancaria y bancos centrales, a diferencia de los mecanismos mencionados anteriormente, que suelen tener como miembros a los Estados.

El Comité de Basilea emitió la declaración de principios el 12 de diciembre de 1988 debido, principalmente, a los nuevos fenómenos que podían representar un riesgo para el sistema financiero internacional, entre ellos, el uso de dinero ilícito, el crimen organizado y el tráfico de drogas, elementos cuyo desarrollo está estrechamente ligado. De ahí que la preocupación relevante del comité es el mal uso de las entidades financieras como un medio para manejar, transferir o depositar ganancias ilícitas, las cuales ponen en riesgo el sistema económico internacional, tal como se destaca en el Anexo 1 de la declaración.

Una de sus características es que se trata de un texto de alta precisión y de contenido estricto que consta de las siguientes partes: premisa, objetivos, identificación de la clientela, observancia de las leyes, colaboración con las autoridades judiciales y de policía y adhesión a las declaraciones. Uno de sus elementos más pertinentes es la identificación del cliente como un medio básico de prevención para evitar el lavado de capitales.

Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional

Estas 40 Recomendaciones fueron publicadas en abril de 1990 por el GAFI, organización creada como

respuesta a la preocupación inicial sobre el uso de activos obtenidos de forma ilícita provenientes del narcotráfico. Durante los años posteriores, se hizo necesaria una revisión de estas recomendaciones, principalmente porque se contemplan nuevos delitos que generan crecientes ganancias ilícitas, lo cual dio lugar a la primera revisión en 1996.

Más adelante, a raíz de los ataques terroristas de 2001 en los Estados Unidos, fue necesario incorporar el tema del financiamiento al terrorismo, lo que dio pie a la creación de nuevas recomendaciones y posteriores revisiones. Respecto a esto el penalista Juan Miquel del Cid recupera todas las revisiones que se le han efectuado a estas recomendaciones señalando que:

En 2001 el GAFI amplió su mandato incorporando el tema de la financiación del terrorismo, formulando las *Nueve recomendaciones especiales sobre financiación del terrorismo*, que fueron actualizadas en 2004. Las *cuarenta recomendaciones* se revisaron y ampliaron sustancialmente en 2003 y 2004.²¹

Una de las principales enseñanzas que aportan las 40 recomendaciones para los demás mecanismos internacionales²² es que todo instrumento utilizado para la prevención y castigo de los delitos económicos transnacionales, como el lavado de capitales, debe estar en continua revisión, incluyendo las nuevas ten-

²¹ Miguel del Cid, Juan, *Blanqueo Internacional de capitales*, Ediciones Deusto, España, 2007, pp. 102-103.

²² A grandes rasgos el contenido de las cuarenta recomendaciones gira en torno a siete apartados que van de la letra A a la G:

- apartado A se menciona un nuevo método para prevenir estos delitos basando en una evaluación de riesgos por medio de la cooperación y la coordinación nacional;
- apartado B habla sobre el lavado de dinero, su tipificación y el decomiso como una medida alterna a la condena penal;
- apartado C menciona el uso de los activos ilícitos como medio de financiamiento al terrorismo y a la proliferación de armas;
- apartado D son medidas preventivas, como el secreto de las instituciones financieras, la debida diligencia, medidas para clientes específicos y el mantenimiento de registros;
- apartado E menciona la importancia de conocer al beneficiario final de toda estructura jurídica o persona jurídica;
- apartado F menciona algunas de las responsabilidades y facultades más importantes que deben tener tanto las instituciones como las autoridades competentes como las Unidades de Inteligencia Financiera;
- apartado G corresponde al tema de la cooperación internacional, dentro de la cual se contempla a los instrumentos internacionales entre los que se encuentran algunos de los que se han mencionado durante este apartado, la asistencia legal mutua, la extradición, entre otras formas (anexo 2).

dencias, tipologías y sanciones necesarias que se van haciendo presentes con el paso de los años. Por esto, se hace necesario un seguimiento y una evaluación constantes que generen nuevas recomendaciones, mecanismos y estándares internacionales que sean efectivos tanto en el ámbito internacional como en el interno.

Declaración de la Cumbre de las Américas

Es la Organización de los Estados Americanos quien lleva a cabo la Cumbre de las Américas. Se trata de reuniones a las que acuden los jefes de Estado del continente americano que son miembros de la OEA para buscar soluciones a los principales problemas que enfrenta el continente, entre ellos los delitos económicos transnacionales y el blanqueo de activos. Hasta el momento se han realizado dos cumbres y una reunión para abordar esta temática delincinencial. La primera Cumbre de las Américas que abordó el delito de lavado de dinero tuvo verificativo en diciembre de 1994, en Florida, Estados Unidos; fue propuesta por el gobierno estadounidense y convocada ante la OEA. Contó con la participación de 34 jefes de Estado del hemisferio occidental y, aunque no fue el único tema de la declaración, permitió crear un plan de acción posterior. La declaración se titula “Pacto para el desarrollo y la prosperidad: Democracia, libre comercio y desarrollo sostenible en las Américas”. Junto a él se creó también el Plan de Acción de 23 estrategias.²³

El título de la cumbre sugiere que el tema de los delitos económicos, como el lavado de capitales, no es el único objetivo de su creación. Su importancia radica en que permitió evidenciar que el blanqueo de activos es uno de los principales problemas que afectan a sectores como el comercio y el desarrollo. Es por ello por lo que a partir de dicha cumbre se llevó a cabo una Conferencia Ministerial, en donde se abordó exclusivamente el tema de las drogas y los delitos conexos. La realización de la Conferencia Ministerial surgió de uno de los temas del Plan de Acción titulado “Combatiendo el Problema de las Drogas Ilegales y sus Delitos conexos”, que devino en una reunión en Buenos Aires, Argentina, en el año de 1995. En esta se abordaron temas como la proscripción del

delito de lavado de capitales en los códigos penales estatales, las medidas preventivas, el decomiso y la confiscación, la cooperación internacional en materia criminal, los mecanismos de extradición, la investigación y elaboración de pruebas, entre otras. Una de las características nodales del instrumento es que como representantes de cada Estado se presentan ministros del Interior, de Justicia y de Finanzas y Bancos Centrales.²⁴

Declaración sobre Seguridad de las Américas

Esta declaración se emitió en la Conferencia Especial sobre Seguridad realizada bajo los auspicios de la OEA en la Ciudad de México, el 28 de octubre del 2003. Se enfoca en el tema de las amenazas múltiples que sufre el continente americano. Comienza reafirmando los valores y principios de la OEA, de Naciones Unidas y los contenidos en otros instrumentos internacionales creados desde 1945, como son: la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, la Cumbre de las Américas de Santiago o la Cumbre de las Américas de Quebec. La declaración consta de 52 puntos que, en esencia, reafirman, reiteran, hacen llamados, enfatizan, refrendan o destacan lo antes dispuesto en otros instrumentos internacionales, por lo que no contiene puntos innovadores en los rubros que nos ocupan. Consta solo de cuatro apartados, los cuales tratan sobre los principios que contienen tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Carta de la OEA. También aborda los valores compartidos y los enfoques comunes, los compromisos y acciones de cooperación y las cuestiones institucionales. Los puntos más destacados con relación al tratamiento de los delitos económicos transnacionales se abordan en los siguientes numerales: el 25, que se centra en la DOT; el 26, sobre seguridad cibernética; el 30, referente a las infracciones relativas al lavado de capitales; y el 31, que se centra en la corrupción.²⁵

²³ Nuñez, María de la Luz, *El fenómeno del Lavado de dinero en México: causas, efectos y propuestas para reforzar su combate*, Editorial Porrúa México, México, 2008, pp. 52-53.

²⁴ *Ibidem*, pp. 53-54.

²⁵ Organización de los Estados Americanos, *Informe del relator de la conferencia especial sobre seguridad*, Consejo Permanente de la OEA, México, 3 de diciembre del 2003, p. 184.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención Mérida)

Surgió en la conferencia internacional que se llevó a cabo del 9 al 11 de diciembre del 2003, en Mérida, México. Fue motivada por la gran preocupación que hay en muchos Estados que padecen los estragos que conlleva el fenómeno de la corrupción, el cual se encuentra, además, estrechamente vinculado con otros tipos penales altamente lesivos, como los delitos económicos transnacionales, el lavado de capitales, el tráfico ilegal de bienes y personas y la DOT. Consta de un preámbulo y 71 artículos, varios de los cuales se centran en los delitos económicos, financieros y comerciales transnacionales, amén de otras conductas delictuosas, destacando el hecho de que todos los tipos penales abordados observan una marcada interrelación, tanto directa como indirecta, que facilita la comisión de unos junto con otros y dificulta su seguimiento y penalización. Los artículos más importantes en el rubro de delitos económicos son: 20, Enriquecimiento ilícito; 21, Soborno en el sector privado; 22, Malversación o peculado de bienes en el sector privado; 23, Blanqueo del producto del delito; 24, Encubrimiento; 25, Obstrucción de la justicia; 31, Embargo preventivo, incautación y decomiso; 40, Secreto bancario; y el Capítulo IV Cooperación internacional.²⁶

La importancia de este instrumento para los delitos económicos transnacionales radica en que la corrupción, en muchos de los casos, es una vía que permite que las ganancias ilícitas u otros delitos económicos se cometan con ayuda de funcionarios públicos o de trabajadores del sector financiero y bancario. Por lo tanto, la lucha contra la corrupción permite que exista una mayor seguridad en las actividades que se realizan en las instituciones hacendarias y fiscales, en el sector privado y el poder judicial, para evitar que se cometan delitos como el tráfico de influencias, la contratación pública indebida, el soborno, la malversación, el enriquecimiento ilícito, entre otros relacionados con la corrupción.

²⁶ Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción* [en línea], Oficina contra la Droga y el delito, Nueva York, 2004, Dirección URL: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf [Fecha de consulta: 11 de enero de 2019].

Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves (Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas CICAD-OEA)

Es un reglamento emitido por la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA. Surge a partir de la reunión que se llevó a cabo en Ixtapa, México, en abril de 1990, y contiene una introducción y 21 artículos. Se inspira en otras declaraciones, conferencias y acuerdos que se estaban llevando a cabo durante ese periodo debido a la preocupación común por el notable incremento de la producción, consumo, comercialización y distribución de drogas, así como de delitos conexos relacionados con el tráfico de estupefacientes, entre ellos el lavado de capitales.

A pesar de que este corpus reglamentario fue aprobado en 1992, cuando en América solo nueve países habían aprobado la Convención de Viena de 1998 — la cual influyó en su redacción y concepción, al igual que las 40 recomendaciones del GAFI y la Convención del Consejo de Europa de 1990—,²⁷ ha tenido gran peso e influencia, pues fue creado especialmente por una organización que tiene como miembros solamente a países del continente americano. El reglamento representó un avance para el derecho penal regional en su conjunto, amén que convalidó la importancia que ya venían dándole otros instrumentos internacionales al delito de blanqueo de activos que no habían tenido apoyo por parte de los Estados más importantes del hemisferio.

Al igual que otros instrumentos internacionales, este reglamento plantea la necesidad de tipificar como delito grave al lavado de capitales, cuidar de las instituciones financieras y bancarias para que no se relacionen con el tráfico ilícito de drogas o delitos conexos, desarrollar mecanismos de cooperación penal bilateral y multilateral e impedir que el secreto bancario se vuelva un medio para impedir la colaboración interestatal.

A lo largo de los años ha tenido cuatro modificaciones, entre las que se encuentran la de 1997, en donde se introduce la idea de establecer las UAF; la de 1998, que amplía los delitos conexos o relacionados al blanqueo de activos; la de 2002, en la cual uno de los temas importantes fue la inclusión del tema de te-

²⁷ Nuñez, María de Lourdes, *op. cit.*, p. 55.

rorismo; y, por último, la de 2004, en la que se agrega la viabilidad de condenar a los infractores por el delito en cuestión y delitos graves que se vinculen a la limpieza de capitales.

Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos

El instrumento cuenta con la participación de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá como sus partes. Fue adoptado en la XIX Cumbre de Presidentes Centroamericanos, en Panamá, el 12 de julio de 1997, y consta de un considerando y 27 artículos. Se instaura por la preocupación ante el daño social, político y económico que generan tanto el blanqueo de activos, el tráfico de drogas y los delitos conexos, al igual que el generado por los activos ilícitos en la competencia y las economías legales. Algunos de los temas que se abordan son la definición del tipo penal de lavado, el tribunal o autoridad competente, las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita, el decomiso, los terceros de buena fe, las instituciones financieras como intermediarias, la identificación de clientes, la cooperación penal internacional y el secreto bancario, entre los principales.

Lo mencionado con anterioridad son algunos de los instrumentos más importantes que integran el contenido del derecho internacional penal convencional en materia de delitos transnacionales y limpieza de capitales. Se puede observar que paulatinamente se han vuelto más específicos, técnicos y precisos, principalmente en su articulado y penalizaciones. Destaca que se han ido consignando medidas más plausibles y eficaces, como el decomiso de los activos o el embargo, para disminuir o evitar mayores daños tanto a los Estados donde se lleva a cabo el delito como a Estados vecinos o de tránsito. Adicionalmente, un criterio común presente en estos acuerdos es que el combate a los delitos económicos transnacionales debe provenir de una amplia y genuina cooperación entre Estados (penal y extrapenal), de la mejora en los mecanismos utilizados a nivel nacional y del compromiso de toda la sociedad en general, incluidas aquellas instituciones públicas y privadas que se podrían ver relacionadas en estas conductas.

2. El lavado de capitales en las relaciones económicas internacionales y el derecho internacional penal

3.1. Procesos económicos que favorecen la delincuencia organizada transnacional

En la actualidad, las actividades económicas se llevan a cabo a través de procesos que no respetan fronteras, lo que ha generado que la DOT opere trascendiendo las jurisdicciones nacionales y, por ende, aproveche para su beneficio estas nuevas ventajas que les ha ofrecido la globalización, los avances tecnológicos y las nuevas dinámicas del sistema de relaciones económicas internacionales. Los delitos económicos transnacionales son, por tanto, consecuencia de las complejas relaciones económicas y financieras que fluyen entre regiones y países, y de todas las conexiones a nivel mundial. Esto ha ocasionado que muchos delitos hayan quedado fuera del marco regulatorio tanto de los derechos nacionales como del derecho internacional, ocasionando que su persecución y penalización devenga en una toma de decisiones cada vez más compleja e insuficiente.

Al respecto, el colega Jorge Witker ha estudiado algunas de las actividades económicas internacionales que han favorecido que la DOT tenga un mayor campo de acción y le han brindado herramientas que facilitan la comisión de delitos económicos transnacionales y generan diversos obstáculos para la aplicación del derecho internacional penal y la cooperación intergubernamental, entre las que figuran: 1) el surgimiento y consolidación de nuevas estructuras de decisiones sociales paralelas a las estatales; 2) operaciones financieras en tiempo real con alcance transcontinental; 3) desterritorialización de las organizaciones empresariales; 4) desregulación de mercados; 5) interconexión e integración de los sistemas financieros; 6) reasignación geográfica de las inversiones; y 7) creciente volatilidad de los flujos de capital.²⁸

A continuación, se explica a detalle el rol que juegan estas actividades en la comisión de delitos económicos a nivel internacional, buscando demostrar que las nuevas modalidades de las relaciones económicas internacionales han presentado beneficios a las sociedades al tiempo que una serie de ventajas que han favorecido a la DOT y a la proliferación de delitos econó-

²⁸ Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 1

micos transnacionales, como el lavado de capitales. Así, las nuevas estructuras de decisión social son un actor relevante al tener poder de decisión a la par del Estado; esto es, el papel activo de la sociedad civil a nivel internacional que es definido como el "... medio a través del cual se negocian, comentan y meditan los contratos o pactos sociales entre los individuos y los centros de poder político y económico".²⁹

Las *estructuras políticas* y el *papel del Estado como ente regulador* se han visto mermados con los cambios que ha sufrido la economía, pues, si bien antes este era el único regulador del sistema económico, en la actualidad existen grupos fuera de la unidad política y del Estado capaces de tomar decisiones y hacer propuestas de cambio. Ejemplo de esto son las nuevas estructuras sociales, que son ahora un ente de toma de decisiones económicas, políticas y sociales. Es decir, en el neoliberalismo la sociedad civil tiene gran influencia en la toma de decisiones políticas y, por ende, en la vida económica del mundo.

En esta dinámica, los individuos y las personas físicas y morales que cometen delitos de índole económica son también parte de la sociedad, por lo tanto, pueden formar parte de esta nueva élite que toma decisiones a la par del Estado. Es por esto que es muy común ver en la actualidad a grandes empresarios involucrados en los delitos de lavado de capitales, quiebra fraudulenta o fraude fiscal, muchas veces al amparo o vinculados con las élites políticas.

En lo que toca a las *operaciones financieras en tiempo real con alcance mundial*, se trata de un proceso de la economía en el cual el dinero puede darle la vuelta al mundo en cuestión de segundos. Así, las transacciones financieras, siendo una ventaja para los negocios que se llevan a cabo a nivel planetario, se tornan en un peligro al poder ser utilizadas para mover ganancias ilícitas; dinero plástico (tarjetas de crédito o débito); cheques; títulos; operaciones de crédito; transferencias de capitales ilegales que van de la mano con el delito cibernético y el uso de la información de bancos y sus clientes, tanto de empresas públicas como privadas, y que se ligan voluntaria y circunstancialmente con las divisas virtuales (como el bitcoin); entre muchas otras.

A pesar de que se han buscado soluciones a los delitos vinculados a las operaciones en tiempo real, se necesita de mecanismos que también estén activos en tiempo real, como lo marca la empresa *Uniplex Business Solutions*, la cual sostiene:

El cambio a este modelo en tiempo real es intensivo en el ámbito tecnológico. Requiere análisis en tiempo real, estandarización de datos y capacidades de Big Data, soportadas por intensos procesos de cifrado. Este es un marco que los bancos pueden utilizar para alinear la gestión de riesgos (y los protocolos de seguridad) entre grupos operativos.³⁰

Sin embargo, las nuevas formas para monitorear las actividades financieras en tiempo real generan un gran costo, y es necesario contar con una gran cantidad de personal, nuevas tecnologías y otros medios. Por lo anterior, esta no es una vía muy accesible para darle solución al actual flujo de capitales que, además, se mueve por diferentes espacios del orbe en tiempos paralelos.

En lo correspondiente a las *organizaciones empresariales*, es un hecho que en la actualidad se hallan desterritorializadas; es decir, son empresas transnacionales que cuentan con sedes en varias partes del mundo y son vistas por los países como nuevas oportunidades tanto de creación de empleos como de inversiones que generan mayores ganancias. Pero a pesar de que atraer la inversión extranjera puede traer beneficios para la economía de los países, también la llegada de estas empresas ha generado una mayor desregulación en la economía. En otras palabras, al tener las empresas transnacionales un mayor poder en la toma de decisiones, se ha vuelto cada vez más difícil poder controlar y vigilar sus actividades, por lo que estas sociedades mercantiles se pueden prestar muy fácilmente a la comisión de delitos como la corrupción, la evasión fiscal e incluso al lavado de capitales, razón por la que los delitos empresariales son uno de los principales problemas de la desregulación de estas entidades transnacionales.³¹

³⁰ UNIPLEX Bussines Solution, *Cibercrimen* [en línea], Ecuador, 2017, Dirección URL: <http://www.uniplexsystems.com/index.php/es/noticias/192-delito-cibernetico-asegurar-interacciones-y-transacciones-digitales> [Fecha de consulta: 20 diciembre de 2018].

³¹ Respecto a este punto, el Observatorio de Multinacionales de América Latina ofrece algunas cifras sobre los delitos económicos y las pérdidas que generan para los países: "Según la organización Global Financial Integrity, en el período que va del año 2000 al

²⁹ Marin, Margarita, "La sociedad civil en el proceso de toma de decisiones", *Revista Opera*, vol. 6, núm. 6, abril, 2006, Colombia, p. 273.

Por otra parte, existe una gran *desregularización de los mercados*. El Estado ha perdido su papel como principal ente regulador de la economía, dejando muchas de las decisiones y, por ende, el funcionamiento de la economía en manos de la inversión privada, permitiéndoles tomar las decisiones sobre el tiempo que duran las inversiones, evitando que se genere un financiamiento estable. Esto permite que sus empresas se puedan utilizar para la comisión de algunos delitos como la evasión fiscal, el lavado de capitales o delitos bursátiles (que pueden llegar incluso al nivel de quiebras inducidas/ilegales de bolsas de valores).

De igual manera, con la globalización la *interconexión e integración que se ha generado en todo el sistema financiero* permite que exista un mayor flujo de capitales que conlleva grandes ganancias para los negocios a nivel internacional. Sin embargo, también ha favorecido que, con la misma rapidez que llegan las inversiones a un país, estas puedan ser utilizadas para mover capitales ilícitos de una empresa a otra gracias a las conexiones que existen entre los sistemas bancarios y financieros de todos los Estados. Sobre el particular, comenta Carlos Reza que:

Este crecimiento del comercio mundial se ha visto acompañado de una revolución en las redes financieras. El notable progreso tecnológico de las comunicaciones y los deseos de las instituciones bancarias por desarrollar nuevas opciones que evitasen la imposición estatal y satisfacer las crecientes demandas de las empresas transnacionales, con un gran volumen de dinero circulante presente en el sistema y facilidades para trasladarlo económicamente a gran velocidad, han favorecido inmensamente el blanqueo de dinero por parte de las grandes organizaciones criminales, un paso fundamental en cualquier negocio ilegal.³²

2009, los países del Sur perdieron 8,4 billones de dólares en flujos ilícitos que proceden del crimen organizado y tráfico de drogas, de sobornos, corrupción y de la evasión fiscal. En esto las grandes transnacionales tienen un papel destacado: más de la mitad de tales montos de dinero —concretamente el 53,9%— proceden de la facturación fraudulenta en el comercio internacional, generalmente entre matrices y filiales de las transnacionales, para evitar el pago de impuestos. Además, se calcula que los países periféricos pierden 124.000 millones de dólares al año por la fuga de capitales a paraísos fiscales”. Para mayor detalle ver: Gonzalez, Erika, *Delitos económicos* [en línea], Observatorio de Multinacionales en América Latina, España, Dirección URL: <http://omal.info/spip.php?article4830> [Fecha de consulta: 20 septiembre de 2018]

³² Reza, Carlos, *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias* [en línea], Universidad Autónoma de Madrid, España, Dirección URL: https://www.uam.es/personal_pdi/

En cuanto al proceso de *reasignación geográfica de las inversiones*, las empresas transnacionales buscan invertir su dinero en lugares que les dejen mayores ganancias y que sean seguros y provechosos para sus inversiones, lo cual ha generado que los capitales se muevan velozmente y con suma facilidad de un territorio soberano a otro. Esto genera que la reasignación de las inversiones sea una actividad que pone en riesgo no solo los capitales lícitos obtenidos como ganancias, sino que también abre la posibilidad de una mayor incertidumbre en la economía y la entrada de activos ilícitos a las economías nacionales.

Este fenómeno va de la mano con la *creciente volatilidad de los flujos de capital*, pues, cuando un país no le puede ofrecer cierta certidumbre a las inversiones, los inversionistas deciden invertir en otros mercados más seguros; esto es, el que un país no cuente con mecanismos jurídicos y políticas criminales contra los delitos económicos se traduce en una reducción drástica de los flujos de capital. Por lo tanto, darles certeza a las inversiones de que existen empresas con buen prestigio y un marco regulatorio en materia penal que las protege de la comisión de delitos económicos ayuda a que se abatan las probabilidades de volatilidad. Sin embargo, controlar la volatilidad que tienen los flujos de capital es un tema importante para las economías nacionales, ya que generan grandes pérdidas de dinero y tienen otras consecuencias, entre ellas:

... conduce a una relocalización rápida de los capitales, la pérdida de beneficios del poderoso sector bancario y una mayor complejidad de los instrumentos financieros. Y para muchos países el ser receptor de tales capitales supone una parte substancial de su economía...³³

Además de las actividades mencionadas anteriormente, se pueden incluir muchas otras que dañan a la seguridad de las actividades económicas alrededor del mundo y, por ende, que vuelven más propenso al sistema económico internacional de ser víctima de la comisión de delitos, es decir:

... la economía frente al fenómeno de la globalización ha sufrido grandes cambios que se caracterizan por: la

economicas/cresa/text11.html [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018].

³³ *Idem.*

interdependencia entre las economías nacionales, las industrias, las empresas y los bloques regionales, favorecida por los avances en las telecomunicaciones y la incorporación de nuevas tecnologías en los métodos de producción, ha creado una dinámica y compleja estructura de comunicación y actuación de sus actores, que trasciende los mercados y afecta procesos de internacionalización de los Estados.³⁴

3.2. Definición y precisión terminológica del lavado de capitales

Sobre la definición terminológica del lavado de dinero o de capitales, no existe un consenso en la doctrina actual; sin embargo, se pueden encontrar puntos en común, como lo es que el primer término que se utilizó para referir el fenómeno fue *money laundering*, que en español se traduce como *lavado de dinero o de capitales*. Esta denominación es la que utilizo en el presente trabajo, básicamente por tres razones: primera, porque fue el término utilizado inicialmente en la historia para hacer referencia a tal delito; segunda, porque es congruente con el proceso que se lleva a cabo, es decir, al dinero que tiene un origen sucio o de mala procedencia se le hace un “lavado” para transformarlo en dinero legítimo, y la tercera es que, aunque en la legislación mexicana el término utilizado es *operaciones con recursos de procedencia ilícita*, en la mayor parte de la información presentada en reportes oficiales, académicos y de diversa índole el término con más arraigo y uso es el de *lavado de dinero o de capitales*.³⁵

³⁴ En suma, existen muchas actividades que se realizan de manera cotidiana alrededor del mundo, como las transacciones de dinero en tiempo real o la creación de empresas transnacionales nuevas. Todas estas actividades, al tiempo que han generado grandes beneficios y oportunidades para las economías nacionales, han abierto nuevas puertas para los delincuentes internacionales, ya que les brindan herramientas, como las nuevas tecnologías o el uso del ciberespacio, para que puedan llevar a cabo delitos de formas diferentes que les permiten quedar impunes más fácilmente; ello genera retos para las legislaciones en los planos nacional e internacional que deben incluir en sus mecanismos legales nuevos instrumentos que les permitan castigar y prevenir delitos que se cometen con la ayuda de herramientas que aún no están del todo reguladas y que llevan a cabo operaciones en tiempo real alrededor del mundo, como el uso de la internet y los paraísos fiscales. Witker, Jorge, *op. cit.*, p.3

³⁵ Lombardero, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales*, España, Editorial Bosch, 2009, p. 29.

Respecto a la definición, conviene tomar las más consensuadas, que son las de organismos internacionales como el GAFI-SUD, verbigracia:

El lavado de activos es el proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante el ejercicio de algunas actividades ilegales o criminales (por ejemplo, narcotráfico o estupefacientes, contrabando de armas, corrupción, desfalco, crímenes de guante blanco, extorsión, secuestro, piratería, etc.). El objetivo de la operación, que generalmente se realiza en varios niveles, consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como el fruto de actividades legítimas y circulen sin problema en el sistema financiero.³⁶

De aquí se pueden rescatar las siguientes características principales: su fin es encubrir el dinero obtenido por medio del ejercicio de actividades ilegales, el delito de lavado de dinero tiene conexión estrecha con otros delitos, las actividades ilegales de las que se pueden obtener los recursos ilegítimos pueden ser muy variadas y desarrolladas tanto a nivel nacional como a nivel internacional y el objetivo de este delito es lograr que los fondos obtenidos tengan apariencia total de legalidad para su posterior circulación en el sistema financiero.

Una definición contenida en la legislación internacional vigente es la desarrollada en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aunque cabe aclarar que en ningún momento hace mención del término *lavado de dinero* o a algún sinónimo; sin embargo, describe como un delito a lo siguiente:

Artículo 3 inciso b): La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos (de narcotráfico), o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos

³⁶ Grupo de Acción Financiera Internacional, “¿Quiénes somos?” [en línea], Argentina, Dirección URL: <http://www.gafilat.org/content/faq/> [Fecha de consulta: 26 de junio del 2018].

relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos (de narcotráfico) o de un acto de participación en tal delito o delitos.³⁷

De esta definición convencional se desprenden algunos rasgos relevantes, entre ellos, que el lavado de capitales se puede efectuar por medio de una conversión o de una transferencia; pero es necesario aclarar que estas acepciones no son sinónimos, ya que una transferencia hace alusión al traslado de dinero de un lugar a otro por diversos medios, como podría ser el bancario. En cambio, una conversión se refiere a su cambio de estado; un ejemplo de lo anterior es cuando se convierte el dinero ilegal en bienes comprados con dicho dinero. Otro rasgo distintivo es que no solo será culpable el que cometa el delito a sabiendas del origen ilícito de los bienes, sino de igual manera lo será quien participe o ayude en el encubrimiento del delincuente por medio del movimiento de capitales o de bienes.

Los doctrinarios no difieren mucho respecto de estas definiciones pero suelen aportar algunos elementos complementarios de los que se pueden derivar elementos para una tipificación más completa del delito. Así, para Diez Ripolles se trata de “los procedimientos por los que se aspira introducir en el tráfico económico financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas posibilitando así un disfrute de aquellos jurídicamente in cuestionados”.³⁸

El elemento interesante que el autor aporta para el análisis es que los delincuentes obtienen ganancias ilícitas, que son las que posteriormente dan origen a la necesidad de llevar a cabo el proceso de lavado de capitales. Por su parte, Raúl Tovar Escobar entiende al delito como “el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio, mediante el cual los fondos o ganancias procedente de ganancias ilícitas, son reciclados al recinto nacional de capitales o bienes y luego usufructuados mediante órdenes tan heterogéneas como tácticamente hábiles”.³⁹ Además, hace una precisión sobre lo que caracteriza al procedimiento que, en pri-

mer lugar, será subrepticio, es decir de forma oculta; clandestino, ya que aparte de ser secreto va contra la ley; y, por último, espurio, ya que todas las ganancias tienen una procedencia ilegítima. Un punto común entre las definiciones es que el lavado de capitales siempre aspira introducir el dinero ilícito en el sistema financiero legal.

Con base en estas y otras aportaciones doctrinales, junto con la praxis de instituciones internacionales de cooperación penal, es necesario plantear los caracteres generales del lavado de capitales para lograr una mejor identificación de su comisión. Los más importantes ya han sido referidos en la literatura especializada.⁴⁰

A pesar de que anteriormente se han descrito algunas características generales del delito de lavado de dinero, se debe aclarar que este dependerá en mucho del lugar en donde se lleve a cabo el delito, del número de etapas por el que cada delincuente lleve a cabo el proceso del lavado de dinero, los medios implicados para transformar las ganancias ilícitas, entre otras características. Es por ello que cada doctrinario, institución o legislación puede aportar definiciones que mencionan características diferentes.

En suma, existen algunas características comunes en cada una de las definiciones mencionadas en este

⁴⁰ Se trata de los siguientes: i) se lleva a cabo por medio de un proceso, por lo que no se puede ejecutar mediante una sola acción; ii) el proceso puede ser simple o muy complejo, dependiendo del número de fases que conlleve su ejecución; iii) el proceso no conlleva un número definido de etapas, ni procedimientos; iv) durante el proceso se busca introducir sus ganancias ilícitas al sistema financiero para legitimarlo; v) se buscará que el proceso sea lo más complejo y sofisticado para evitar que su procedencia sea descubierta; vi) la obtención de las ganancias ilícitas se da por medio del ejercicio de actividades ilegales; vii) busca ocultar el origen de las ganancias ilícitas y que estas no puedan ser rastreadas; viii) se realiza de forma oculta, va contra la ley y es ilegítimo; ix) su finalidad es que sus ganancias ilegales tengan al término una apariencia lícita; x) usualmente las cantidades de dinero blanqueadas ascenderán a grandes cantidades; xi) su ámbito de actuación es tanto nacional como internacional y transnacional; xii) los delincuentes pretenden evitar ser sancionados por la procedencia de sus ganancias ilícitas; xiii) los delincuentes buscan tener la apariencia de que se dedican a negocios legales; xiv) los delincuentes buscan evitar el pago de contribuciones o impuestos; xv) con el fin de encubrir el delito, se pueden crear empresas ficticias o tener negocios lícitos para poder mezclar el dinero sucio con el legal; xvi) los delincuentes buscarán con frecuencia a los países que cuenten con regulación muy poco preparada para combatir estos delitos o con cooperación internacional insuficiente, para operar en ellos; xvii) el delito de lavado de capitales tiene conexión estrecha con otros delitos; y xviii) para evitar ser descubiertos y generar un proceso más complejo se recurre al traslado de dinero de un lugar a otro por diversos medios, como podría ser el bancario.

³⁷ Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* [en línea], 1988, Dirección URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [Fecha de consulta: 18 diciembre de 2018].

³⁸ Nuñez, María de la Luz, *op. cit.*, p. 4.

³⁹ *Ibidem*, p. 5.

apartado; sin embargo, el delito de lavado de dinero es un proceso, que suele ser diverso y también bastante complejo, en el cual difieren los factores que intervienen, el número de personas implicadas o los mecanismos utilizados; sin embargo, puede ser igualmente un proceso sumamente simple en el que los activos se blanqueen por medio de una sola empresa o un solo procedimiento.

Finalmente, el caso de la terminología es muy parecido al de las características del delito, ya que no se cuenta con un consenso terminológico del concepto del lavado de dinero que se utiliza a nivel internacional; sin embargo, es evidente que hay términos utilizados con mayor frecuencia. Es por ello que los términos que se utilizan tanto en la legislación internacional como en las legislaciones nacionales pueden ser variados, pero suelen ser utilizados como sinónimos.

3.3. El lavado de capitales como proceso delictivo de múltiples métodos operativos

Una de las características más importantes del delito de lavado de capitales es que no suele cometerse por medio de una sola operación, sino que se hace uso de una serie de actos que permiten alejar el producto ilícito de su procedencia original, como lo aclara la Superintendencia de Seguros de la Nación de la República de Argentina cuando sostiene que:

El blanqueo es un proceso, a lo largo del cual la masa patrimonial se va distanciando de su origen delictivo. Por tal motivo no se resuelve en un único hecho, sino que —por el contrario— involucra una cadena de conductas y una multiplicidad de ejecutantes enlazados entre sí.⁴¹

El proceso más común por el que pasan los activos para ser blanqueados o lavados consta principalmente de 3 etapas, según lo plantean varios autores, organismos y regulaciones, y aunque pueden variar los términos con los que se les conoce a cada una de las etapas, hacen referencia al mismo proceso lleva-

do a cabo por medio de diversas acciones.⁴² Como un primer ejemplo de las etapas que utilizan algunos organismos internacionales, se encuentra el sistema tripartito utilizado por el GAFI,⁴³ el cual menciona que el lavado de capitales se lleva a cabo en tres etapas, la inicial llamada colocación (*placement*); la segunda, estratificación (*layering*), y la tercera, integración (*integration*).

En la etapa inicial o *colocación*, el lavador introduce los beneficios ilegales obtenidos en el sistema financiero; esto lo puede hacer dividiendo las grandes ganancias en cantidades de dinero más pequeñas que se depositan posteriormente en cuentas bancarias o por medio de otros instrumentos monetarios, para luego ser recolectados y depositados en cuentas de otros lugares.⁴⁴ Uno de los puntos a destacar de esta primera fase es que las ganancias ilegales entran al sistema financiero desde el inicio del proceso y suelen ser obtenidas en dinero en efectivo y después divididas en partes pequeñas, por lo que necesitan ser cambiadas a otros instrumentos monetarios o colocadas en manos de intermediarios financieros.

La *estratificación* se da después de que el dinero se ha introducido al sistema financiero y consiste de una serie de movimientos para distanciarlos de su lugar de origen, y los fondos pueden ser movidos por medio de dos canales: la compra y venta de instrumentos de inversión, o moviendo los fondos a través de una serie de cuentas en diversos bancos en todo el mundo. También se pueden disfrazar las transferencias como pagos de bienes y servicios que sean de origen legítimo.⁴⁵ En esta etapa se enmarca la parte más importante en el plano internacional-transnacional, pues aquí se intenta distanciar las ganancias ilícitas de su lugar y actividad de origen, recurriendo al movimiento de los ingresos a otras cuentas que se encuentren en países diferentes o pagando bienes o servicios obtenidos en diferentes partes.

En la etapa de *integración*, los fondos vuelven a entrar en la economía legítima. Y puede optar por diversas opciones, como invertir en fondos en bienes

⁴¹ Superintendencia de Seguros de la Nación de la República de Argentina, *¿Qué se entiende por lavado de activos?* [en línea], Argentina, Dirección URL: <http://www2.ssn.gob.ar/index.php/la-superintendencia/2013-10-08-13-02-41/36-la-superintendencia-menucontenido/antilavado/definiciones/187-que-se-entiende-por-lavado-de-activos> [Fecha de consulta: 30 de enero de 2019].

⁴² De hecho, el mismo problema que se tiene con la multiplicidad de términos utilizados para hacer referencia al lavado de capitales o blanqueo de activos, se presenta con la terminología y los conceptos utilizados para describir su proceso.

⁴³ Financial Action Task Force (FATF), *What is Money Laundering?* [en línea], Dirección URL: <http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/> [Fecha de consulta: 13 de enero de 2019].

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.



raíces, bienes de lujo o empresas comerciales.⁴⁶ La principal preocupación en esta fase integrativa es que muchos de los grandes negocios en diferentes países pueden y son financiados con dinero que proviene de otros delitos, es decir, dinero ilegal. Esto afecta la sana competencia que existe entre los negocios que son netamente legales y honestos y los negocios que se financian con recursos ilícitos, por lo que puede afectar la oferta de trabajo, la posición de mercado, la competitividad, la seguridad, entre muchos otros aspectos.

Como se puede apreciar, el análisis del proceso de lavado de capitales es útil para justipreciar la magnitud y gravedad del delito, pues de entrada proporciona una idea de la enorme cantidad de capitales que se pueden limpiar en cada una de sus fases, así como de los actores de mayor influencia en cada ciclo, las instituciones u operaciones financieras propicias de ser blanco de este delito, al igual que de la relevancia que este tiene en las relaciones económicas internacionales y, por ende, la necesidad de la cooperación por parte de los Estados y organizaciones para su prevención y combate efectivo.

Para ampliar el panorama del análisis del proceso de lavado de capitales a través de sus etapas principales, cabe destacar que hay investigadores reconocidos que se apegan a los estudios realizados por los organismos internacionales, como el profesor Luis Manuel Lombardero Expósito, quien en su libro *Blanqueo de capitales* refiere que sus trabajos se inspiran en la guía modelo del GAFI-FATF.⁴⁷ Sin embargo, existen doctrinarios que hacen propuestas propias sobre la dinámica que observa el fenómeno, aunque mantienen la idea de que el proceso delictivo se desarrolla a través de tres fases concretas. Este es el caso de Manuel Ferrusquía, autor del libro *El sistema jurídico en el lavado de dinero*, quien destaca tres etapas del lavado de capitales:

1. *Introducción o prelavado*: en la que se liberan los capitales en efectivo en denominaciones pequeñas y se introducen en lugares distintos y por diferentes actores, lo que se realiza por medio de varias operaciones financieras, como la compra de bienes o servicios, un depósito o en casas de cambio. Desde este momento ya se comienzan a movilizar las ganancias por diver-

sos países, lo cual obstaculiza su localización, y los capitales se integran a la economía formal.

2. *Transformación del dinero*: aquí el punto principal radica en la devolución de los activos al país de origen, pero por medio de diferentes cuentas y transacciones que impidan su reconocimiento. Se hace evidente que el problema central para frenar el lavado es la existencia de muchos negocios ilegales que se dedican a la recepción de efectivo proveniente de diferentes lugares, lo que dificulta aún más la detección.
3. *Reconversión del dinero*: consiste en la inversión de los capitales ilegales obtenidos en actividades que le permitan adquirir el título de procedencia legal, muchas veces con ayuda de otros negocios ilegales que pueden ser empresas pantalla, prestanombres o compraventas falsas. El dinero suele ser ingresado en efectivo a la economía legal y es recibido de otros países por medio de cantidades pequeñas y a nombre de diferentes personas o empresas.⁴⁸

Si bien esta descripción de Ferrusquía no es muy diferente de la del GAFI, se notan algunas diferencias: la primera es que se ocupan términos diferentes en cada una de las etapas, y la segunda, que en la descripción de la primera etapa el autor señala que es aquí cuando se inicia la transferencia del dinero ilícito a otros países, en tanto que el GAFI subraya que es a partir de la segunda etapa cuando se lleva a cabo la transferencia internacional de los activos. Mientras, en las otras dos etapas, ambas definiciones de procesos son similares, solo que cada una de las partes apunta algunas características particulares.

En este sentido, considero importante describir someramente lo que ocurre en el caso mexicano. En la *Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado del Dinero y el Financiamiento al Terrorismo*, se afirma que los esquemas utilizados por la DOT para ingresar recursos de procedencia ilícita a México suelen ser muy variados, y que el proceso que se utiliza en el país para lavar capitales consta de tres etapas concretas:

- 1) *Colocación*: se introducen los recursos de procedencia ilícita al sistema financiero mexicano

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Lombardero, Luis Manuel, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸ Ferrusquía, Manuel, *El sistema jurídico en lavado de dinero*, Instituto Internacional del Derecho y del Estado, México, 2013, pp. 17-19.

por medio de diferentes mecanismos utilizados por la DOT, como la compra de bienes, la estructuración de operaciones financieras —mejor conocidas como *pitufeo*—, entre otras actividades que se suelen llevar a cabo por medio de prestanombres.⁴⁹

- 2) *Ocultamiento*: esta etapa dependerá en mucho del mecanismo utilizado en la etapa de colocación, pero por lo general los capitales de procedencia ilícita suelen transferirse a diversas instituciones financieras de otros países, haciéndolos pasar como pagos de operaciones comerciales internacionales, intentando de esta forma ocultar su procedencia.
- 3) *Integración*: en este lapso los delinquentes u organizaciones criminales disponen del dinero de apariencia legítima. Se destaca que en México se han ido añadiendo restricciones a los medios que tienen un mayor riesgo de ser utilizados con este fin; empero, los infractores suelen encontrar ventanas que les permiten seguir cometiendo estos delitos, entre ellas se encuentran muchos medios relacionados con la tecnología, como las transferencias electrónicas, las ventas de bienes y servicios por internet, entre otros.⁵⁰

Por otra parte, a pesar de que el proceso más común que se utiliza para describir el desarrollo del lavado de dinero consta de tres partes, como se ha venido explicando, existen también otras propuestas que mencionan procesos diferentes. Entre estas propuestas se encuentra el método *Zünd*, el cual asimila el desarrollo del lavado de capitales al ciclo del agua, una propuesta que, además de permitir incluir una mayor cantidad de etapas, se enfoca en la parte criminológica de este tipo penal.⁵¹

⁴⁹ En México sucede algo muy particular con el uso de divisas diferentes a la moneda mexicana, ya que en un principio los delinquentes solían hacer depósitos directos de dólares en los sistemas financieros mexicanos, por lo cual las autoridades optaron por poner mayores restricciones y una mayor vigilancia a instituciones de mayor riesgo. Ante esta medida, los delinquentes tuvieron que encontrar una vía alterna para no ser descubiertos, entre ellas se encuentran las compras de bienes directas en dólares o cambiar dichas divisas en pequeñas casas de bolsa u otros centros informales.

⁵⁰ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo*, 25 de agosto de 2008, México, Dirección URL: http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/estrategia/estrategia_npcldf1_26082010.pdf.

⁵¹ Abel, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidad Santiago de Compostela, España, 2002, pp. 29-30. El método *Zünd* consta de 10 etapas que simulan el ciclo

También debo mencionar la propuesta de Bernasconi, quien divide en solo dos etapas al lavado de dinero: la primera, a la que llama *lavado (laundry)*, la cual tiene como principal objetivo liberar e introducir en el sistema financiero los bienes o activos de procedencia ilícita dentro de un corto plazo, y la segunda, llamada *reciclado (recycling)*, en la cual las operaciones se llevarán a cabo en un mediano y largo plazo, siendo su principal finalidad desvincular totalmente a los bienes de su procedencia ilícita.

Y, por último, mencionaré la propuesta de Akermann, quien divide el proceso del lavado de dinero en tres objetivos: principales, secundarios y complementarios. En los principales, se trata de evitar el decomiso de los bienes ilícitos y garantizar su disfrute; en los secundarios, se busca mezclar los activos ilícitos con otros de origen legal, y en los complementarios, evitar que se juzgue o se castigue a los perpetradores de los delitos.⁵²

En conclusión, obsérvese que las últimas propuestas tienen un enfoque mayormente criminológico, es decir, se centran en los objetivos o metas que tienen los criminales o grupos delictivos para llevar a cabo el lavado de capitales. En cambio, las propuestas de tres etapas tienen un enfoque criminalístico; esto es, buscan focalizar el análisis en el proceso por el que transitan los activos ilícitos para obtener su fin principal, que es volverse lícitos. Sin embargo, considero que, independientemente del proceso que explique mejor el lavado de activos, es necesario conocer tanto la parte criminológica, que permite ver el fin del criminal, como el proceso que describe la comisión de un tipo penal, lo cual permite imponer penas acordes a los nuevos métodos utilizados por la DOT.

hidrológico: 1° La precipitación, que simula la obtención del dinero en efectivo; 2° la filtración, que simula el primer lavado; 3° la escorrentía de aguas freáticas, que simula la formación de un *pool* o de porciones pequeñas de dinero; 4° los lagos de aguas freáticas, que simulan la preparación y transferencia al extranjero; 5° el nuevo almacenamiento en lagos, que simula la preparación para la legalización; 6° la estación de bombeo, que simula la introducción en el mundo financiero legal; 7° la planta depuradora, que simula el segundo lavado; 8° la distribución y utilización de agua, la cual simula a la transferencia e inversión; 9° la vaporización, que simula la repatriación legal; 10° la nueva precipitación, que simula la nueva obtención del dinero en efectivo de procedencia ilícita.

⁵² Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), *Lavado de Activos* [en línea], 2011, Dirección URL: http://www.felaban.net/coplaf/definicion01_3.html [Fecha de consulta: 9 de julio del 2017].

4. El lavado de capitales en el *ius puniendi* y la acción institucional del Estado mexicano

El delito de lavado de capitales tiene un impacto significativo en la economía y la seguridad de México que puede llegar a representar una amenaza para la seguridad nacional, lo cual explica la antes Procuraduría General de la República (PGR):

De acuerdo con la “Primera Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo en México”, la delincuencia organizada representa la mayor amenaza para la seguridad pública y la economía mexicana, por lo que constituye también un importante riesgo a la seguridad nacional.⁵³

Es por ello que en México se han promulgado diferentes leyes y reglamentos encaminados a prevenir, erradicar y sancionar esta actividad ilícita, además de que existe un trabajo interinstitucional entre diferentes organismos que se encargan de su investigación, persecución y castigo. Dentro de la legislación mexicana —que en términos generales podemos encuadrar como *ius puniendi*, por estar encaminada al combate de la criminalidad— se encuentra una serie de instrumentos aplicables a la regulación, prevención y sanción de este tipo penal, denominado en nuestro país como *operaciones con recursos de procedencia ilícita*.

A continuación se presenta, *grosso modo*, el conjunto de ordenamientos aplicables, los cuales he dividido en dos partes: los principales, que son de los que emanan las disposiciones más importantes respecto a este delito, y las secundarias, que se encuentran marcadas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.⁵⁴

⁵³ FELABAN, *op. cit.*, fecha de consulta: 12 de enero de 2019.

⁵⁴ Entre los instrumentos jurídicos principales están: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. Entre los secundarios figuran el Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, las Reglas de Carácter General a que se refiere la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, el Código Penal Federal y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Los terciarios se integran por los siguientes dispositivos: Ley de Instituciones de Crédito; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; Ley de Uniones de Crédito; Ley de Ahorro y Crédito Popular; Ley para Regular las Activida-

des de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; Ley del Mercado de Valores; Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro; Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas; Ley de Fondos de Inversión; y Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero.

Se dividieron las fuentes en tres grupos (principales, secundarias y terciarias) en virtud de que en las principales se encuentran la ley que se enfoca únicamente a regular este delito y la Constitución —por ser la que le concede al Congreso de la Unión la facultad para legislar el tema, además de su importancia a nivel nacional por ser la ley fundamental del Estado mexicano—; las secundarias regulan a las principales y contienen el *ius puniendi* en estricto; por último, las terciarias constituyen las leyes que regulan a las entidades económicas y financieras que llevan a cabo actividades proclives o vulnerables al lavado de capitales.

4.1. Instrumentos jurídicos principales

En nuestra Constitución no existe artículo alguno que mencione explícitamente el delito de *operaciones con recursos de procedencia ilícita*;⁵⁵ sin embargo, existen 6 artículos (16, 18, 19, 20, 22 y 73) que abordan el tema de la DOT, por lo que, como se ha explicado, esta puede abarcar un vasto número de delitos, entre ellos el lavado de capitales. A continuación se desarrolla cada uno de estos artículos:

- El artículo 16 aborda el tema del arraigo de personas en caso de tratarse de DOT, el cual podrá decretarse solo a petición del Ministerio Público, y será un arraigo por 40 días con posibilidad de prórroga.
- El artículo 18 constitucional hace mención al derecho de compurgar las penas en los centros penitenciarios más cercanos al domicilio del sentenciado, lo cual no aplicará en casos de DOT. Por el contrario, las penas se compurgarán en centros especiales y se podrán restringir las comunicaciones.
- En el artículo 19 se habla de la detención ante una autoridad judicial, la cual no podrá exceder del plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, pero en los casos

⁵⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, México, última reforma 24-02-2018.

de delincuencia organizada el juez puede ordenar la prisión preventiva de manera oficiosa. Cabe advertir que en la actualidad la prisión preventiva es una de las medidas más criticadas debido a su dureza y falta de objetividad.⁵⁶

- El artículo 20 hace referencia a los derechos que tiene toda persona a la que le sea imputado un delito, pero para el caso de la delincuencia organizada existen algunas excepciones a tomar en cuenta. En primer lugar, tendrá derecho a que se le informen los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, pero tratándose de delincuencia organizada la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y los datos del acusador. Empero, también tiene beneficios, que la ley establece para el inculpado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada. De igual forma, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas; sin embargo, el inculpado puede objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.
- El artículo 22 estipula la prohibición sobre las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, pero hace una pequeña aclaración, señalando que no se considerará como confiscación cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o en caso de enriquecimiento ilícito.⁵⁷

- El último artículo que aborda el tema de delincuencia organizada es el 73, en cuyo párrafo XXI, inciso b), señala que el Congreso tiene la facultad para legislar en materia de delincuencia organizada.⁵⁸

En conclusión, dentro de la legislación contenida en la Constitución no se aborda explícitamente el tema de operaciones con recursos de procedencia ilícita, empero, existen artículos dedicados al tema de la delincuencia organizada que legislan, principalmente, los temas de arraigo, las penas que se compurgarán y dónde se deberán compurgar, amén de uno de los temas que a mi consideración tiene mayor relevancia: la prisión preventiva; ya que con ello pueden existir muchas personas acusadas de delincuencia organizada en prisión que no tengan aún una sentencia.

La segunda ley principal que contiene legislación sobre el tema de lavado de capitales es la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita,⁵⁹ publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de 2012. A manera de síntesis, se hace mención de los capítulos con los que cuenta el dispositivo y de los artículos que abarca cada uno, analizando únicamente los artículos que se consideran de mayor relevancia. El conjunto consta de 65 artículos distribuidos en ocho capítulos, más los transitorios, los cuales se resumen a continuación.

Capítulo I, “Disposiciones Preliminares” (arts. 1 al 4): en dichos artículos se define el objeto de la ley, el significado que tienen algunos conceptos y las disposiciones supletorias, así como el objeto de la ley (art. 2), el cual es “proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones

⁵⁶ La Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) define a la prisión preventiva como todo periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y anterior a una sentencia firme.

⁵⁷ Es decir, el numeral 22 especifica que la extinción de dominio tendrá ciertas reglas. La primera es que será jurisdiccional y autónoma del de materia penal y procederá en los casos de delincuencia organizada respecto de los bienes siguientes: aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito; aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito; aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo; y aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimonia-

les o de delincuencia organizada, y que el acusado por estos delitos se comporte como dueño. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes, su actuación de buena fe y que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

⁵⁸ En la Constitución también se mencionan algunos derechos y aclaraciones especiales para este delito, como el hecho de que al infractor se le podrán confiscar sus bienes o que puede no conocer los datos de su acusador. No está de más reiterar que el ente del que emanará la legislación sobre el tema de delincuencia organizada será el Congreso de la Unión.

⁵⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de octubre de 2012, México, última reforma 17-10-2012.



que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional”.⁶⁰ El Capítulo II, “De las Autoridades” (arts. 5 al 12), menciona las facultades que tendrá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), da a conocer la creación de una Unidad Especializada en Análisis Financiero adscrita a la oficina del Procurador General de la República y sus respectivas facultades, y los requisitos que deben de cumplir los servidores públicos adscritos a la unidad. Además, contempla la obligación específica por parte de la SHCP, la PGR y la Policía Federal de establecer programas de capacitación, actualización y especialización dirigidos al personal adscrito, así como las obligaciones generales que tienen dichas autoridades.⁶¹

El Capítulo III, “De las Entidades Financieras y de las Actividades Vulnerables”, se divide en 4 secciones. La Sección Primera, “De las Entidades Financieras” (arts. 13 al 16), establece que los actos, operaciones y servicios que realizan las entidades financieras se considerarán como actividades vulnerables, por lo cual tendrán una serie de obligaciones, como la de establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita. Además, se estipula que la supervisión, verificación y vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones se llevará a cabo por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro o el Servicio de Administración Tributaria. En la Sección Segunda, “De las Actividades Vulnerables” (arts. 17 al 22), se enlistan las actividades consideradas como vulnerables, y específica que algunas actividades se consideraran vulnerables solo si superan un cierto monto, medido en salario mínimo; por ello, las instituciones que lleven a cabo estas actividades se obligan a identificar a sus

clientes y deberán solicitarles la información pertinente. Por su parte, en la Sección Tercera, “Plazos y Formas para la Presentación de Avisos” (arts. 23 al 25), se alude a los avisos que deben presentar ante la SHCP todos aquellos que realicen actividades vulnerables, los cuales se llevarán a cabo a través de medios electrónicos y en el formato oficial. Finalmente, en la Sección Cuarta, “Avisos por Conducto de Entidades Colegiadas” (arts. 26 al 31), se aclara que los avisos a los que hace alusión la sección anterior pueden ser presentados por medio de una entidad colegiada, la cual debe de cumplir con ciertas características que se enlistan en el artículo 27.

En el Capítulo IV, “Del Uso de Efectivo y Metales” (arts. 32 al 33), se indica la existencia de algunas operaciones que se prohíben pagar en monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y metales preciosos; estas se encuentran detalladas en el artículo 32, un tema que deben de tomar en cuenta los fedatarios públicos.

En el Capítulo V, “De las Visitas de Verificación” (arts. 34 al 37), se dice que para comprobar que las entidades que llevan a cabo actividades vulnerables cumplen con sus obligaciones, la SHCP podrá realizar visitas de verificación, y las entidades deberán presentar la información que les sea solicitada.

Asimismo, el Capítulo VI, “De la Reserva y Manejo de la Información” (arts. 38 al 51), subraya que la información que soporta a los avisos será confidencial y reservada, por lo que solo podrá ser utilizada para prevenir, identificar, investigar y sancionar delitos de lavado de dinero; además, se mantendrá el resguardo absoluto de la identidad y de cualquier dato personal, y la unidad tendrá acceso a la información que se encuentra en los avisos y podrá solicitarle a la SHCP que verifique información y documentos.

De su lado, el Capítulo VII, “De las Sanciones Administrativas” (arts. 52 al 61), en su artículo 54 pasa a enlistar las actividades por las que se pueden aplicar multas, algunas de las cuales son no cumplir con requerimientos de la SHCP, no presentar los avisos en tiempo o forma o violar ciertos artículos de la ley. Se señalan las multas aplicables, la revocación de permisos para juegos y sorteos. De igual forma habrá sanciones específicas para los corredores públicos, notarios públicos, los agentes aduanales y los apoderados.

Finalmente, el Capítulo VIII, “De los Delitos” (arts. 62 al 65), establece pena de dos a ocho años

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1.

⁶¹ Respecto a la Unidad Especializada en Análisis Financiero, el artículo 8 contiene sus facultades, dentro de las cuales se encuentran: diseñar, integrar e implementar sistemas y mecanismos de análisis de la información financiera y contable; emitir guías y manuales técnicos para la formulación de dictámenes en materia de análisis financiero y contable; conducir la investigación para la obtención de indicios o pruebas; requerir informes, documentos, opiniones y elementos de prueba en general a las dependencias y entidades de la administración pública de los tres órdenes de gobierno y a otras autoridades; celebrar convenios con las entidades federativas para acceder directamente a la información disponible en los registros públicos; y emitir los dictámenes y peritajes en materia de análisis financiero y contable. *Ibidem*, pp. 4 y 5.

de prisión para quien proporcione de manera dolosa información que sea falsa y para quien modifique o altere dicha información, y de cuatro a diez años para los servidores públicos que utilicen de manera inadecuada la información o para quien revele o divulgue información en la que se vincule a una persona física, moral o servidora pública con un aviso. Finalmente, aparecen los artículos transitorios (siete artículos).

4.2. Instrumentos jurídicos secundarios o del *ius puniendi*

En este corpus de dispositivos del *ius puniendi* mexicano aparece, en primer término, el Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, mismo que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de agosto del 2013, y “tiene por objeto establecer las bases y disposiciones para la debida observancia de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita”.⁶² Consta de 59 artículos y nueve capítulos. Algunos de los temas que aborda el instrumento son: las atribuciones del Sistema de Administración Tributaria (SAT) y de la UIF, las obligaciones de quienes realizan actividades vulnerables, algunas especificaciones para el establecimiento de entidades colegiadas, la prohibición del uso de efectivo y metales preciosos, las reservas que se deben tomar en el manejo de la información y las evaluaciones que se les realizarán a los servidores públicos que trabajan en el SAT y la UIF, entre otros rubros.

Siguiendo la misma línea, el 23 de agosto de 2013 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las Reglas de Carácter General a que se refiere la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, las cuales tienen dos objetivos principales: el primero es establecer las medidas y procedimientos mínimos que deben observar quienes realicen actividades vulnerables con la finalidad de prevenir y detectar actos u operaciones con recursos de procedencia ilícita, y el segundo es pautar los términos y modalidades conforme a los cuales dichas personas deben presentar los avisos

a la UIF por conducto del SAT.⁶³ En consecuencia, tanto el reglamento como las reglas antes referidas son complementarios a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, y detallan algunos procedimientos y disposiciones que están contenidas en la ley.

El Código Penal Federal es el ordenamiento central del *ius puniendi* mexicano en donde se encuentran las acciones punitivas en torno al tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita,⁶⁴ el cual fue publicado el 14 de agosto de 1931 y tuvo su última reforma el 26 de junio del 2017. Contiene en total cinco artículos (11 Bis, 85, 400, 400 Bis y 400 Bis 1) que abordan la parte penal del delito de lavado de capitales o blanqueo de activos. En su numeral 11 Bis se establece que a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Cabe precisar que se entiende como persona jurídica a una “organización o grupo de personas físicas a la que la ley reconoce personalidad independiente y diferenciada de la de cada uno de sus miembros o componentes”; usualmente suelen ser instituciones, empresas o corporaciones, por lo que este tipo de organizaciones también deberán responder en caso de estar involucradas en el delito de blanqueo de activos.

Destaca el artículo 85, el cual dispone que no se concederá la libertad preparatoria a los sentenciados por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. La libertad preparatoria, también conocida como libertad condicional, es aquella que permite la libertad anticipada, pero en el caso de lavado de dinero los delincuentes no tienen derecho a ella.⁶⁵

El código cuenta asimismo con el título “Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita”, el cual concentra tres artículos. El artículo 400 se enfoca en el encubrimiento, ya que menciona que se impondrá una pena de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa a quien adquiera, reciba

⁶³ Secretaría de Gobernación, *ACUERDO 02/2013 por el que se emiten las Reglas de Carácter General a que se refiere la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de agosto del 2013.

⁶⁴ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931, México, última reforma 26-06-2017.

⁶⁵ García, Sergio, *Derecho penal*, McGraw-Hill, UNAM, México, 1981, p. 404.

⁶² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de agosto de 2013, México, última reforma 16-08-2013.



u oculte el producto del delito; preste auxilio o cooperación al autor; oculte o favorezca el ocultamiento del responsable; no dé auxilio para la investigación; no procure impedir la consumación de los delitos; y a quien altere, modifique o perturbe ilícitamente las pruebas. Señala, adicionalmente, que no se aplicará la pena anteriormente citada cuando se trate de los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; el cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El artículo 400 Bis impone una pena de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa a quien:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba recursos, derechos o bienes cuando tenga conocimiento de que proceden de una actividad ilícita. II. Oculte o encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.⁶⁶

El último numeral que aborda el delito de lavado de capitales es el 400 Bis 1, con el tema de las penas, las cuales se aumentarán desde en un tercio hasta en una mitad, cuando el delincuente tenga carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Y las penas previstas se duplicarán si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex servidores públicos.

Otro instrumento legal que regula el delito de marras, es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,⁶⁷ misma que en su artículo 2° especi-

ca que serán sancionados como miembros de la delincuencia organizada cuando tres o más personas se organicen para realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por ello, el lavado de dinero puede ser considerado como delincuencia organizada si cumple algunas características mencionadas en este artículo. De su lado, el artículo 4° aborda otras penas que deberán cumplir los miembros de la delincuencia organizada que hayan incurrido en operaciones con recursos de procedencia ilícita, además de cumplir con las penas que les corresponden por los delitos cometidos: la primera pena va de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa para los funcionarios de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, y de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa a quien no desempeñe esas funciones. Por último, el artículo 9° plantea la coordinación que debe existir entre el Ministerio Público de la Federación y la SHCP, para efectos de las investigaciones sobre lavado de capitales y delincuencia organizada. De igual forma se recurrirá a otras instituciones, como la CNBV, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

4.3. Instrumentos jurídicos terciarios (materia económica y financiera)

Entre este grupo de dispositivos aparece de entrada la Ley de Instituciones de Crédito, donde solo existen dos artículos (115 y 115 Bis) que aluden al lavado de capitales. El artículo 115 señala que las instituciones de crédito estarán obligadas a establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación para la comisión de operaciones con recursos de procedencia ilícita. De igual forma, dichas instituciones deberán presentar a la SHCP, por conducto de la CNBV, reportes sobre los actos, operaciones y servicios, que realicen con sus clientes y usuarios, relativos a operaciones con recursos de procedencia ilícita, u operaciones que realicen los miembros del consejo de administración, directivos, funcionarios, empleados y apoderados sobre el mismo tema.⁶⁸

⁶⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Código Penal Federal, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996, México, última reforma 07-04-2017.

⁶⁸ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Instituciones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de

En este sentido, la SHCP emitirá los lineamientos que las instituciones de crédito deben seguir respecto al conocimiento de sus clientes y usuarios, la información y documentación que dichas instituciones deban recabar para la apertura de cuentas o celebración de contratos, la forma en la que resguarden y garanticen la seguridad de la información y documentación, la capacitación al interior de las instituciones, el uso de sistemas automatizados y el establecimiento de estructuras internas para el cumplimiento en la materia. Cabe destacar que las violaciones a las disposiciones antes señaladas son sancionadas por la CNBV.⁶⁹ Por su parte, el artículo 115 Bis hace mención al intercambio de información que pueden realizar las instituciones de crédito para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En cuanto a lo que toca a la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito,⁷⁰ en su artículo 86 Bis determina que los centros cambiarios y transmisores de dinero deberán tramitar ante la CNBV la emisión de un dictamen técnico en materia de prevención, detección y reporte de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Mientras que el artículo 87-D aclara que las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas en el tema de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberán sujetarse a disposiciones contenidas en otras leyes adicionales a las que las regulan, entre ellas la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, la Ley de Ahorro y Crédito Popular, la Ley de Uniones de Crédito o a las disposiciones que expida la CNBV.⁷¹

Es interesante observar que la Ley de Uniones de Crédito preceptúa en su artículo 129 que, al igual que

otros intermediarios financieros, las uniones de crédito también estarán obligadas a establecer medidas para prevenir y detectar operaciones que pudieran favorecer a las operaciones de recursos de procedencia ilícita; de igual forma, deben presentar ante la SHCP reportes sobre operaciones que realicen con sus socios y terceros relativos al delito de lavado de capitales.⁷²

Por su parte, la Ley de Ahorro y Crédito Popular contiene 3 artículos (58, 105 y 124) que abordan el delito que nos ocupa.⁷³ En el artículo 58 fracción IV se especifica que es obligación de las sociedades financieras populares informar tanto a la CNBV como a la Federación, cuando se presume que se están llevando a cabo operaciones con recursos de procedencia ilícita. El artículo 105 aborda el tema del Fondo de Protección, el cual fue creado para cubrir los depósitos de cada ahorrador en caso de disolución o liquidación, pero en el caso de operaciones con recursos de procedencia ilícita dicho fondo no garantizará las operaciones. En el mismo tenor, el numeral 124 (de contenido similar al 129 de la Ley de Uniones de Crédito y al 95 y 95 Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito), dispone la obligación de los intermediarios financieros de establecer medidas para prevenir y detectar operaciones que pudieran favorecer a las operaciones de recursos de procedencia ilícita, así como de presentar reportes sobre el tema a la SHCP.

Respecto a la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo,⁷⁴ contiene cuatro artículos (28, 54, 71 y 72) relacionados con el ilícito en cuestión. El artículo 28 marca la obligación de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo de proporcionar la información que le sea requerida por medio del Comité de Supervisión Auxiliar, permitirle al mismo revisar el cumplimiento de los requisitos del registro, y de informar tanto al comité como a la CNBV cuando se considere que se están llevando a cabo operaciones con recursos de procedencia ilícita. El artículo 54 explica la obligación

julio de 1990, México, última reforma 17-06-2016.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 1985, México, última reforma 10-01-2014.

⁷¹ El artículo 87-P de la misma ley señala que las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas deberán tramitar ante la CNBV la emisión de un dictamen técnico en relación a operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por último, para que se pueda proceder penalmente, se les exigirá a las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas, los centros cambiarios, los transmisores de dinero, las organizaciones auxiliares del crédito y las casas de cambio, adicionalmente a sus obligaciones, establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita y presentar ante la SHCP, por conducto de la CNBV, los respectivos reportes. Esto se encuentra plasmado en los numerales 95 y 95 Bis de esta ley.

⁷² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Uniones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 1985, México, última reforma 10-01-2014.

⁷³ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Ahorro y Crédito Popular, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2001, México, última reforma 10-01-2014.

⁷⁴ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de agosto de 2009, México, última reforma 28-04-2014.

que tienen las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo de pagar al Fondo de Protección para asegurar los depósitos de dinero de cada socio ahorrador; pero, en caso de que se comprueben operaciones con recursos de procedencia ilícita, la cuenta de seguros de depósitos no garantizará dichas operaciones. Por su parte, los artículos 71 y 72 subrayan, al igual que para el resto de los intermediarios financieros, la obligación de establecer medidas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita y la obligación de presentar ante la SHCP reportes sobre el mismo tema, además de la recopilación y resguardo de la información.

En la Ley de Mercado de Valores destaca el numeral 112, el cual establece la obligación (aplicable para el resto de los intermediarios financieros) que tienen las casas de bolsa de establecer medidas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita y la obligación de presentar ante la SHCP reportes sobre el mismo tema. En efecto, en su artículo 226 Bis se encuentra plasmada la obligación de ayudar en materia de prevención y detección de operaciones con recursos de procedencia ilícita a los intermediarios del mercado de valores y a los asesores en inversiones, para lo cual deberán conocer a sus clientes, recabar información sobre la identidad de sus clientes, presentar reportes a la SHCP sobre estas posibles operaciones y capacitar a su personal.⁷⁵

En la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, el artículo 108 Bis señala que las administradoras de fondos para el retiro —como el resto de los intermediarios financieros— tienen la obligación de establecer medidas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita y de presentar ante la SHCP reportes sobre el mismo tema, entre otras medidas para prevenir este delito.⁷⁶

Por otro lado, la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas indica en su artículo 492 la misma obligación que tiene el resto de los intermediarios financieros, en el sentido de que las instituciones y sociedades mutualistas, así como los agentes de seguros y los agentes de fianzas, deben tomar medidas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia

ilícita, presentar ante la SHCP reportes sobre el mismo tema, tener conocimiento sobre sus clientes, recopilar información sobre el tema y capacitar a su personal. En complemento, el artículo 493 faculta a las instituciones y sociedades mutualistas para intercambiar información relacionada a prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita.⁷⁷

La Ley de Fondos de Inversión, en su artículo 91, expresa las obligaciones que tienen todos los intermediarios financieros. Establece que las sociedades operadoras de fondos de inversión y distribuidoras de acciones de fondos de inversión deben establecer medidas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita y tienen la obligación de presentar ante la SHCP reportes sobre el mismo tema, tener conocimiento sobre sus clientes, recopilar de información sobre el tema y capacitar a su personal.⁷⁸

La última de las disposiciones legislativas que aborda el delito de lavado de capitales es la Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, que en su numeral 60 faculta a la SHCP para, tomando en cuenta la opinión de la CNBV,⁷⁹ dictar disposiciones encaminadas a establecer medidas y procedimientos que permitan evitar las operaciones con recursos de procedencia ilícita. Ante esto, la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero deberá presentar reportes sobre las operaciones y servicios que realice con sus clientes y usuarios.

Con base en esta breve semblanza legislativa aplicable, se aprecia que el derecho mexicano cuenta con varias disposiciones para prevenir, detectar y reportar operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo cual atiende a que muchos intermediarios financieros son propensos a ser víctimas de este delito por el hecho de llevar a cabo actividades vulnerables dentro del sistema económico y financiero del país. De ahí la obligación que tienen de cooperar estrechamente con otras instituciones y la necesidad de mantener una vigilancia y supervisión permanentes a efecto

⁷⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Mercado de Valores, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 2005, México, última reforma 10-01-2014.

⁷⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 1996, México, última reforma 10-01-2014.

⁷⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de abril de 2013, México, última reforma 10-01-2014.

⁷⁸ Cámara de Diputados, Ley de fondos de inversión *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2001, México, última reforma 13-06-14.

⁷⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 2002, México, última reforma 10-01-2014.

de que cumplan con los mecanismos tanto de cooperación como de prevención y combate del lavado de capitales. Además, este corpus legislativo enmarca la importancia de la SHCP y la CNBV, que son las comisionadas de vigilar y perseguir el blanqueo de activos, amén de inspeccionar los servicios que prestan las instituciones financieras que deben necesariamente denunciar los ilícitos como paso previo a la activación de otras instancias e instrumentos como el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales para que se permita el procedimiento penal en cada caso.

Para que la legislación existente en el marco jurídico mexicano sea respetada y cumplida, es necesario que existan y operen instituciones encargadas de velar por su consecución. En México existen diversas unidades, grupos y direcciones que se encargan de la investigación, sanción y seguimiento del delito de lavado de capitales y otros delitos financieros, y que forman parte de diversas instituciones que por su rango e importancia deben ser destacadas: la SHCP, la Fiscalía General de la República (antes Procuraduría General de la República), la Policía Federal (PF) y el caso único de la CNBV, la cual será tomada como una institución más, aunque en realidad se trata de un órgano desconcentrado de la SHCP.⁸⁰

Las instituciones mexicanas que están involucradas en el tema de lavado de capitales desempeñan funciones estratégicas y se encargan de cuestiones nacionales diferentes, ya que sus esquemas de competencia son muy variados, incluyendo temas económicos, financieros, penales, monetarios, administrativos, fiscales, de seguridad, entre otros. Se dispone de

un amplio margen de actuación contra los recursos de procedencia ilícita, pues se cuenta con instituciones enfocadas en temas penales, como la Fiscalía General de la República o la Policía Federal, las cuales están dedicadas a la prevención e investigación de delitos y tienen, por ende, la finalidad de mantener la seguridad pública. Así mismo, se cuenta con instituciones como la SHCP y la CNBV, que se enfocan en temas financieros y económicos con el fin de mantener su estabilidad. Por otro lado, hay instituciones y dependencias especializadas en combatir el blanqueo de activos, pero su coordinación sistemática y la eficacia de sus decisiones y acciones es uno de los puntos clave en el contexto de un nuevo gobierno y la transición de la sociedad mexicana hacia un verdadero Estado de derecho, el combate a la impunidad y la violencia, y la erradicación de la corrupción orgánica que padece el país desde que se institucionalizó la vida política nacional.

En México se ha llevado a cabo un amplio trabajo para que en su marco jurídico general y en sus ordenamientos penales y administrativos existan medidas encargadas de prevenir, sancionar y erradicar el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Incluso se han creado mecanismos encargados de regular a las actividades vulnerables relacionadas con el lavado de capitales y se han implementado medidas enfocadas a prevenir este delito, entre ellas la capacitación al personal sobre el tema, la nueva tecnología aplicada a los sistemas que utilizan las instituciones o la creación de reportes que se entregan a la SHCP. En cuanto a las áreas que se encuentran a cargo de esta secretaría, se debe mencionar que todas tienen un desempeño muy similar, pero la que coordina las actividades de todas las direcciones es la Unidad de Inteligencia Financiera, por lo que es una de las entidades más importantes en el tema de la prevención, sanción y persecución de temas relacionados a operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Cabe advertir que, entre todas las instituciones, unidades y direcciones mencionadas anteriormente, existe por ley una obligación de trabajo conjunto, por lo que se puede trabajar de manera colectiva y coordinada todo tema de lavado de capitales que se sea competencia de alguna de ellas, o se puede solicitar cooperación entre las diferentes áreas de las instituciones para investigaciones o procesos. Es cierto que cada una tiene atribuciones diferentes durante el pro-

⁸⁰ Estos órganos son los siguientes: 1) Unidad de Inteligencia Financiera (SHCP); 2) Dirección General de Asuntos Normativos (SHCP); 3) Dirección General Adjunta de Asuntos Normativos e Internacionales (SHCP); 3) Dirección General Adjunta de Asuntos Normativos y Relaciones con Actividades Vulnerables (SHCP); 4) Dirección General de Análisis (SHCP); 4) Dirección General de Procesos Legales (SHCP); 5) Direcciones de Procesos Legales "A" y "B" (SHCP); 6) Dirección General Adjunta de Infraestructura Tecnológica (SHCP); 6) Dirección General de Delitos Financieros y Diversos (SHCP); 7) Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO); 8) Unidad Especializada en Investigación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Falsificación o Alteración de Moneda (FG); 9) Unidad Especializada en Investigación de Delitos Fiscales y Financieros (FG); 10) Grupo Especializado en materia de investigaciones financieras y de Lavado de Dinero (PF); 11) Dirección General de Prevención de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (PF); 12) Dirección Gral. de Prevención de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita A (CNBV); y, 13) Dirección Gral. de Prevención de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita B (CNBV).

ceso de prevención, sanción e investigación de este tipo penal, por lo que todas forman parte importante del proceso para que se obtenga la mayor eficacia en su combate y proscripción. De igual modo, cada uno de los intermediarios financieros que pudieran ser víctimas de operaciones con recursos de procedencia ilícita cuenta con regulación que los obliga a prevenir y reportar el lavado de capitales a las instituciones encargadas de regular este género delictivo, como son la SHCP, la Fiscalía General de la República y la CNBV.

5. Reflexiones finales

Es a partir de la irrupción de la globalización en las relaciones económicas internacionales que se fortalece la DOT e incrementa exponencialmente la comisión de delitos económicos y financieros, impulsados por el aumento del tráfico de estupefacientes, armamento, personas, divisas, joyas, obras de arte, especies animales y vegetales, entre otros, con el consiguiente ocultamiento de bienes ilegales obtenidos de estos trasiegos criminales. Paralelamente, los procesos del sistema económico manifiestan mutaciones cualitativas, como la complejización de las operaciones comerciales y financieras, una mayor conexión de los sistemas monetarios de los países, la difusión de operaciones bancarias y bursátiles en tiempo real y el uso de tecnologías para el manejo de capitales, solo como una muestra. Esto ha favorecido que los delincuentes ahora trasladen sus ganancias ilícitas de un país a otro, de una región a otra, de un hemisferio a otro, lo cual complica aún más el identificar con precisión su procedencia y aplicar los mecanismos punitivos requeridos.

Estos delitos son difíciles de erradicar porque evolucionan con el tiempo y se apoyan en nuevas herramientas, como la tecnología, las redes bancarias, una DOT más técnica, los negocios sofisticados para limpiar capitales o incluso nuevas artimañas legales que permiten a los infractores evadir las leyes y cometer los delitos de forma más fácil y segura. Es precisamente por ello que los organismos internacionales y los Estados siguen trabajando para que los mecanismos con los que cuentan para la prevención, detección y sanción de estos delitos realmente funcionen. Sin embargo, los esfuerzos desplegados requieren de coordinación estratégica y de mayor actualización conforme a las nuevas necesidades de la sociedad

internacional, con miras a intensificar la cooperación penal internacional y sortear la gran pugna de intereses que se interponen en el intercambio de información y en la implementación de leyes que permitan perseguir y sancionar a la DOT. Prueba de ello es el problema que existe en la actualidad con los paraísos fiscales y las empresas *offshore*, ya que, como en varios Estados estas actividades se desarrollan al amparo de la confidencialidad y de las leyes nacionales permisivas, son los propios gobiernos involucrados quienes no permiten una cooperación eficaz y facilitan la impunidad.

Es en este contexto en el que parecen privar el desorden y la falta de voluntades políticas para combatir al crimen, donde se van perfeccionando los sistemas penales nacionales, y el derecho internacional general va generando avances en su contenido normativo y en sus mecanismos de aplicación para proteger a la sociedad y sus bienes por medio de dispositivos punitivos e institutos penales. Esto ha promovido la gestación y consolidación del derecho internacional penal en el ámbito del derecho internacional público y del derecho penal internacional en el derecho internacional privado. Todos estos dispositivos jurídicos, en conjunto, constituyen un verdadero régimen jurídico nacional-internacional-nacional llamado a enfrentar coordinada y eficazmente a los nuevos actores delictivos y a los nuevos tipos penales transnacionales que dominan el escenario contemporáneo.

Por otro lado, la noción de orden público económico aparece justo después de la crisis de los años treinta, y con ello el Estado intenta recuperar el control de la economía y limitar el actuar de diversos actores privados, como las empresas. Años más tarde, con la llegada de la globalización y los cambios en la dinámica entre los Estados, el papel interventor y rector del Estado pasa a segundo plano. Ahora son las empresas y otros actores transnacionales los que se involucran y toman decisiones a la par del gobierno y del Estado, desplazándolos del monopolio que mantenían en la toma de decisiones políticas y económicas. De ahí que estos grandes actores económicos transnacionales tengan hoy una gran responsabilidad en el combate de los delitos económicos y sea indispensable su cooperación para que los instrumentos de prevención sean efectivos, ya que, en efecto, son ellos los que deben implementarlos de forma adecuada y tener a

su personal capacitado para evitar que sea cooptado —como generalmente ocurre— por parte de la DOT.

Como una muestra de la amplia gama de delitos económicos que adquieren el rango de transnacionalidad —cualidad por la que se presentan generalmente concatenados—, el lavado de capitales se ha venido consolidando de manera preocupante en las últimas décadas, de tal suerte que las ganancias que produce representan una gran parte del Producto Interior Bruto (PIB) mundial. Así lo ha declarado la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), al afirmar que los delincuentes en todo el mundo blanquearon alrededor de 1.6 billones de dólares de dinero sucio en 2009, cantidad que supone tanto como el 2.7% del PIB mundial, y agrega que este “dinero negro” en todo el planeta, incluido el procedente de la evasión de impuestos, asciende a 2.1 billones de dólares, lo que representa un 3.6% del PIB global, con el agravante de que los Estados apenas consiguen incautar el 1% de los flujos financieros ilícitos.

De ahí que una de las estrategias que se consideraran necesarias para combatir este género delictivo es proveer a los sistemas judiciales, a las instituciones públicas y privadas y a las Unidades de Inteligencia Financiera de las herramientas más actualizadas y eficientes para detectar, investigar y castigar su comisión. Y dado que los movimientos de capitales se han vuelto cada vez más rápidos, atravesando el mundo por medio del sistema bancario, las instituciones económicas y financieras, nacionales e internacionales también requieren de más y mejores mecanismos de supervisión y control para detectar y dar seguimiento a los flujos de activos de procedencia ilícita en sus sistemas y subsistemas. A la par de ello, es necesario que el derecho penal estatal siga en constante actualización y diseñe fórmulas que eficienten su aplicación, junto con otros dispositivos legales especializados, pues solo de esa manera se podrá mejorar el desempeño del derecho internacional penal y del derecho penal internacional. El avance de estas disciplinas jurídicas internacionales es muy importante, pero en el corto y mediano plazo el derecho penal interno seguirá siendo el responsable de llevar a cabo el grueso de un trabajo constante en la penalización, persecución y prevención de los delitos económicos transnacionales, como el lavado de capitales.

Además, al no existir en el plano internacional un ente punitivo —distinto de la Corte Penal Interna-

cional, la cual tiene otro tipo de competencia criminal— facultado para perseguir y sancionar los delitos económicos transnacionales, los enjuiciamientos, los castigos y las penas para los responsables de su comisión se llevan a cabo, principalmente, a través de la cooperación sistemática y la coordinación de los Estados para que sean ellos quienes impongan los castigos necesarios, amén de habilitar los métodos de derecho internacional penal y penal internacional (derecho uniforme) para el combate a la impunidad y la ejecución de la justicia penal, como son la extradición, la jurisdicción universal o la incautación de bienes a quienes resulten responsables. Al final del proceso, todo termina siendo una tarea a realizarse al interior de los Estados, que deberán aplicar sus propias leyes, mecanismos y dispositivos penales internos para lograr tales propósitos.

En cuanto a la perspectiva que ofrece la cooperación internacional en materia criminal, es claro que la eficiencia de muchos de los instrumentos convencionales y organismos internacionales encargados de prevenir y sancionar los delitos económicos internacionales y el lavado de capitales dependerá, en gran medida, de la cultura de prevención de los Estados y de las acciones de prevención y combate por parte de las empresas nacionales y transnacionales, principalmente las bancarias y financieras. Además, es vital el papel activo que deben redoblar las fiscalías generales o especializadas a nivel gubernamental, junto con los mecanismos de reforma a las leyes e instituciones penales y en especial las Unidades de Inteligencia Financiera y las instituciones gubernamentales encargadas de la supervisión bancaria, las cuales tienen como una de sus principales labores lograr que los instrumentos convencionales internacionales penales sean utilizados e implementados por todas las instituciones nacionales.

Por último, es a partir del caso concreto del papel que jugó México en los llamados *Panama Papers* que se han llevado a cabo algunas reformas a la legislación penal, fiscal y administrativa y se han creado nuevos órganos internos que ejemplifican el trabajo que se está haciendo en el país para responder a la DOT y a los delitos económicos transnacionales, como la Unidad de Inteligencia Financiera. Sin embargo, la realidad demuestra que el número de casos que quedan impunes o que no llegan a una resolución sigue siendo muy elevado, siendo bastante reducida hasta

el momento la penalización de casos de lavado de capitales. En otras palabras, no obstante que el Estado mexicano se ha empeñado en lograr que su sistema legal y sus organismos especializados cuenten con un sustento más adecuado y acorde a las necesidades más ingentes para el combate sostenido a los delitos económicos transnacionales y el lavado de capitales, los resultados visibles son muy escasos en tratándose de la sanción de personas involucradas o sospechosas de su comisión, amén que la información oficial disponible sobre estos temas, en especial la relativa a las investigaciones que están en proceso en materia de lavado de capitales, es muy limitada por su supuesto carácter confidencial y aun de seguridad nacional.

Este es uno de los grandes retos que tiene ante sí la nueva Fiscalía General de la República, cuya Ley Orgánica del 14 de diciembre de 2018 aún no ha sido implementada, pero que ya denota en su estructura la ausencia de fiscalías especializadas en delitos económicos, nacionales y transnacionales.



Los comportamientos dolosos en el ámbito del tránsito o tráfico rodado: la diferencia entre el dolo y la culpa como solución interpretativa del ámbito de aplicación del art. 371 COIP del Ecuador



María del Carmen Vera Rivera*

*Universidad de Guayaquil/ Universidad
Técnica Particular de Loja*

Lyonel Calderón Tello**

*Universidad de Guayaquil/ Universidad
Técnica Particular de Loja*

RESUMEN: La tesis que se somete a prueba en este artículo académico está relacionada con la correcta interpretación del artículo 371 del COIP. Para nosotros, contrariamente a la jurisprudencia y doctrina dominante en el Ecuador, no todos los comportamientos delictivos producidos “en el ámbito del transporte y seguridad vial” constituyen delitos culposos. El artículo 371 es bastante claro en su dicción: “son infracción de tránsito las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito del transporte y seguridad vial”; por tanto, aquellos comportamientos dolosos (acciones y omisiones) producidos en este mismo ámbito no constituyen infracciones de tránsito y se deberán juzgar de conformidad con las reglas generales y particulares que el propio COIP ha establecido para los comportamientos dolosos.

PALABRAS CLAVE: infracciones de tránsito, delito, contravención, dolo, culpa.

ABSTRACT: The thesis that is tested in this academic article is related to the correct interpretation of article 371 of the COIP. For us, contrary to the prevailing jurisprudence and doctrine in Ecuador, not all the criminal behaviors produced “in the field of transport and road safety” constitute wrongful acts. Article 371 is quite clear in its diction: “actions or omissions caused in the field of transport and road safety are traffic offenses”; therefore, those malicious behaviors (actions and omissions) produced in this same area do not constitute traffic infractions and should be judged in accordance with the general and specific rules that COIP itself has established for malicious behavior.

KEY WORDS: traffic infractions, crime, contravention, fraud, recklessness or fault.

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho en la Universidad de Guayaquil. Profesora de Derecho Penal en la Universidad Técnica Particular de Loja.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad Técnica Particular de Loja. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Guayaquil.

SUMARIO: 1. Introducción: objeto y justificación material. 2. Tesis que se somete a prueba: los comportamientos dolosos (acciones y omisiones) producidos en el ámbito del transporte y seguridad vial no constituyen infracciones de tránsito y se deberán juzgar de conformidad con las reglas generales y particulares que el propio COIP ha establecido para los comportamientos dolosos. 3. Exposición dogmática y práctica del problema: interpretación acomodaticia y deliberada sobre las infracciones de tránsito (delitos y contravenciones en el ámbito del transporte y seguridad vial); 3.1. Primer nivel: la opinión extendida (aunque no directamente enunciada), sobre la diferente naturaleza que existiría entre los comportamientos delictivos que se producen en el “ámbito del transporte y seguridad vial” y los que no se producen en este ámbito; 3.2. Segundo nivel: la opinión extendida (aunque no directamente enunciada) sobre la naturaleza directamente culposa de las contravenciones de tránsito; 3.3. Tercer nivel: la incorrecta delimitación de los comportamientos dolosos y culposos. 4. La naturaleza jurídica de la culpa (imprudencia) como punto de partida para la propuesta de solución; 4.1. Explicación de la propuesta de solución y puntos dogmáticos de partida: concepción normativa del dolo; 4.2. La diferencia entre tipo objetivo doloso y culposo: exposición del problema a nivel dogmático; 4.3. Tipo objetivo del delito culposo o imprudente: normativización del deber objetivo de cuidado; 4.4. Tipo subjetivo del delito culposo o imprudente: deber de conocer y evitar realizar el comportamiento típico. 5. Solución propuesta al caso concreto y fundamentos normativos de la tesis defendida; 5.1. La naturaleza jurídico-penal de las infracciones de tránsito: delitos y contravenciones que se derivan del artículo 18 del COIP. 6. Las consecuencias jurídicas de la naturaleza jurídico-penal de las infracciones penales (incluidas las de tránsito) en el ámbito de la tipicidad: análisis de los artículos 26 y 27 del COIP; 6.1. Criterios materiales para la prueba del dolo en los “mal llamados accidentes de tránsito”. 7. Bibliografía citada.

Rec: 15-09-2019 | Fav: 07-10-2019

1. Introducción: objeto y justificación material

Es incuestionable la radical importancia, actualidad y las enormes y beneficiosas repercusiones prácticas que podrían lograrse a partir de la correcta interpretación del artículo 371 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).¹ La problemática es realmente alarmante. Las estadísticas² que maneja la Agencia Nacional de Tránsito del Ecuador nos informan que en lo que va del año 2018 se han producido 1 433 fallecimientos con ocasión de los “accidentes de tránsito” (en muchos supuestos, mal llamados de esta forma), una cifra que puede ser observada desde múltiples variables (con relación al número de habitantes, al número de eventos ocurridos, etc.) y que, sin embargo, tan solo nos servirá ahora para mostrar lo grave de la situación.

Resulta verdaderamente alarmante que al día, como media, más de seis personas fallezcan con ocasión de la actividad de conducción de vehículos automotores, y que en promedio existan más de 50 heridos (lesionados). Sin olvidarnos de los grandes titulares, que de a poco nos van quitando la sensibilidad, sobre los trágicos eventos en los que se encuentran involucrados vehículos de transportación masiva, sobre todo autobuses intercantonales e interprovinciales, con muchísimos fallecidos y heridos. Se trata de un problema que precisa atención y análisis desde todas las materias que se encuentren involucradas.

En este contexto, la norma penal y el derecho penal constituyen un pilar fundamental para lograr atender esta problemática, o para agravarla, si se quiere o se observa correctamente. A la pena se le han asignado diversas funciones, según los fundamentos teóricos de los que se parte: desde la retribución hasta las teorías eclécticas o mixtas, pasando por las tesis utilitaristas, entre otras —prevención general positiva y negativa y prevención especial—. A este respecto, el artículo 52 del COIP ha señalado que la pena tiene una

¹ Código Orgánico Integral Penal, que recoge las normas sustantivas, procesales y de ejecución penal del Ecuador.

² Estadísticas de transporte terrestre y seguridad vial, *Fallecidos in situ por provincia a nivel nacional - agosto 2018*, Dirección de Estudios y Proyectos, en <https://www.ant.gob.ec/index.php/noticias/estadisticas> [consultado el 21 de septiembre de 2018].



finalidad dirigida hacia “la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena [,] así como la reparación del derecho de la víctima”. Entonces, al menos su interpretación y aplicación no podrán eludir esta directa finalidad que el legislador ha positivado dentro de la norma penal. No nos podemos extender en estas cuestiones, porque aquello excedería el marco y objeto del trabajo; sin embargo, resulta muy importante afirmar de manera categórica que la interpretación y consecuente aplicación que se realiza del artículo 371 y ss. del COIP resultan en su conjunto un atentado que frustra la finalidad que persigue la ley con la pena: la prevención de delitos.

No se trata de enarbolar un discurso sobre la radicalización del derecho penal o de convertir a la norma penal en la panacea que resuelve todos o casi todos los males sociales. En este sentido, este no es un trabajo político o social. Ahora, sin renunciar al carácter eminentemente social de la norma y su función en el ámbito de la convivencia entre personas, debemos señalar que se trata de un trabajo exclusivamente dogmático: de interpretación de la norma penal y de crítica a la forma en que se está aplicando en estos momentos.

Lo anterior no debe constituir obstáculo alguno para señalar como imperioso y urgente que los diferentes actores que participen en la solución de este grave problema asuman sus roles y funciones (políticos, legisladores, jueces, fiscales, funcionarios públicos de control, agentes del tránsito, ciudadanía en general, etc.) para lograr un cambio en la cultura ciudadana que vaya desde la natural proscripción de este tipo de comportamientos hasta la generación de nuevos hábitos y costumbres que involucren el respeto por los bienes jurídicos ajenos. Solo la activa generación de acciones que permitan los cambios que promuevan el respeto al otro hará posible que se solucione de manera integral este y otros problemas análogos. Por tanto, debemos advertir que el objeto del trabajo tiene relación con la correcta aplicación del artículo 371 del COIP y con las repercusiones metodológicas y prácticas de esta forma de entender y aplicar la referida norma.

Iniciaremos la exposición con la propuesta de tesis interpretativa, luego expondremos la problemática a nivel dogmático-práctico, pasaremos luego al establecimiento de los fundamentos y bases de la solución,

para finalmente aplicar al caso concreto esbozado aquellos fundamentos teóricos desarrollados.

2. Tesis que se somete a prueba: los comportamientos dolosos (acciones y omisiones) producidos en el ámbito del transporte y seguridad vial no constituyen infracciones de tránsito y se deberán juzgar de conformidad con las reglas generales y particulares que el propio COIP ha establecido para los comportamientos dolosos

La tesis que se somete a prueba en este artículo académico está relacionada con la correcta interpretación del artículo 371 del COIP, que señala lo siguiente: “Son infracciones de tránsito las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito del transporte y seguridad vial”. Para nosotros, contrariamente a la jurisprudencia y doctrina dominante en el Ecuador, no todos los comportamientos delictivos producidos “en el ámbito del transporte y seguridad vial” constituyen delitos culposos, porque eso no solo constituye una delimitación interpretativa que queda fuera de la cobertura legal que traza el legislador ecuatoriano a través del artículo en trato —que es directamente opuesta a los numerales 1 y 2 del artículo 13 del COIP,³ lo cual la convierte en arbitraria e ilegítima—, sino que, además, resulta incompatible con los principios y garantías que la Parte General ha establecido para la determinación de la responsabilidad penal. Esto significa que, desde una interpretación literal, así como sistemática, no cabe la reducción o limitación operada por los jueces ecuatorianos con competencia en materia penal.

Pero eso no es todo, tampoco desde una interpretación funcional o teleológica cabe tal reducción, entre otras razones porque excedería el marco de la literalidad del texto⁴ y porque no se compadece con lo que está ocurriendo en la actualidad en el Ecuador. El artículo 371 es bastante claro en su dicción: “son infracción de tránsito las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito del transporte y seguridad vial”; por tanto, aquellos comportamientos dolosos (acciones y omisiones) producidos en este mismo ámbito no constituyen infracciones de tránsito, y se

³ Artículo que regula las reglas básicas de interpretación de la codificación.

⁴ Roxin (1997), p.149, quien la denomina *praeter legem*.

deberán juzgar de conformidad con las reglas generales y particulares que el propio COIP ha establecido para los comportamientos dolosos.

Es importante agregar una cuestión en este ámbito: el problema se observaba incluso en atención a la anterior regulación constante en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. En efecto, en el artículo 108 se establecía lo siguiente: “Las infracciones de tránsito son culposas y conllevarán la obligación civil y solidaria de pagar costas, daños y perjuicios, por parte de los responsables de la infracción”. A partir de esta norma, en general, se interpretó que, como dicho artículo determinaba que las infracciones de tránsito son culposas, todos los denominados “accidentes de tránsito” son culposos, lo que resulta igual de discutible. Esta norma en nada impedía la interpretación que hemos sometido a prueba porque, en efecto, las infracciones de tránsito son culposas, por lo que aquellos comportamientos que se producen con dolo en el ámbito regulado por las normas de tránsito no constituyen infracciones de tránsito y, por tanto, debieron y deben ser reguladas por las reglas generales que la ley penal del momento y las actuales establecen para los comportamientos dolosos.

Si se analiza correctamente la situación, esta visión del problema permite delimitar lo que cabe en el ámbito de las infracciones de tránsito y lo que no. Porque si un comportamiento culposo, aun a pesar de que se realice en este ámbito, no responde o no se explica en atención a la infracción de las normas administrativas que regulan el tráfico o tránsito rodado, tampoco se debería denominar *infracción de tránsito*. Por ejemplo, un vehículo se encuentra estacionado en la calle afuera de una casa, un mecánico revisa el vehículo encendido acostado debajo del mismo; mientras, el hijo del dueño del vehículo —un joven mayor de edad—, quien está escuchando música sentado en el asiento delantero del mismo, en un movimiento para acomodarse de mejor manera en el asiento por descuido mueve la palanca de cambio y genera el movimiento del vehículo, que pasa por encima del mecánico y produce su muerte. En este caso se habrá producido un homicidio castigado con la pena del artículo 145, que regula el delito de homicidio culposo. Esto se comprenderá de manera adecuada al final de este trabajo.

3. Exposición dogmática y práctica del problema: interpretación acomodaticia y deliberada sobre las infracciones de tránsito (delitos y contravenciones en el ámbito del transporte y seguridad vial)

3.1. Primer nivel: la opinión extendida (aunque no directamente enunciada) sobre la diferente naturaleza que existiría entre los comportamientos delictivos que se producen en el “ámbito del transporte y seguridad vial” y los que no se producen en este ámbito

El problema se podría abordar desde tres diferentes niveles básicos de análisis muy interrelacionados con su origen y solución. Podríamos empezar abordando el criterio de la naturaleza jurídica. Al parecer existe una opinión extendida no directamente enunciada, pero que se extrae de la forma en la que se resuelve el problema de la imputación, sobre la diversa naturaleza que existiría entre los comportamientos delictivos que se producen en el “ámbito del transporte y seguridad vial” y los que no se producen en este ámbito, por lo que existirían dos tipos de delitos diferenciados: los delitos de tránsito y los que no son delitos de tránsito. Por tanto, todos los comportamientos que se producen en este ámbito, en el del tráfico rodado, por este solo hecho constituirían infracciones de tránsito y, en consecuencia, se trataría nuevamente, por este solo hecho, de delitos culposos. Como podemos observar, se trata de una interpretación precaria, frágil, reduccionista y simplista, carente de toda lógica normativa cuando es observada desde una dogmática respetuosa de las normas legales y constitucionales vigentes, ya que se opone de manera literal y radical a lo que se establece en el propio COIP.

Vamos a observar esta cuestión en varias resoluciones adoptadas por la Corte Nacional. En la Sentencia No. 844-2009-C.T., Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 77, 11-XII-2013, se señala directamente que “Para analizar las conductas descritas como delitos de tránsito es necesario resaltar, *que las infracciones de tránsito, son culposas...*”. En el mismo sentido se manifestó la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, en el Juicio Penal No. 299-2012, Resolución No. 365-12, cuando afirma lo siguiente: “*tomando en consideración que los delitos de tránsito son culposos tal como lo prevé el art. 108*



de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial...”. Lo propio ocurre en el Juicio Penal No. 1063-2014, Resolución No. 048-2015, en la que se manifiesta antes de la parte resolutive lo siguiente: “al ser el caso que nos ocupa *uno de aquellos delitos de tránsito que por su naturaleza son culposos...*”. Como vemos, la jurisprudencia comprende directamente que los hechos denominados infracciones de tránsito son delitos culposos, sin indagar que probablemente en este ámbito también se pueden producir comportamientos dolosos. Además, no queda esclarecido o, mejor dicho, queda la confusión de si la calificación (naturaleza) culposa del comportamiento se realiza porque el comportamiento ocurre en ese específico ámbito.

3.2. Segundo nivel: la opinión extendida (aunque no directamente enunciada) sobre la naturaleza directamente culposa de las contravenciones de tránsito

En este ámbito, al igual que lo que se afirmó antes con relación a la naturaleza jurídica de los delitos de tránsito, al parecer existe una opinión extendida no directamente enunciada sobre la naturaleza eminentemente culposa de las contravenciones de tránsito, lo que impediría afirmar el dolo respecto de las consecuencias accesorias del comportamiento doloso realizado (la contravención). Por ejemplo, el transportista o chofer profesional que debe conducir un autobús lleno de pasajeros —52 en total— y decide acelerar la marcha del vehículo en 130 km/h en un tramo en el que la velocidad máxima es de 70 km/h, y produce el volcamiento del vehículo por no poder aminorar la velocidad y mantener el control del vehículo; como consecuencia de la acción se produce un resultado que deja 26 muertos, 18 heridos graves, etc., además de los daños materiales. En este caso, se observa con claridad que se infringe la norma que regula o modera la velocidad, y como consecuencia se producen los resultados de muerte y lesión.

Si se parte de la previa concepción culposa de la contravención, en el ejemplo anterior difícilmente se puede argumentar a favor del dolo de las consecuencias accesorias. Por tanto, si la contravención es culposa, el resultado responde a ese hecho culposo. Sin embargo, como vemos en nuestro ejemplo, el chofer ha tenido dolo de infringir la norma que regula la ve-

locidad,; por tanto, es discutible que no se pueda o deba afirmar el dolo en atención a las muy probables consecuencias accesorias y con seguridad alegadas que no queridas por aquel.

Es cierto que este nivel de análisis está relacionado con el siguiente; sin embargo, resulta de trascendental importancia su comprensión para ubicar las cosas en su sitio. Este problema se resuelve aceptando la delimitación entre dolo y culpa y la naturaleza jurídica de aquella delimitación. El dolo y la culpa están en el hecho objetivado y no en la interpretación (bastante antojadiza en algunos casos) que de ese hecho realice el intérprete.

3.3. Tercer nivel: la incorrecta delimitación de los comportamientos dolosos y culposos

Nosotros observamos que el problema se presenta porque tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial existe una patente dificultad para diferenciar cuándo un comportamiento debe ser calificado como doloso y cuándo debe ser calificado como culposo. Se trata de una cuestión dogmática y metodológica, por eso, la respuesta debe ser dogmática y metodológica. Esto exige una necesaria normativización y explicación del dolo y la culpa como subjetividades que hacen posible la aparición del comportamiento objetivado y prohibido. La cuestión más difícil en este ámbito estaría referida de manera preponderante a los comportamientos culposos —cómo y cuándo imputar por culpa (criterios de imputación subjetiva por culpa)— y, en la concreta delimitación de lo que se debe entender por dolo —qué es el dolo modernamente (contenido normativo del dolo)—.

Este problema puede ser observado en diversos fallos. En la Sentencia No. 1099-2009-C.T., de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 77, 11-XII-2013, en el apartado Quinto, que contiene el análisis de la sala, en el número 2, se afirma lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, *el delito culposo se hace presente, pues aunque no hay intención positiva de irrogar daño, sí ha existido el descuido de parte del procesado, ha existido la falta del deber jurídico de cuidado, ya que la negligencia del mismo al transitar por un lugar que estaba en pésimas condiciones y con poca iluminación, como el mismo acusado refiere, a una velocidad*

que debió ser controlada, sin percatarse de la presencia de un vehículo-bicicleta al que lo embistió causando el accidente en el que perdió la vida una persona, implica que ha colaborado para la producción del delito; es precisamente en ese momento, en que la persona le deja de prestar cuidado a su actuación, cuando tenía la obligación de cuidar que su conciencia y voluntad se pongan de manifiesto, sin embargo, en el caso concreto, cuando el conductor del vehículo transitaba sin precaución alguna, pese a las circunstancias en las que se encontraba la vía, su conciencia y voluntad fueron claramente expresadas, adecuando su conducta a lo que establece el Art. 14 del Código Penal, que habla de los delitos culposos, pues el procesado bien podría haber evitado el mal causado, si hubiera respetado la ley de tránsito, teniendo como resultado que la infracción que cometió, sí puede ser imputada al mismo, pues no ha demostrado que en el acto faltó conciencia y voluntad. [Énfasis añadido]

La cuestión aquí no es tanto determinar si se ha resuelto correctamente, sino observar cómo la Corte Nacional de Justicia utiliza expresiones que denotan directamente conocimiento de la acción que tiene como consecuencia un resultado prohibido (dolo): “al transitar por un lugar que estaba en pésimas condiciones y con poca iluminación [...] a una velocidad que debió ser controlada, sin percatarse de la presencia de un vehículo-bicicleta al que lo embistió...” como consecuencia de este hecho, se produce la muerte.

Más importante o destacable que lo que acabamos de referir es la cuestión relativa al fundamento que utiliza el tribunal para descartar que se trata de un caso fortuito (esto es lo que alega el recurrente), y al mismo tiempo para fundamentar la existencia de un delito culposo: “pues el procesado bien podría haber evitado el mal causado, si hubiera respetado la ley de tránsito, teniendo como resultado que la infracción que cometió, sí puede ser imputada al mismo, pues no ha demostrado que en el acto faltó conciencia y voluntad”. Es decir, se infringe la norma de tránsito y se debe imputar subjetivamente aquella infracción al autor del comportamiento porque “no ha demostrado que en el acto faltó conciencia y voluntad”. Elementos que usualmente se utilizan para definir el dolo. Lo que resulta sumamente confuso e inseguro, porque esta expresión significa que ha quedado demostrado que en el acto existió (no faltó) conciencia y voluntad,

por tanto, existe un delito y es culposo; una construcción que metodológica y normativamente resulta al menos discutible y criticable.

4. La naturaleza jurídica de la culpa (imprudencia) como punto de partida para la propuesta de solución

4.1. Explicación de la propuesta de solución y puntos dogmáticos de partida: concepción normativa del dolo

Hemos visto que existirían tres niveles básicos desde los que se puede abordar la problemática: naturaleza jurídica diferenciada entre delitos de tránsito y aquellos comportamientos prohibidos por el derecho penal que no son delitos de tránsito; naturaleza jurídica eminentemente culposa de las contravenciones de tránsito; y la incorrecta delimitación entre los delitos dolosos y culposos. Abordaremos la solución integral de estos tres niveles de la problemática desde la explicación de la naturaleza jurídica de culpa.

La razón es muy sencilla: el COIP en el artículo 26 define el dolo como el designio de causar daño, es decir, de una manera que se acerca mucho a la moderna concepción utilizada por la dogmática y jurisprudencia más moderna.⁵ En esta concepción, el dolo se caracteriza por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo,⁶ el dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.⁷ Por otro lado, cuando se regula la culpa en el artículo 27, tan solo se realiza una descripción sobre cómo se produce el hecho culposo y, sin embargo, nada nos dice respecto sobre qué es la culpa y cómo se imputa por aquella: “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso”. Esta opinión tiene sustento porque el deber objetivo de cuidado es reconducible al criterio de la imputación objetiva de la superación del riesgo, por lo que se podría argumentar que en los delitos dolosos también se produce un daño con ocasión de la superación del riesgo. Entonces cabría preguntar, ¿cuál es la diferencia material entre dolo y

⁵ Sobre la moderna concepción (normativa) del dolo, revisar: Sánchez-Vera (2004), p. 46 y ss.; Ragués (1999); Díaz-Aranda (2007); Gimbernat (1990), p. 259; Laurenzo Copello (1999), p. 245; Feijóo Sánchez (1998), p. 269.

⁶ Bacigalupo (1999), p. 316.

⁷ Jakobs (1995), p. 316.

culpa? Porque el COIP no nos lo dice, aunque nos da indicios de su diferenciación, sobre todo a partir de la definición legal que realiza del dolo.

Entonces, como abordaremos la solución integral de nuestro problema a partir de la explicación de la naturaleza jurídica de culpa, resulta necesario establecer los puntos dogmáticos de partida, y aquellos están referidos a la concepción normativa del dolo.

En efecto, se ha señalado que la doctrina tradicional, para caracterizar el dolo, emplea casi siempre la descripción del mismo como “saber y querer” (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal (tipo penal en concreto); sin embargo, también se ha manifestado que la cuestión de si al dolo pertenece un elemento “volitivo” (el querer) es cada vez más discutida.⁸ Aunque reconocemos que la definición de dolo en sí resulta problemática, es preciso tomar una posición de la que partir, eso es precisamente lo que se denomina dogmática de partida. En este sentido, como la exigencia del elemento volitivo conduce a soluciones poco satisfactorias, y el COIP directamente no lo exige, prescindiremos de este elemento, acogiendo la definición de dolo como conocimiento de todas las circunstancias del tipo legal, no sin antes mencionar algunos de los reparos que se incoan a la definición de dolo que exige, además, voluntad.

Un sector importante de la doctrina pone de relieve que la exigencia del elemento volitivo como criterio determinante del dolo conduce a tener que afirmar la comisión culposa en supuestos que resultan al menos dudosos, por no decir directamente dolosos.⁹ Esta crítica se realiza utilizando un ejemplo: si un terrorista coloca en el pecho de su víctima, con el objeto de extorsionarle, un explosivo que estallará de ser manipulado, en caso de que el explosivo efectivamente haga explosión, el terrorista, en atención a la antigua definición de dolo, siempre podrá argumentar que obró de manera imprudente o culposa. Por ejemplo, podría manifestar que, si bien conocía los peligros al colocar el explosivo, no quería la muerte del extorsionado, puesto que de producirse la muerte de su víctima no podría cobrar el rescate y, en atención a la construcción del dolo que exige voluntad, debería ser condenado por un delito culposo. En este caso, se observa que exigir como criterio determinante del

dolo el elemento volitivo conduce a un resultado insatisfactorio que implica una responsabilidad por culpa en un supuesto en el que es muy discutible tal afirmación.

Podemos seguir con el ejemplo utilizado antes, relacionado con el objeto del trabajo: el transportista o chofer profesional que debe conducir un autobús lleno de pasajeros —52 en total— y decide acelerar la marcha del vehículo en 130 km/h en un tramo en el que la velocidad máxima es de 70 km/h, y produce el volcamiento del vehículo por no poder aminorar la velocidad y mantener el control del vehículo; como consecuencia de la acción se produce un resultado que deja 26 muertos, 18 heridos graves, etc., además de los daños materiales. En este caso, podría el conductor manifestar que obró de manera imprudente o culposa, porque, si bien conocía los peligros a los que se exponía así mismo y a los demás pasajeros, no quería ni la muerte ni la lesión de aquellos y, tal y como en el caso anterior, en atención a la construcción del dolo que exige voluntad, debería ser condenado por un delito culposo. Sin embargo, como veremos, difícilmente se podría argumentar que este comportamiento y otros semejantes se producen por una subjetividad culposa.

Este mismo ejemplo nos permite ilustrar otra de las críticas que se realiza a la doctrina que exige como determinante para la afirmación del dolo el elemento volitivo. Nos referimos a la imposibilidad que tendría esta exigencia para explicar el denominado dolo de consecuencias necesarias.¹⁰ Antes revisemos un caso de manual que siempre se propone y que está relacionado con el dolo de matar a un político que viaja en un avión, para lo cual se colocan explosivos en la aeronave, logrando el objetivo del dolo, pero, además, atentando contra la vida de las demás personas que viajaban en el mismo avión junto con el político. El querer o la voluntad del autor no alcanza para el dolo de consecuencias necesarias o accesorias; sin embargo, el resultado se produce. Por tanto, habría un delito doloso en relación al político y no se podría afirmar el dolo en relación a los demás pasajeros, porque el sujeto del delito no quería ese resultado. En el ejemplo del chofer ocurre lo mismo. El conductor no tiene dolo de matar o lesionar a los pasajeros, más si de infringir la norma que regula la velocidad, es decir, comete de manera dolosa una contravención de

⁸ Roxin (1997), p. 415.

⁹ Sánchez-Vera (2004), p. 47.

¹⁰ Bacigalupo (1999), p. 323. Sánchez-Vera (2004), p. 48-49.

tránsito; sin embargo, no se podría afirmar el dolo en relación con las muertes y heridos provocados como consecuencia de su peligroso y riesgoso comportamiento porque el conductor no lo quería.

Finalmente, una de las críticas más importantes está relacionada con la dificultad probatoria que encierra la exigencia del elemento volitivo: ¿cómo descubrir y luego probar lo que ocurría en la mente del autor cuando decidió comportarse como lo hizo? ¿Cómo se prueba esa “voluntad” sin recurrir a criterios normativos?¹¹

En este sentido, como por designio se entiende al pensamiento o propósito del entendimiento aceptado por la voluntad,¹² resulta perfectamente plausible afirmar desde una perspectiva normativa y social, que es la que al caso interesa, que el designio es el conocimiento de que lo que se realiza o se procura realizar, que lo que se decide constituye un daño. El dolo es el conocimiento que implica que lo que realiza la persona es un daño. El dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento.¹³ Al menos esa es la opción dogmática de la que partimos.

4.2. La diferencia entre tipo objetivo doloso y culposo: exposición del problema a nivel dogmático

En este trabajo,¹⁴ se adopta una postura que explica que el tipo objetivo del delito imprudente no difiere en absoluto respecto del tipo objetivo del delito doloso, por lo que su diferenciación está en el lado subjetivo del tipo. La primera consecuencia relevante sería que la imputación objetiva y sus subinstitutos dogmáticos rigen de igual modo en ambas modalidades. Por tanto, la cuestión se centrará en una idea básica: el tipo objetivo del delito culposo o imprudente no se diferencia del tipo objetivo del delito doloso. Entonces, para alcanzar la imputación por imprudencia lo primero que habría que averiguar es si se ha cumplido con el tipo objetivo mediante los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva; luego, se realizaría el examen sobre la tipicidad subjetiva. En el ámbito de la tipicidad subjetiva se propone entender la imprudencia desde una perspectiva social y fun-

cional, a partir de la estructura intelectual-normativa: conocimiento-no-conocimiento, haciendo especial énfasis en que la naturaleza de la imprudencia se encuentra en la cognoscibilidad debida y personalmente evitable.

Generalmente, se ha afirmado que para configurar un tipo penal en concreto que permita la punición por culpa o por imprudencia debe establecerse una conducta o varias que tengan como núcleo la infracción del deber de diligencia o de cuidado;¹⁵ en este sentido, cuando esta tarea no se realice así, el tipo carecería de determinación. Es importante señalar que esta exigencia normativa para la tipificación se estructura en relación con los tipos imprudentes y no con los tipos dolosos. En este sentido, esta observación constituiría ya una pauta del problema interpretativo que se cierra alrededor de la estructura del tipo imprudente (y de la solución que proponemos), porque, si se asume que en el tipo objetivo hay una diferencia entre tipo doloso y culposo, se estaría condicionando el apareamiento de otra crítica. Esto, debido a que se podría señalar que cuando no esté establecido típicamente el deber de cuidado que configura el tipo culposo o imprudente, el tipo carecería de determinación.

Considero que lo anterior es en todo caso discutible, porque, aunque se sostenga que el tipo objetivo del delito culposo tiene como fundamento el deber objetivo de cuidado, esto no significa que no sea reconducible o que no quede contenido en el concepto de riesgo prohibido. Así, los criterios de imputación objetiva operan de igual manera en los tipos objetivos que se explican subjetivamente, ya sea por dolo o por imprudencia. Lo que ocurre en la cabeza del autor (metafórica y realmente) está en el hecho, y lo que está en el hecho se infiere o explica subjetivamente por dolo o culpa sin que quepa afirmar que el hecho es distinto objetivamente.

Por ejemplo, si A dispara a B con conocimiento de que producirá su muerte, en la parte objetiva del tipo este comportamiento no se diferencia en nada

¹⁵ Esta interpretación se podría deducir también de lo que establece el COIP en su artículo 27. Sin embargo, esta estructura más bien corrobora nuestra posición porque, como se verá, esta referencia no nos dice nada respecto del deber (objetivo de cuidado) y tampoco nos permite deducir que en el delito doloso la configuración de la responsabilidad se realice de un modo especialmente distinto o materialmente diferenciado. Lo que sí nos exige esta redacción es la definición de lo que la culpa es, porque el legislador no nos ha dicho nada al respecto, tan solo se ha limitado a explicar, y de manera bastante limitada, cómo se produce la culpa.

¹¹ Sánchez-Vera (2004), p. 50-52. Ragués (2002), p. 16-19.

¹² Rae (2014).

¹³ Ragués (2002), p. 13.

¹⁴ Este trabajo constituye una continuación, actualización y adaptación a la legislación ecuatoriana de las investigaciones previas: Calderón Tello (2016) y Calderón Tello (2017).



respecto de aquel en el que C dispara a D por error porque ignora que detrás de un arbusto sobre el que dispara con el propósito de probar el funcionamiento de su arma de fuego hay un vagabundo durmiendo y lo mata. Lo anterior, debido a que el tipo objetivo del artículo 144 COIP señala que responderá jurídicamente “la persona que mate a otra”, y el artículo 145 COIP, que regula el homicidio culposo, utiliza una estructura semejante: “la persona que [por culpa] mate a otra”. Así que quien matare a otro, no mediando causas de justificación o de inimputabilidad, habrá configurado con su comportamiento el tipo objetivo. Hasta aquí, la objetivación de lo subjetivo no es diferente, ya sea que el autor haya actuado con dolo o culpa. En el caso de C, se podrá afirmar que, como no ha obrado con dolo o conocimiento de matar, podrá ser responsabilizado por un homicidio imprudente, por un delito de homicidio culposo. Por eso, lo que precisamente haremos ahora será exponer y explicar teóricamente cómo se debe imputar por delitos culposos o imprudentes.

4.3. Tipo objetivo del delito culposo o imprudente: normativización del deber objetivo de cuidado

Se ha sostenido que los tipos imprudentes no constituyen criminalización concreta de acciones. Las acciones imprudentes se prohíben en la medida en que el resultado prohibido se produce cuando el actor, el sujeto activo del delito imprudente, produce el resultado a partir de una concreta forma de actuar. Ese resultado debe corresponderse con un riesgo jurídicamente desaprobado, y no desaprobado en general por el derecho, sino desaprobado por la norma concreta. El riesgo debe ser aquel que la norma procura, en definitiva, evitar. Los tipos imprudentes exigirán la concurrencia tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado. La construcción moderna del delito imprudente expresa la necesidad de una valoración normativa del riesgo creado y de la imputación objetiva del resultado.¹⁶ Lo importante será determinar cuándo un comportamiento imprudente es objetivamente imputable a partir de la superación del riesgo permitido y su correlativa realización en el resultado prohibido por la norma penal.¹⁷

Con esto no se quiere afirmar que el delito imprudente constituya una concreta infracción (u omisión) del deber de cuidado, por cuanto en sí no existe un concreto deber de cuidado. Lo que sí se afirma es que el sujeto destinatario de la norma de determinación no debe realizar comportamientos que superen el riesgo permitido y, de este modo, evitar que esta superación del riesgo se concrete en un resultado prohibido. No se trata de que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente en el mismo sentido que se le exige respecto de los comportamientos dolosos.¹⁸

En esta construcción, los presupuestos de la imputación y de la infracción del deber de cuidado son semejantes.¹⁹ A este nivel del examen de la imputación objetiva no existen diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente.²⁰ Porque el tipo objetivo requerirá siempre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente imputable al autor.²¹ Por tanto, no es la infracción de un indeterminado *ex ante* más si determinable *ex post* deber objetivo de cuidado por lo que se imputa una responsabilidad jurídico-penal a una persona, se imputa porque su comportamiento ha creado o sobrepasado los límites de los riesgos jurídicamente permitidos en el catálogo de prohibiciones de la ley penal. Luego, se debe indagar si esa objetivación o realización del tipo objetivo responde a una subjetivación vía dolo o vía imprudencia.

Aunque se ha sostenido que el núcleo de la tipicidad objetiva en el delito imprudente es la infracción del deber de cuidado,²² esto no es (del todo) cierto.²³ Al sujeto no se le reprocha un no cumplir *per se* con un deber de cuidado, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por

¹⁸ López (2010), p. 284.

¹⁹ Sobre la imputación objetiva, entre otros: Jakobs (1998), p. 9; Kindhäuser (2006), p. 65; Müssig (2006), p. 96 y ss.; Hilgendorf (2002), p. 93 y ss.; Feijóo Sánchez (2007), p. 63; Gimbernat (2013a), p. 36; Gimbernat (2013b), p. 97.

²⁰ Roxin (1997), p. 1000; Bacigalupo (1998), p. 246-247; Bacigalupo (1999), p. 342; Jakobs (1995), p. 223 y ss., 343; Pérez del Valle (2012), p. 134; Gimbernat (2013a), p. 36 y *passim*, aunque este autor no lo diga directamente, se deduce de la argumentación; en contra, Mir Puig (1988), p. 677; Gössel (2012), p. 100.

²¹ Feijóo Sánchez (2001), p. 35 y ss., 51 y ss., 68 y ss., 88 y ss., 236.

²² De otra opinión, Mir Puig (2011), p. 292, para este autor, en la última edición de su manual, sigue siendo el núcleo del delito imprudente la infracción del deber de cuidado; en el mismo sentido, Cobo, Vives (1999), p. 634.

²³ Por todos, Bacigalupo (1996), p. 213.

¹⁶ Bacigalupo (1998), p. 244.

¹⁷ Jakobs (1997), p. 171.

el fin de protección del tipo imprudente.²⁴ Si el tipo imprudente es de lesión, además, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la acción,²⁵ porque los presupuestos de la imputación objetiva son reconducibles a los de la infracción del deber de cuidado.²⁶ Esto nos conduce a afirmar que para verificar si estamos ante un tipo imprudente no se requiere sino contrastar la conducta bajo los criterios de la imputación objetiva.²⁷ Sin embargo, en nuestra opinión, esta constatación no implica desechar el desarrollo que la doctrina y jurisprudencia han logrado del deber objetivo de cuidado,²⁸ puesto que para la determinación y concreción de la creación de un peligro no permitido será de mucha utilidad establecer los contornos del deber.²⁹ Lo importante es observar que este deber no fundamenta una diferenciación en el tipo objetivo imprudente respecto del tipo objetivo doloso, sino una diferenciación en el tipo subjetivo. Porque el deber que infringió el autor es el de conocer y así evitar producir el riesgo prohibido que su comportamiento generó o desencadenó. Su comportamiento típico objetivamente se explica como uno falto de previsión porque se infringió el deber de conocer y así evitar individualmente el comportamiento típico.

Cuando se hace depender lo injusto del delito imprudente en el deber objetivo de cuidado se señala que, como la ley no define para cada caso en qué consiste el deber objetivo de cuidado, se debe concretar en función del comportamiento típico de cada supuesto. Por lo que los tipos imprudentes serían tipos abiertos que necesitan ser completados³⁰ por medio de valoraciones judiciales.³¹ Una vez concretado el deber objetivo de cuidado, se deberá comparar entre este y la acción desplegada por el sujeto.³² Se concluye que, si el comportamiento del sujeto es consecuencia de la no observancia del deber objetivo de cuidado, estamos ante un delito imprudente. Para nosotros, los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, y

no solo eso, sino que además se constata que no están menos determinados que los tipos dolosos.³³

Ante la amplia posibilidad de supuestos a través de los cuales se podría realizar el resultado prohibido en los delitos dolosos, a nadie se le ocurre determinarlos uno por uno en un catálogo *ad infinitum* de riesgos prohibidos. El autor en el delito doloso y en el delito imprudente debe deducir la prohibición del comportamiento causante del resultado prohibido a partir de la prohibición de causar.³⁴ Deberá actuar u omitir de conformidad con lo determinado en la norma y no con lo determinado por el juez. Por tanto, no se podría criticar un tipo penal culposo o imprudente en concreto porque el legislador no haya determinado o expresado en el mismo texto legal el concreto deber objetivo de cuidado, cuya infracción produce la tipicidad en el tipo imprudente, a menos que se sostenga la necesidad de determinar de manera específica para todos los tipos penales un concreto deber de cuidado de quien tiene la obligación de respetar la norma de determinación. Esto obviamente constituye una exigencia material imposible de cumplir tanto para los delitos dolosos como para los culposos y, además, es incompatible con la propuesta que aquí se maneja, porque nosotros partimos de la innecesidad de un concreto deber objetivo de cuidado a determinar *ex post*, lo que conduce a afirmar que el tipo objetivo tanto en los delitos dolosos como en los culposos es el mismo.

4.4. Tipo subjetivo del delito culposo o imprudente: deber de conocer y evitar realizar el comportamiento típico

En suma, hasta este momento hemos visto que en el tipo objetivo no existe diferencia alguna respecto del tipo doloso y del tipo imprudente. En cambio, nosotros consideramos que es en la tipicidad subjetiva en donde se encuentra la diferenciación. En el tipo subjetivo del delito imprudente no se exige el conocimiento sobre la realización del tipo, de lo contrario nos encontraríamos ante una conducta dolosa. Lo que debe observarse es que ese conocimiento sobre la realización del tipo, conocimiento del resultado prohibido

²⁴ Roxin (1997), p. 1000; Jakobs (1995), p. 384 y ss.

²⁵ Bacigalupo (1996), p. 213; en sentido similar, Jescheck, Weigend (2002), p. 608-609.

²⁶ Roxin (1997), p. 1000.

²⁷ Con los mismos presupuestos, Zugaldía (1984), p. 321.

²⁸ Torio (1974), p. 26 y ss., quien pone de manifiesto varias repercusiones prácticas importantes.

²⁹ Roxin (1997), p. 1000.

³⁰ Welzel (2004), p. 113.

³¹ Jescheck, Weigend (2002), p. 607.

³² Welzel (2004), p. 113; en el mismo sentido, Bacigalupo (1984), p. 213.

³³ Jakobs (1995), p. 388.

³⁴ Como afirma Bacigalupo (2016), p. 18, esta idea implica negar "la categoría de los tipos abiertos o, cabe suponer, (se) estima que todos los tipos son abiertos".

do, era susceptible y exigible de ser conocido y, por tanto, evitable.³⁵

Desde esta perspectiva, en la imprudencia, al igual que en el dolo, el sujeto puede actuar de diferente manera en función del deber que le imponga el derecho.³⁶ Por tanto, comete un delito imprudente quien en los casos previstos por la ley causa un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido (o un error) por él evitable.³⁷ Este descuido ha sido comúnmente construido y caracterizado por la doctrina del siguiente modo: el descuido se configura mediante la infracción del deber objetivo de cuidado al que estaba obligado el sujeto, ya sea que no se percate de ello o que lo tenga por posible y, sin embargo, confíe en que el resultado prohibido no se producirá.³⁸ Lo característico y especialmente relevante es que en el tipo subjetivo del delito imprudente falta siempre el conocimiento de la realización del tipo, por lo que se caracterizaría de manera negativa.³⁹ El núcleo esencial de la imprudencia no es la falta del conocimiento, esto es lo que lo diferencia del dolo. Si la imprudencia es una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse,⁴⁰ no se exige la presencia de una especial motivación para actuar típicamente y es indiferente el conocimiento de lo antijurídico de su conducta. En el nivel en el que se encuentra la imprudencia es en el nivel de la posibilidad de ser conocido (cognoscibilidad) y aquí no se exige conocimiento, sino solamente la posibilidad de conocer y, en este sentido, evitar.⁴¹

De este modo, es fácil entender la postura que hemos mantenido respecto del tipo objetivo, porque en la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma.⁴² En la

comisión imprudente el autor debe omitir el hecho, en la omisión imprudente el autor debe realizarlo.⁴³ En la comisión imprudente el autor no debe obrar conforme a un deber de cuidado, como lo entiende un sector de la doctrina, sino que el autor debe omitir un comportamiento descuidado.⁴⁴ El tipo debe mostrar un desvalor de la acción que solo puede hallarse en los elementos constitutivos de la imprudencia, en la infracción de la norma, en la adecuación típica.⁴⁵ Para que opere la imputación jurídico-penal, se requiere la realización de un peligro creado por el autor típico que supere el riesgo permitido según aquello que protege la norma.⁴⁶ Las limitaciones del tipo objetivo que se realizan por la imputación objetiva afectan también al tipo imprudente.⁴⁷ Relevante jurídico-penalmente es solamente la previsibilidad (cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que sea individual) de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable.⁴⁸ Lo que se imputa en el tipo subjetivo imprudente es la infracción del deber de conocer el riesgo de realización del tipo penal en el sujeto concreto, porque de haber cumplido con su deber de conocer adecuadamente y no de manera defectuosa se habría evitado la configuración del comportamiento típico y su resultado prohibido. El tipo subjetivo de la imprudencia tiene como contenido la evitabilidad individual en el sentido de que el sujeto responde personal-individualmente por haberse colocado en la situación previa-posterior que configura (condiciona) el resultado prohibido.⁴⁹ En cada artículo del CP (en los que quepan ambas modalidades delictivas) se afirmaría subjetivamente lo siguiente: no debes con conocimiento (dolo) o estando en posibilidad de conocer (culpa) adecuar la conducta según los comportamientos establecidos en el tipo penal en concreto, de tal manera que se afirme que el autor ha realizado el resultado que la prohibición penal trataba de contra-motivar. En relación a cada tipo penal, se impone una pena a un culpable, sea por dolo o culpa,

³⁵ Bacigalupo (1999), p. 224, lo describe así: posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos.

³⁶ Jiménez de Asúa (1958), p. 377.

³⁷ Maurach (1962) p. 215.

³⁸ Jescheck, Weigend (2002), p. 604.

³⁹ Jakobs (1995), p. 382; con un desarrollo distinto, Quintano (1954), p. 45.

⁴⁰ Se trata de una definición negativa de la imprudencia para determinar qué es lo que siendo evitable no es dolo. Tanto en el dolo como en la culpa existe la posibilidad de conocer (cognoscibilidad), más en la imprudencia se exige un deber de conocer aquello que no conoce mientras que en el dolo el autor conoce.

⁴¹ Esto no descarta la construcción de una evitabilidad individual. La evitabilidad objetiva se concreta ya en el riesgo permitido y descansa en aquello que la norma exige. Así, Bacigalupo (1999), p. 224.

⁴² Jakobs (1995), p. 384; Roxin (1997), p. 999 y ss.

⁴³ Sánchez-Vera (2002), p. 66.

⁴⁴ En este sentido, Choclán (1998), pp. 12, 36. Aquí se relaciona el problema de la infracción del deber de cuidado a la superación de la imputación objetiva y sus institutos dogmáticos, p. 151 y ss.

⁴⁵ Roxin (1997), p. 998.

⁴⁶ Roxin (1997), p. 998.

⁴⁷ Roxin (1997), p. 999; Jakobs (1995), p. 384.

⁴⁸ Roxin (1997), p. 998, lo que está amparado por el riesgo permitido no es típicamente imprudente, ahora, un riesgo permitido no puede estar solo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca el injusto; Jakobs (1995) p. 385.

⁴⁹ Pérez del Valle (2012), p. 161 y ss.

por no haber evitado colocarse y, de este modo, decidir y elegir estar en la situación en que se encontraba en el momento previo-posterior que configura (condiciona) el resultado prohibido.

Esta explicación de la imprudencia entronca con mucha facilidad con la concepción de la imprudencia como error, por lo que la imprudencia sería un supuesto de error de tipo.⁵⁰ La culpa descansa en un error de tipo relativo al sentido (causante o no impediendo del resultado) de la manifestación de la voluntad⁵¹ o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho.⁵² El fundamento del delito imprudente o culposo tiene como soporte un error sobre apreciaciones fácticas.⁵³ El contenido material de la imprudencia debía consistir en que el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho.⁵⁴

Modernamente, se puede afirmar que el fundamento de la punibilidad del delito imprudente está en la alta estimación y aprecio del autor al deseo de realizar lo que realiza sin interesarse respecto de lo que acontece antes de emprender la realización del hecho. En sentido negativo, no se interesa o no muestra interés (existen diferentes niveles de interés) respecto de los bienes jurídicos ajenos porque no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna.⁵⁵ El delito culposo se da cuando por error se produce un resultado prohibido, cuando por error el autor considera posible realizar su conducta porque ignoraba realmente las condiciones en las cuales obraba.⁵⁶ Para poder apreciar un delito culposo el error debe ser siempre vencible: la posibilidad de evitar el error hace que el sujeto activo del delito culposo deba responder.

De este modo, podríamos concluir que el moderno concepto de culpa o imprudencia se caracterizaría como una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar. Se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor

ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo.

5. Solución propuesta al caso concreto y fundamentos normativos de la tesis defendida

5.1. La naturaleza jurídico-penal de las infracciones de tránsito: delitos y contravenciones que se derivan del artículo 18 del COIP

El COIP en su artículo 18 establece que infracción penal “es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. Por tanto, todos los comportamientos prohibidos y, por tanto, delictivos establecidos en el COIP constituyen infracciones penales y, en ese sentido, tienen una misma naturaleza jurídica.⁵⁷ Esto cabe decir también respecto de las contravenciones. Todos en general aceptan que la norma penal es aquella que prohíbe un determinado comportamiento y que anuda a este comportamiento prohibido, como consecuencia jurídica, una determinada pena o medida de seguridad.⁵⁸ Por tanto, la interpretación que infiere diversas o diferentes naturalezas jurídicas para aquellos comportamientos delimitados por el ámbito de ocurrencia excede el marco que el COIP ha previamente establecido.

El artículo 18 del COIP constituye la piedra angular sobre la que se edifica todo el edificio de la teoría jurídica del delito desarrollada en el Título Primero del Libro Segundo de esta codificación. Todos los artículos que a continuación siguen realmente desarrollan y acotan, de una u otra manera, esta definición y delimitación legal, constante en el artículo 18. Los delitos establecidos por la Parte Especial del COIP deben observar de manera irrestricta aquellas definiciones y fundamentos materiales que la Parte General ha establecido. Por tanto, los delitos y las contravenciones en particular conservan los mismos elementos genéricos, y su sanción debe procurar el cumplimiento de las reglas generales. La naturaleza penal de estas infracciones viene acotada por constituir normas que prohíben la realización de determinados hechos bajo la amenaza de pena o sanción. No es el ámbito temporal o espacial en el que se producen los hechos los que determinan la naturaleza penal de aquellos, sino

⁵⁰ Bacigalupo (1999), p. 334; Jakobs (1995), p. 380 y ss.

⁵¹ Liszt (2007), p. 420; Jiménez de Asúa (1958), p. 377 y ss.; Bacigalupo (1999), p. 335. Crítico sobre esta cuestión ya en España, Dorado (1915), p. 430.

⁵² Liszt (2007), p. 420.

⁵³ Quintano (1954), p. 48.

⁵⁴ Liszt (2007), p. 420 y ss.

⁵⁵ Bacigalupo (1999), p. 338. Aquí se utiliza el verbo despreciar.

⁵⁶ Alimena (1947), p. 16; Núñez (1974), p. 80.

⁵⁷ Sobre esta forma de entender las normas penales, Vera Rivera (2016), p. 94 y ss.

⁵⁸ Gimbernat (2009), p. 17.

precisamente el hecho de constituir normas penales. Así, la definición previa de un comportamiento como culposo en atención al ámbito de ocurrencia —v. gr., infracciones de tránsito: delitos y contravenciones acaecidos en el ámbito del transporte y seguridad vial— constituye una definición normativamente incorrecta y metodológicamente inadecuada, porque no guarda asidero legal ni sentido dogmático.

Por tanto, aquella opinión extendida no directamente enunciada, pero que se extrae de la forma en la que se resuelve el problema de la imputación, sobre la diversa naturaleza que existiría entre los comportamientos delictivos que se producen en el “ámbito del transporte y seguridad vial” y los que no se producen en este ámbito, carece de fundamento dogmático y normativo y debe ser rechazada. Esto significa que no todos los comportamientos que se producen en este ámbito, en el del tráfico rodado, por este solo hecho constituyen infracciones de tránsito. Es preciso atender al concreto comportamiento realizado y luego verificar si responde a una subjetividad dolosa o culposa, para después determinar la responsabilidad que cabe. Esto porque, como hemos afirmado *ut supra*, en el nivel de examen del tipo objetivo no existen diferencias entre el delito doloso y el culposo: el tipo objetivo del delito imprudente requerirá siempre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente imputable al autor.

Las limitaciones del tipo objetivo del delito doloso que se realizan por la imputación objetiva afectan también al tipo imprudente. No se trata de que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente. En la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma; en la comisión imprudente el autor debe omitir el hecho; en la omisión imprudente el autor debe realizarlo, por lo que en la comisión imprudente el autor no debe obrar conforme a un deber de cuidado, como lo entiende un sector de la doctrina, sino que el autor debe omitir un comportamiento descuidado. En el delito culposo se debe estar en posición de garante para que se exija al sujeto la concreta obligación de evitar que el resultado se produzca; es necesario que el autor se encuentre en una situación de la que derive necesariamente el concreto deber de evitar el resultado prohibido, se debe estar en posición de garante.

El artículo 27 del COIP describe (legalmente) cuándo nos encontramos ante un comportamiento culposo afirmando que: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”. Sin embargo, de esta norma *per se* no se puede inferir ni directa ni indirectamente cuál sería la diferencia entre un comportamiento prohibido por la ley penal en el que se aprecia dolo y otro en el que la explicación de la objetivación del hecho se encuentra en la culpa (como subjetivación). Se podría señalar que el referido y transcrito artículo 27 del COIP lo que realmente realiza es resaltar la equiparación normativa que existe entre el tipo objetivo del delito doloso y el tipo objetivo del delito culposo. *Prima facie*, la única diferencia entre el comportamiento doloso y culposo, que se deriva del análisis de este artículo, estaría en la punibilidad de los últimos (de los comportamientos culposos) exclusivamente en aquellos hechos productores de un resultado dañoso.

Por su parte, el artículo 26 COIP, que, entre otras cosas, habla del dolo, señala que “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”. En esta norma, y de manera radicalmente distinta a lo que ocurre con la culpa, el legislador ecuatoriano quiere explicar cuál es el contenido normativo de la subjetivación que se realiza en los tipos dolosos, afirmando que el comportamiento doloso se caracterizaría porque el autor del hecho “tiene el designio de causar daño”. Si el dolo es el designio o el conocimiento de causar daño, ¿qué es la culpa? Ya hemos advertido que el artículo 27 COIP no nos es de gran utilidad para responder a esta cuestión; lo que sí podemos afirmar es que, si existe una regulación particular y diferenciada de la culpa y el dolo, entonces la culpa y el dolo no son lo mismo, son cuestiones diferenciadas. También podemos afirmar que para el legislador ecuatoriano los hechos o la objetivación de la voluntad mediante hechos capaces de ser sancionables por la ley penal se explican exclusivamente a través de la subjetivación mediante dolo o culpa, por lo que existirán tan solo delitos dolosos y delitos culposos.

Por otro lado, el artículo 18 COIP, que señala que la infracción penal “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”, hace referencia exclusiva a hechos do-

losos o culposos; es decir, que la conducta será subjetivamente típica si se encuentra explicada por dolo o culpa. Entonces, el dolo es lo que la culpa no es y viceversa: cuando está presente el dolo, el hecho no puede ser culposo; cuando está presente la culpa, el hecho no puede ser doloso.

Pongamos un ejemplo. Una persona decide matar a otra porque se trata del amante de su esposa; sabe que todos los días toma el mismo camino para llegar caminando de su casa al lugar de trabajo y decide utilizar su vehículo para embestirle al cruzar la esquina. No se cometería un delito de tránsito a pesar de que el hecho se produce en el ámbito del transporte y seguridad vial, se comete un delito de homicidio. La calificación del hecho se encuentra establecida en la ley, en la norma penal. El sujeto ha adecuado su comportamiento a lo establecido en el artículo 144 COIP y, por tanto, es este tipo penal el que debe ser aplicado: el homicidio doloso.

Este debe ser el punto de partida del análisis: determinar ante qué tipo de comportamiento nos encontramos y no señalar que, porque el hecho se ha realizado en el ámbito del transporte y seguridad vial, de manera *a priori*, y sin justificación o motivación alguna, se trata de un delito de tránsito, entre otras cosas, porque la consecuencia inmediata está relacionada con la calificación del tipo subjetivo. Si se trata de una infracción de tránsito, debe seguir, en coherencia con la postura que nos encontramos analizando y criticando, que se trata de un comportamiento culposo. Y esto, al menos, resulta apresurado y atentatorio de los estándares normativos que deben imperar para garantizar la seguridad jurídica.

Por tanto, aquellas referencias directas que realiza la jurisprudencia en términos tales como “Para analizar las conductas descritas como delitos de tránsito es necesario resaltar, que las infracciones de tránsito, son culposas...”; “tomando en consideración que los delitos de tránsito son culposos tal como lo prevé el art. 108 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial...”; “al ser el caso que nos ocupa uno de aquellos delitos de tránsito que por su naturaleza son culposos...”; etc., resultan inadecuados e inseguros.

Después de la determinación normativa de ante qué tipo de comportamiento nos encontramos y de que se cumpla con rigor con las exigencias de la imputación objetiva, debemos analizar cuál ha sido la

subjetividad que ha producido aquel tipo objetivo; es decir, después de que se afirma la existencia de la tipicidad objetiva, solo después, cabe analizar si se trata de un comportamiento doloso o culposo. Esto es lo correcto tanto normativamente como dogmáticamente, si de lo que se quiere es de dotar de seguridad jurídica al proceso de imputación jurídico-penal. En este ámbito, el desarrollo que hemos realizado sobre la diferencia entre tipo doloso e imprudente nos permite ofrecer una respuesta. A continuación lo veremos.

6. Las consecuencias jurídicas de la naturaleza jurídico-penal de las infracciones penales (incluidas las de tránsito) en el ámbito de la tipicidad: análisis de los artículos 26 y 27 del COIP

A este respecto, cabe señalar que en el ámbito de la tipicidad se regulan el dolo y la culpa como requisitos de la imputación. Se podría afirmar, incluso, como fundamento de la imputación.⁵⁹ La tipicidad del delito doloso o culposo depende no solo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no solo objetivamente, sino también subjetivamente.⁶⁰ La atribución normativa del tipo subjetivo no se realiza en función del ámbito espacial o temporal en el que ocurre o se produce el hecho, sino en atención a la subjetividad que explica la objetivación del comportamiento producido. El comportamiento se produce porque ha existido designio de causar daño o porque el sujeto ha infringido su deber de conocer⁶¹ y no porque el hecho se realiza, por ejemplo, en el “ámbito del transporte y seguridad vial”.

En este nivel de la discusión no estamos dilucidando ni qué es el tipo subjetivo, ni cómo se produce. Lo importante está en determinar que la imputación al tipo subjetivo se realiza por la subjetividad del autor al momento de la comisión del delito, por lo que bien puede una persona en el “ámbito del transporte y seguridad vial” comportarse dolosa o culposamente, según la subjetividad que explique el comportamiento producido.

Recordemos nuestro ejemplo: si mientras un mecánico revisa un vehículo encendido que se encuen-

⁵⁹ Kindhäuser (2007), p. 20.

⁶⁰ Bacigalupo (1999), p. 314.

⁶¹ Calderón Tello (2017), p. 117.



tra estacionado en la calle fuera de la casa, acostado debajo del mismo, el hijo del dueño del vehículo — mayor de edad—, que está sentado en el asiento delantero del mismo escuchando música, por descuido mueve la palanca de cambio en un movimiento para acomodarse de mejor manera en el asiento, lo cual genera el movimiento del vehículo, que pasa por encima del mecánico y produce su muerte, el hijo del dueño habrá producido con este hecho un homicidio castigado con la pena del artículo 145, que regula el delito de homicidio culposo.

Como hemos señalado antes, en la imputación subjetiva culposa falta siempre el conocimiento de la realización del tipo, razón por la que se caracteriza de manera negativa. El núcleo esencial del tipo subjetivo del delito imprudente no es la falta del conocimiento; esto es lo que lo diferencia del dolo. La imprudencia es una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, por lo que no se exige la presencia de una especial motivación para actuar típicamente; es indiferente el conocimiento de lo antijurídico de su conducta. En el nivel en el que se encuentra la imprudencia, en el nivel de la posibilidad de ser conocido (cognoscibilidad), no se exige conocimiento, sino solo la posibilidad de conocer y, en este sentido, evitar. La imprudencia se caracterizaría como una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar. Se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. Relevante jurídico-penalmente es solamente la previsibilidad (cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que además sea individual) de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable. El fundamento de la punibilidad del delito imprudente está en la alta estimación y aprecio al deseo de realizar lo que realiza sin interesarse respecto de lo que acontece antes de emprender la realización del hecho. En sentido negativo, el autor no se interesa o no muestra interés respecto de los bienes jurídicos ajenos porque no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna.

Revisemos la cuestión diferenciadora con otro ejemplo: el transportista o chofer profesional que debe conducir un autobús lleno de pasajeros —52 en

total— y decide acelerar la marcha del vehículo en 130 km/h en un tramo en el que la velocidad máxima es de 70 km/h, y produce el volcamiento del vehículo por no poder aminorar la velocidad y mantener el control del vehículo; como consecuencia de la acción se produce un resultado que deja 26 muertos, 18 heridos graves, etc., además de los daños materiales. Difícilmente se podría argumentar que este comportamiento se produce por una subjetividad culposa por la sola circunstancia de producirse el hecho en el ámbito del transporte y la seguridad vial. En este caso y otros análogos, el autor del comportamiento prohibido actúa con conocimiento del peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, por eso se debe afirmar que actúa con dolo. A nuestro juicio, en este caso, al menos actúa con dolo directo, porque las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias.⁶² Lo que realmente conoce el chofer y transportista, y que es hacia lo que dirige su decisión y acción, es la infracción de los límites de velocidad; sin embargo, se debe afirmar que también conoce acerca de las consecuencias muy probables de su riesgosa acción, de modo tal que las asume aun cuando también se deba afirmar que no tiene ningún afán en que aquellas consecuencias de su comportamiento se produzcan. Es por eso que el comportamiento y su resultado le corresponden a título de dolo directo.

El artículo 26 del COIP regula la tipicidad subjetiva dolosa y afirma que “actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”. La doctrina afirma que el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto jurídico protegido (un bien jurídico): quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona obra con dolo, pues sabe lo que hace.⁶³

Reparemos nuevamente en nuestro ejemplo: el transportista o chofer profesional, que decide aumentar la velocidad del vehículo a 130 km/h en un tramo en el que la velocidad máxima es de 70 km/h, conoce que con su acción en exceso riesgosa está creando un peligro concreto para la vida y la integridad personal

⁶² Roxin (1997), p. 424.

⁶³ Bacigalupo (1999), p. 317.

de las otras personas que viajan con él en el autobús; sabe lo que hace, por eso no actúa de manera imprudente. Podríamos señalar que actúa con dolo directo o de segundo grado, es decir, aquel en el que se encuentran abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad,⁶⁴ porque el chofer profesional sabe que esa acción puede producir ese resultado y aun así decide comportarse de ese modo.

Es cierto que esta posición puede discutirse porque aquí partimos de la determinación del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta y de las circunstancias que acompañan a esta,⁶⁵ opción teórica que afirma que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.⁶⁶ Sin embargo, en lo que no cabe duda es que en este comportamiento “al menos” se verifica dolo eventual, porque actúa de este modo quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad⁶⁷ mediante la decisión de su realización.

En nuestro ejemplo, el chofer profesional conoce al menos de manera eventual que esa acción puede producir ese resultado de lesión para la vida de las personas y la integridad corporal de aquellas, y aun así decide comportarse de ese modo. Es por eso que debe responder por un delito doloso de homicidio y un delito doloso de lesiones. Sobre las penas a ser impuestas, se deberá atender a los concursos respectivos, sin embargo, debemos observar con detalle que el marco penal empezará según lo que establece el artículo 144 del COIP en los 10 años, y no como determina el artículo 377 de 1 a 3 años.

6.1. Criterios materiales para la prueba del dolo en los “mal llamados accidentes de tránsito”

A este respecto, un criterio material que podría servir de sustento a los efectos probatorios sería que su comportamiento se encuentra sumamente alejado de

lo que constituye el riesgo permitido.⁶⁸ Por esta razón, cabe deducir que su conocimiento de la peligrosa acción es relevante para el resultado. Las conductas que por su peligrosidad objetiva sobrepasen de manera relevante el riesgo permitido no deben ser consideradas como habituales ni objeto de habituación⁶⁹ (criterio de normalidad). Este nivel de conocimiento implícito en la decisión (en nuestro ejemplo: superar el límite de velocidad en términos muy alejados del riesgo permitido) deviene en la calificación dolosa del comportamiento. A modo de ejemplo: no es lo mismo superar el límite de velocidad en términos tales que quepa afirmar que se encuentra cerca del riesgo o peligro tolerado, en el ejemplo, de 70 a 80 km/h, que prácticamente duplicarlo, tal y como ocurre con nuestro conductor.

La situación se puede explicar de otro modo. Existen conductas especialmente aptas para producir un resultado lesivo y conductas neutras con respecto al mismo; sin embargo, existen comportamientos que, pese a ser aptos desde un punto de vista objetivo para la producción de determinados resultados no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos, estas serían las conductas arriesgadas neutras.⁷⁰ En estos casos, si se produce un resultado prohibido por la ley penal, se debe responder a título de culpa; esto, porque es socialmente interpretable que durante la ejecución del hecho se haya producido por parte del sujeto una no integración de la aptitud lesiva del riesgo. Por el contrario, la referida no integración del riesgo en el plano del conocimiento no se entenderá posible cuando el sujeto conduzca de tal modo que, ya en el plano objetivo, sea imposible explicar su forma de comportarse sin interpretar que la creación de ese riesgo le pertenece de manera total. En estos casos no cabe la no integración en su conocimiento de la aptitud lesiva, por lo que difícilmente se puede afirmar que el sujeto actúa sin conocimiento; por tanto, no se debe imputar a título de culpa, sino de dolo.

⁶⁴ Roxin (1997), p. 415.

⁶⁵ Ragués (1999), p. 352.

⁶⁶ Ragués (1999), p. 353.

⁶⁷ Roxin (1997), p. 415.

⁶⁸ En este sentido se manifiesta Jakobs (1997), p. 197 y ss. También Guanes (2012), p. 211 y ss.

⁶⁹ Guanes (2012), p. 215.

⁷⁰ Ragués (1999), p. 468 y ss.

7. Bibliografía citada

- Alimena, Francesco (1947): *La colpa nella teoria generale del reato* (Palermo, Editorial Priulla).
- Bacigalupo, Enrique (1996): *Manual de derecho penal* (Bogotá, Editorial Temis).
- Bacigalupo, Enrique (1998): *Principios de derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Akal).
- Bacigalupo, Enrique (1999): *Derecho penal, parte general*, segunda edición (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).
- Bacigalupo, Enrique (2016): “Prólogo”, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación* (Madrid, Editorial Aranzadi).
- Calderón, Lyonel (2016): *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación* (Madrid, Editorial Aranzadi).
- Calderón, Lyonel (2017): *Ensayo acerca del tipo culposo o imprudente en derecho penal y su relación con la imputación objetiva* (Madrid, Editorial Aranzadi).
- Cobo, Manuel; Vives, Tomas (1999): *Derecho penal, parte general*, quinta edición (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- Choclán, José (1998): *Deber de cuidado y delito imprudente* (Barcelona, Editorial Bosch).
- Díaz, Enrique (2007): *Dolo*, sexta ed. (primera 1999) (México D.F., Editorial Porrúa).
- Dorado, Pedro (1915): *El derecho protector de los criminales* (Madrid, Editorial Librería General de Victoriano Suárez).
- Estadísticas de transporte terrestre y seguridad vial, Fallecidos in situ por provincia a nivel nacional, agosto 2018, Dirección de Estudios y Proyectos, en <https://www.ant.gob.ec/index.php/noticias/estadisticas>.
- Feijóo, Bernardo (1998): “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: Sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de política criminal*, Nº 65.
- Feijóo, Bernardo (2001): *Resultado lesivo e imprudencia* (Barcelona, Editorial. J.M. Bosch).
- Feijóo, Bernardo (2007): *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid, Editorial Reus).
- Gimbernat, Enrique (1990): “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, *Jueces para la democracia*, Nº 10.
- Gimbernat, Enrique (2009): *Concepto y método de la ciencia del derecho penal* (Madrid, Editorial Tecnos).
- Gimbernat, Enrique (2013): “A vueltas con la imputación objetiva, la participación y el Derecho penal de la culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI.
- Gimbernat, Enrique (2013): “Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva”, en *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- Gössel, Karl (2012): “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia (‘Fahrlässigkeitslehre’)”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, dir. Ambos, K., Coord. Böhm, M. (Bogotá, Editorial Temis).
- Guanes, Manuel (2012): *El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial* (Madrid, Editorial Ramón Areces).
- Hilgendorf, Eric (2002): “Relación de causalidad e imputación objetiva a través de ejemplo de la responsabilidad penal por el producto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LV.
- Jakobs, Günther (1995): *Derecho penal, parte general*, trad. Cuello Contreras, J., Serrano González de Murillo, J. (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- Jakobs, Günther (1997): “El delito imprudente (1974)” en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, traducción y Estudio Preliminar por Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., Cancio Meliá, M. (Madrid, Editorial Civitas).
- Jakobs, Günther (1998): *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M., Bae (Lima, Editorial Grijley).
- Jescheck, Hans; Weigend, Thomas (2002): *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. Olmedo Cardenete, M., quinta edición (Granada, Editorial Comares).
- Jiménez, Luis (1945):. *Principios de derecho penal. La ley y el delito* (Buenos Aires, Editorial Sudamericana).
- Kindhäuser, Urs (2006): “Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX.

- Kindhäuser, Urs (2007): *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo* (Lima, Editorial Grijley).
- Laurenzo Copello, Patricia (1999): *Dolo y conocimiento* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- Liszt, Franz (2007): *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Valleta).
- López, Jacobo (2010): *Tratado de derecho penal* (Pamplona, Editorial Civitas).
- Maurach, Reinhart (1962): *Tratado de derecho penal*, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J. (Barcelona, Editorial Ariel).
- Mir, Santiago (1988): “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI.
- Mir, Santiago (2011): *Derecho penal, parte general*, novena edición (Barcelona, Editorial Reppertor).
- Müssig Bernd (2006): “Aspectos teórico-jurídicos y teóricos-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX.
- Núñez, Ruperto (1974): “La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVII.
- Pérez, Carlos (2012): *La imprudencia en el derecho penal* (Barcelona, Editorial Atelier).
- Pomares, Esther (2004): *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes* (Granada, Editorial Comares).
- Quintano, Antonio (1954): “Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo VII.
- Ragués, Ramón (1999): *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, Editorial Bosch).
- Romeo, Carlos (2005): *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo* (Granada, Editorial Comares).
- Roxin, Claus (1997): *Derecho penal, parte general*, Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, traducción de la segunda edición alemana y notas por: Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J. (Madrid, Editorial Civitas).
- Sánchez-Vera, Javier (2002): *Delito de infracción de deber y participación delictiva* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- Sánchez-Vera, Javier (2004): “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo Zapater* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- Torio, Ángel (1974): “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVII.
- Vera Rivera, Carmen (2016): *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva* (Madrid, Aranzadi).
- Welzel, Hans (2004): *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. CERESO MIR, J., (Montevideo, Editorial B de F).
- Wessels, Johannes (1980): *Derecho penal, parte general*, trad. Finzi, C., sexta ed. alemana 1976 (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- Zugaldía, José (1984): “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia No. 844-2009-C.T., Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 77, 11-XII-2013.
- Sentencia No.: 365-12, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial, Transito de la Corte Nacional de Justicia, en el Juicio Penal No.: 299-2012.
- Sentencia No.: 048-2015, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial, Transito de la Corte Nacional de Justicia, Juicio Penal No.: 1063-2014.
- Sentencia No. 1099-2009-C.T., de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 77, 11-XII-2013.

NORMATIVA CITADA

- Código Orgánico s/n (10/02/2014), Código integral de las normas penales del Ecuador.
- Ley Orgánica s/n (7/08/2008), Normas de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.
- Ley Orgánica N° 10 (23/11/1995), Código Penal español.



Estudio comparativo de la función policial



Gustavo Yllanes Bautista

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

RESUMEN: A lo largo de la historia la Policía se ha convertido en una institución que se ha preocupado por el cuidado y el orden de la ciudadanía, tanto los modelos europeos, que han seguido una tradición en cuanto a la conformación de sus fuerzas del orden, como los modelos latinoamericanos que intentan adoptar un modelo propio, tratando de resolver sus graves problemas de desigualdad y violencia. En su estudio comparativo encontramos distintos contrastes que enriquecen la visión de aquellos modelos policiales que intentan crecer y resolver sus necesidades, ante un reclamo ciudadano cada vez más fuerte, por lo que apreciar otras fórmulas de seguridad aporta otras soluciones ante los graves problemas de seguridad que día a día padecemos.

PALABRAS CLAVE: policía, modelos policiales, estudio comparativo.

ABSTRACT: Throughout history the Police have become an institution that has been concerned with the care and order of citizenship, both the European models that have followed a tradition in terms of the formation of their forces of order, as well as the Latin American models that try to adopt their own model, trying to solve their serious problems of inequality and violence. In their comparative study we find different contrasts that enrich the vision of those police models that try to grow and solve their needs, before a citizen complaint increasingly stronger, so appreciate other security formulas provides other solutions to the serious security problems that we suffer every day.

KEY WORDS: police, police models, comparative study.

SUMARIO: 1. Esquema comparativo de la función policial. 2. Los modelos policiales anglosajón y continental. 3. La Policía Nacional francesa; 3.1. La Gendarmería Nacional francesa. 4. El modelo policial de España (la Guardia Civil española). 5. La Policía italiana (Polizia di Stato). 6. Las fuerzas policiales latinoamericanas; 6.1. El modelo policial en Chile (los Carabineros de Chile); 6.2. El modelo policial en Brasil (la Policía comunitaria brasileña); 6.3. El modelo policial en México. 7. Conclusiones. 8. Fuentes.

Rec: 15-01-2019 | Fav: 15-02-2019

Estudio comparativo de la función policial

La simbiosis entre la policía y el poder perdurará a lo largo de su historia

MARTÍN M.

1. Esquema comparativo de la función policial

A través del recuento del surgimiento de los modelos policiales, muy de la mano con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, podemos apreciar un parteaguas histórico del que se desprenden dos modelos: por un lado, el modelo continental, y, por otro, el modelo anglosajón. Este último de corte civil más apegado al ciudadano. Todo esto servirá para entender los distintos modelos y las repercusiones que han tenido a lo largo de la historia.

Para este ejercicio comparativo, resulta importante conocer el surgimiento de los diferentes modelos policiales que hoy en día le dan sentido a la formación policial, y que han sido resultado de la evolución histórica del poder público. Ante esto, la importancia de la democracia —ya sea el orden público y la seguridad ciudadana— es la forma más clara de entender el rol que asume el ciudadano en la aspiración de tener una Policía que también sirva a los intereses del pueblo y no del Estado.

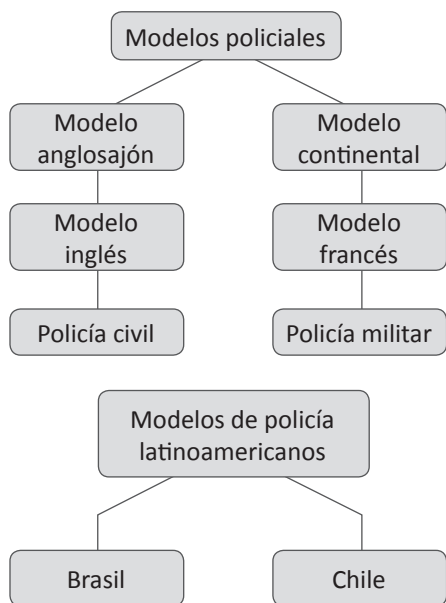
Por modelo policial debemos entender al conjunto ordenado de normas, órganos, recursos y procedimientos relacionados entre todos ellos, que articulan y actúan de forma coordinada con la finalidad de contribuir a garantizar la seguridad de los ciudadanos.¹

Francia ha sido el modelo a seguir por distintos países en la conformación de una policía centralizada y militarizada, como lo es la gendarmería francesa, ya que es uno de los modelos policiales más antiguos del mundo. Además de ser militarizado, este modelo no pierde de vista el servicio, atención y cuidado de los ciudadanos, por lo que ha servido a países como España e Italia como modelo a seguir, y representa en la formación del policía una opción viable para realizar las tareas de un profesional a cargo del cuidado del orden y de la ciudadanía de manera eficiente.

Se hace necesario incluir en el estudio comparativo a modelos europeos como los de Francia, España e Italia, puesto que representan de algún modo la columna vertebral sobre la cual se ha perfeccionado el modelo policial que ha servido para otros países, principalmente en Latinoamérica. En el aspecto de Chile y Brasil, ambos representan el ejemplo de que sí se puede apostar por la continuidad y la profesionalización. En el caso de Chile, se trata de uno de los modelos policiales más destacados en nuestro continente y ha perdurado y se ha perfeccionado a pesar de ser un modelo centralista. El estudio comparativo ha servido para analizar el panorama mundial y además estudiar dos modelos que enfrentan los mismos problemas que México y, sin embargo, han obtenido resultados satisfactorios.

Al menos en Chile, su modelo de carabineros ya tiene reconocimiento a nivel internacional por ser una de las policías que cuenta con mayor respeto y aceptación ciudadana, algo que no ha sido sencillo para un país que enfrenta diferentes problemas —al igual que México—. Ha sobresalido en la formación de profesionales en el desempeño policial, por lo que sus diferentes programas son dignos de ser tomados en cuenta, pues tienen evidentes resultados eficientes y que destacan en América Latina. Estos programas tienen una tradición de muchos años en los que no se ha cambiado el modelo policial, sino que —además de ser evaluado por ciudadanos— se ha creído en él y se

Figura 1. Esquema tipos de modelo



¹ Jar Couselo, Gonzalo, Modelos comparados de policía, España, Dickinson, 2000, p. 14.

Cuadro 1. Esquema comparativo de la función policial

Modelo policial	Esquema de actuación	Funciones principales	Tipos de servicio	Estructura organizativa	Apoyo ciudadano
Francia	Preventivo	Investigación Gubernativa	Estado ciudadano	Dualismo civil, militar	Fuerte
España	Preventivo	Investigación orden público	Estado ciudadano	Civil militar	Fuerte
Italia	Preventivo	Investigación orden público	Estado ciudadano	Centralizado	Fuerte
Chile	Preventivo	Investigación orden público	Estado ciudadano	Civil militar	Fuerte
Brasil	Preventivo	Investigación orden público	Estado ciudadano	Civil militar	Débil
México	Represivo reactivo	Orden público	Estado	Centralizado	Débil

Elaboración propia con base en Barrón Cruz, Martín Gabriel.²

ha respetado su continuidad sin reinventar un modelo que, por supuesto, les ha dado resultados.

En el caso de Brasil, es importante apreciar los cambios que ha sufrido la policía en ese país, ya que tiene coincidencias con México en cuanto a los temas de corrupción, concentración de la riqueza, sobrepoblación, contaminación y conflictos políticos; pero al menos han apostado por una verdadera profesionalización del policía y un acercamiento al ciudadano que ha costado muchos años, pero con resultados favorables en un país donde existen problemas serios de incidencia delictiva. Sin duda, no es un modelo tan destacado como el chileno, pero es interesante el análisis a partir del hecho de que Brasil enfrenta los mismos problemas que México, y no han improvisado en cada cambio político con nuevos modelos policiales; al contrario, han reforzado los puntos débiles con capacitación y profesionalización en la formación policial.

El presente esquema señala los principales aspectos de la función policial respecto a diferentes rubros, en los que destaca el esquema de actuación, que señala la manera en la cual las instituciones actúan frente al delito. Al menos en México, la actuación es repre-

siva y reactiva, lo cual significa que se actúa en el momento en el que se llevan a cabo los hechos, sin que los programas preventivos que ayudarían en mucho la función policial lleguen a funcionar. Sin embargo, la forma idónea de actuación es de manera preventiva, antes de que suceda el evento delictivo.

En cuanto a los tipos de servicio, los países comparados en su mayoría manejan un esquema entre el Estado y el ciudadano. Al menos en el intento de reinventar la función policial, en México cada cambio de gobierno tenemos que, si en algún momento se procura democratizar la función policial y darle al ciudadano mayor acercamiento en cuanto a su seguridad, esto no es apreciable en la realidad, en cuanto a que funciona solo en el discurso o como logo de las patrullas rotuladas con la leyenda de proximidad social, pero pocos son los elementos policiales que entienden dicha función.

El esquema comparativo muestra un rubro respecto a la estructura organizativa. La mayoría de los países comparados tienen un modelo consolidado en cuanto a una policía civil y militar. El modelo centralizado, por otro lado, obedece a que las disposiciones, ordenamientos y certificaciones, en el caso de México, emanan de la Federación. Esto significa un problema incluso de coordinación, y el ejemplo más

² Barrón Cruz, Martín Gabriel, *Alternativa a la seguridad: Gendarmería o Guardia Nacional, México, inacipe*, 2015, p. 134.

Estudio comparativo de la función policial

palpable es el mando único, el cual es ya una exigencia en el protocolo de actuación que emana del centro, donde nuestro sistema en ningún momento ha llegado a estar consolidado, principalmente por los vaivenes políticos.

Como último rubro a destacar, tenemos el apoyo ciudadano, el cual en la mayoría de los países comparados cuenta con un fuerte impulso debido a que su estructura ha sido mejorada con el paso del tiempo. En el caso de Brasil, el apoyo ciudadano es débil, ya que está en un proceso de consolidación en el que se han preocupado por tener un acercamiento ciudadano apoyado por una debida profesionalización. En México, la debilidad institucional, la falta de confianza, la corrupción y la falta de democratización en la función policial han provocado una falta de sensibilidad y débil atención al ciudadano; a pesar de la incorporación y el énfasis al respeto hacia los derechos humanos, esto aún no es una realidad palpable.

2. Los modelos policiales anglosajón y continental

Cuando la Revolución francesa consagra el principio fundamental de que la ley es la garantía de los derechos del ciudadano se pone fin al despotismo, incluida su variante más moderna de despotismo ilustrado, y, al menos Francia, en palabras de Ballbé, se consagra el “acta de defunción del Antiguo Régimen”. En el Artículo 12 de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se establece que: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad de aquellos que la tienen a su cargo”.³

Ante una crisis y autoritarismo nace un nuevo orden en las ideas del liberalismo, el cual pretende generar una fuerza pública para el servicio de los ciudadanos. Es a partir de este momento histórico donde lo moderno se hace presente con el fin al despotismo. Dentro del liberalismo imperante se confrontan dos modelos de policía: el anglosajón (inglés) y el continental (francés), ambos con un sentido de legitimidad. En el modelo inglés se denominaba la Policía del Pueblo, y en el modelo francés se crea la Policía del Príncipe.⁴

El modelo anglosajón propone una separación entre el ejército y la policía, encontrando un modelo de protección meramente civil, por lo que no se diseñaba una fuerza del orden aislada de la sociedad, sino que se proponía en la base de un cuerpo local; mientras tanto, el modelo continental se caracterizaba por tener estructuras militares y su despliegue en el ancho de todo el territorio era a través de un sistema de información a nivel nacional y distante de la sociedad.

Tal como la entendemos, la citada información nos revela un antecedente en la visión moderna de la creación de los cuerpos policíacos, que además iban acordes al régimen político imperante; es decir, nacieron como parte de un cambio social y en la aplicación de un sistema político dentro del cual se comportaban de acuerdo con los intereses de quien gobernaba. Por tanto, es de sumo interés, para efectos de la investigación, comprender el inicio de los modelos a seguir en el viejo continente.

Los dos modelos planteados, para efectos de la investigación, sirven para distinguir las variantes establecidas, ya que a partir del nacimiento del Estado moderno encontramos un punto de partida para poder señalar cómo se ha establecido el tipo de instituciones policiales; así como el hecho de que muchos países han copiado de alguna manera estos dos modelos que, es cierto, surgieron a partir de una evolución natural y no por decreto.

3. La Policía Nacional francesa

La Policía francesa nace con el carácter que el Estado le atribuye, como un modelo continental militarizado que en su nacimiento fue conocida como la Policía del Príncipe. La Revolución francesa marcó un antes y un después respecto de la conformación de las fuerzas del orden, ya que tras el cambio político y de gobierno, las estructuras de la burguesía, tal como se venían manejando, cambiaron ante la inminente formación de un Estado liberal, por lo que pasó a ser una Policía de Estado.

La policía de la capital se militarizó poco a poco, mientras que las guardias francesas se transformaban en agentes de Policía. Las tropas burguesas fueron consideradas ineptas para el mantenimiento del orden, que se confió a la Guardia de París y al Ejército.

³ Jar Couselo, Gonzalo, “El papel de la policía en una sociedad democrática”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Reis, España, núm 85, 1999, p. 202

⁴ Vid. Jar Couselo, Gonzalo, “El papel de la policía en una so-

ciudad democrática”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Reis, España, 1999, p. 202-203.

En 1789, la primera no contaba más que con cerca de 1 500 hombres, bajo el mando de del secretario de Estado de la casa del Rey. Así que las guardias francesas, en un principio simple grupo de intervención, se convirtieron en responsables de la seguridad cotidiana.⁵

El sistema de policía francés se ha caracterizado tradicionalmente por dos elementos principales: el centralismo y el dualismo. La Policía francesa es una Policía de Estado, es decir, depende de la autoridad exclusiva del poder central ejecutivo y tiene como prioridad el mantenimiento del orden público. Su finalidad es detener y reprimir las manifestaciones de desorden y ataques contra las normas de derecho. Como consecuencia de la centralización política y administrativa que data del Antiguo Régimen, la policía francesa ha conservado esta dimensión marcadamente coercitiva, al margen de la llegada del régimen republicano.⁶

Con respeto al carácter dualista, este procede de la existencia de dos cuerpos de Policía diferentes, no por el marco jurídico de sus acciones, sino por su estatuto, su historia y su sistema de organización y funcionamiento: la Policía Nacional (cuerpo civil formado por unas 130 000 personas) y la Gendarmería (cuerpo militar formado por unas 100 000). Existen numerosas diferencias entre ambos cuerpos policiales; por ejemplo, los miembros de la policía tienen derechos sindicales, y los gendarmes, no, ya que se trata de un cuerpo militar.⁷

Ante este dualismo en la conformación de la estructura como institución policial, tenemos una Policía de orden civil y otra militar. Dada su naturaleza, atienden diferentes tipos de problemáticas, cuando trabajan en común los mismos objetivos, estos dos tipos de policía funcionan de manera coordinada.

El dualismo del sistema francés apareció durante la época del absolutismo monárquico, con el desarrollo de dos cuerpos: uno se responsabilizaba de la seguridad del campo (la Policía Montada, que en

1791 se transformó en Gendarmería Nacional), y otro que se encargaba de la seguridad de las ciudades (la ronda y los intendentes de policía fuera de la capital y la Lugartenencia General de la Policía de París, que originó en la época contemporánea las policías municipales nacionalizadas, origen de la Policía Nacional en 1966).⁸

3.1. La Gendarmería Nacional francesa

La Gendarmería Nacional es una de las instituciones francesas más antiguas que existen y es la heredera del cuerpo militar de caballería de Francia, fuerza militar que durante siglos fue el único cuerpo que ejercía en Francia las funciones de la policía. La Gendarmería Nacional es una fuerza de policía con estatuto militar subordinada al Ministerio de Defensa para las misiones militares y bajo la tutela del Ministerio del Interior para las misiones de la policía. Los gendarmes se encargan normalmente del mantenimiento del orden en las zonas rurales y las zonas llamadas *periurbanas*. La Gendarmería debe estar al servicio de los ciudadanos e intervenir en todas las situaciones que ameriten su presencia dentro de la sociedad. Es la garante del respeto de las libertades y principios democráticos. Dentro de su organización, el cuerpo de la Gendarmería comprende tanto militares (oficiales, suboficiales y voluntarios) como civiles (funcionarios y obreros de Estado).⁹

Los objetivos de vigilancia por parte de la Gendarmería francesa se establecen en:

- la observación minuciosa de los lugares y de personas para identificar cualquier indicio de infracción;
- el control represivo que obliga a respetar las leyes y reglamentos, y
- el contacto con la población.

Las misiones específicas de la gendarmería francesa son las siguientes:

- misiones sobre el terreno, misiones militares;
- investigaciones criminales, misiones penales;
- Policía administrativa, aplicación de la ley.

⁵ Solé, Jacques, *Historia y mito de la Revolución francesa*, México, Siglo XXI, 1989, p. 116.

⁶ Dieu, Francois, *Las experiencias francesas de policía de proximidad*, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/240931/324781>, consultado el 14 de noviembre de 2018.

⁷ Dieu, Francois, *Las experiencias francesas de policía de proximidad*, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/240931/324781>, consultado el 14 de noviembre de 2018.

⁸ Ídem.

⁹ Arámbula Reyes, Alma, *Gendarmería Nacional Francesa*, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-CA-08-08.pdf>, Consultada el 15 de diciembre de 2018.

Estudio comparativo de la función policial

La Gendarmería está compuesta por dos subdivisiones: la Gendarmería Departamental y la Gendarmería Móvil. A su vez, cuenta con gendarmerías especializadas:

- Gendarmería Marítima
- Gendarmería del Aire
- Gendarmería de Transportes Aéreos
- Gendarmería de la Seguridad del Arma Nuclear

La Gendarmería francesa agrupa dos órdenes de funcionamiento: una Policía Nacional enfocada a labores de protección civil y la Gendarmería francesa con funciones militares de trabajo rural que comprende todas las regiones y brinda ayuda y protección a sus ciudadanos; en sus tareas diarias se muestra la disciplina y compromiso por llevar a cabo sus objetivos.

4. El modelo policial en España (la Guardia Civil española)

Cuando el Real Decreto número 2088, de 4 de octubre de 1929, concedió la Gran Cruz de la Beneficencia a la Guardia Civil y, por tanto, le otorgaba el título de Benemérita de forma oficial, quería hacerse justicia a la trayectoria mantenida desde el momento mismo de su creación. La distinción venía a reconocer de derecho lo que ya desde prácticamente 1844 era una realidad y, lo que era más significativo, su imagen ante el pueblo.¹⁰

El orden público constituyó un grave problema en el gobierno de Azaña, y también a lo largo de toda la República. Así, se creó la Guardia de Asalto y además se mantuvo la Guardia Civil. En su origen, esta había sido creada para luchar contra el bandolerismo, pero a la larga había quedado como responsable del orden en general. Sus actuaciones en el mundo rural no siempre fueron pacíficas y los campesinos la temían: las alusiones a la guardia civil en los poemas de García Lorca son muy expresivas:

Sobre las capas relucen
manchas de tinta y cera.
Tienen, por eso no lloran,
de plomo las calaveras.
Con el alma de charol
vienen por la carretera.
FEDERICO GARCÍA LORCA¹¹

En su origen, la Guardia Civil se constituyó como una administración militar, bajo un régimen de protección civil y de seguridad pública constituido por el Estado, encargado de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los españoles, además de garantizar la seguridad de todos los ciudadanos.

Desde su fundación, la Guardia Civil había actuado como verdadero garante del régimen oligárquico en el campo y favorecido el impulso centralizador del Estado mediante el establecimiento de un tupido sistema de cobertura preventiva del territorio propio de un virtual ejército de ocupación. Tercios compuestos por entre dos y cuatro comandancias; comandancias que coincidían con la división provisional, a excepción de Madrid y Barcelona, y cuyas fuerzas variaban en función de la superficie, densidad de la población, implantación de centros obreros o nivel de criminalidad. Con líneas y puestos o destacamentos de cuatro guardias y una clase de tropa como mínimo, colocados según la importancia de las localidades, los puntos estratégicos de comunicación, los centros obreros o las condiciones topográficas, aunque también a solitud de corporaciones e incluso particulares.¹²

A través de su historia, la Guardia Civil española no ha estado exenta de acontecimientos polémicos, como golpes de estado, revueltas civiles y otro tipo de situaciones que han representado la falta de equilibrio y crisis del Estado español.

La organización del nuevo organismo lo hará depender “del Ministerio de la Guerra en lo concerniente a su organización, personal, disciplina y percibo de sus haberes, y el ministerio de la gobernación en lo relativo a su servicio peculiar y su movimiento”. Inicialmente, se compondrá de 14 jefes, 232 oficiales y 5 759 guardias repartidos en 14 tercios, recuperando de este modo un término de gran tradición y prestigio

¹⁰ Real Academia de la Historia, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, Tomo CXCI, Enero-Abril 1994, p. 87.

¹¹ Fragmento “Romance de la Guardia Civil española”, tomado de Castro Oury, Elena. *La Segunda República y la Guerra Civil española*, Madrid España, Akal, 2000, p. 23.

¹² González Calleja, Eduardo. *La razón de la fuerza*, Madrid, CSIC, 1998, p. 44.

en la historia militar española, pues hace referencia a unidades selectas del ejército en la época de los Austrias. En cada uno de estos tercios se encuadraría un número variable de compañías de infantería y un escuadrón (o sección independiente) de caballería.¹³

Entre sus tareas, la Guardia Civil se encarga de abatir los problemas de delincuencia organizada y terrorismo, apoyados de la investigación de los delitos; así mismo, se ocupa de la vigilancia de todo el territorio español. En sus fronteras por mar y tierra tienen un despliegue para ordenar el ataque a la delincuencia.

5. La Policía italiana (Polizia di Stato)

El principal servicio policial italiano (el Arma dei Carabinieri) fue creado en 1814 con una orientación fuertemente militar, que aún conserva, explicable por la realidad política del país, sobre todo por la necesidad de un cuerpo policial centralizado (como sistema administrativo), fuerte y competente, capaz de enfrentar los conflictos internos ocurridos en 1815 y 1848.¹⁴

En Italia la Policía de Estado depende administrativamente del ministro del Interior, el Cuerpo de Carabineros (l'Arma dei Carabinieri) depende del ministro de Defensa, y la Guardia de Finanzas, del ministro de Finanzas. Sin embargo, el ministro del Interior guía y coordina todas las acciones relativas a la seguridad y el orden a través de un cuerpo nacional de seguridad en el que participan el secretario de Estado de Interior, el jefe de la Policía Nacional, el comandante general de los Carabineros y el comandante general de la Guardia de Finanzas.¹⁵

En el Ministerio del Interior existe una división de Seguridad que tiene las siguientes direcciones generales: Oficina de Coordinación y Planeación de Policía Judicial, de Policía Preventiva, de Informaciones Generales, de Personal y de Formación.¹⁶

La Policía de Estado se subdivide en Policía de Seguridad y Policía Judicial. En cada una de las 95 provincias existe una prefectura y un consejo provisional para el mantenimiento de la seguridad y el

orden. Estos ordenan al Questor y a los comandantes provisionales de los carabinieri y los guardias de finanzas. El Questor es el jefe de la fuerza provincial. El personal de la Policía de Estado es de cerca de 80 000 mil hombres.¹⁷

Junto con la Policía de Estado y la Guardia de Finanzas, los Carabinieri, tal cual como se les conoce en Italia, tienen una formación netamente militar y desde sus inicios han tenido un papel muy importante dentro de la unificación de Italia y los sucesos de la Segunda Guerra Mundial. El modelo policial italiano tiene un fuerte sentido de la disciplina cuyos objetivos, claros y prioritarios, son mantener el orden y la seguridad de todos los ciudadanos, y ha sido un modelo a seguir en diferentes países, tales como Chile, Venezuela y España, por citar algunos.

La estrategia y la disciplina militar forman parte de la tradición de los Carabinieri, quienes trabajan en conjunto institucionalmente en contra de todas las formas de manifestación del delito y tienen, además, una importante y completa formación como oficiales que comprende la parte táctica y estratégica, cultivan el conocimiento para ofrecer y garantizar eficiencia en todas las funciones que desempeñan en todas las áreas y para ofrecer íntegramente la respuesta más eficiente en contra de la delincuencia.

6. Las fuerzas policiales latinoamericanas

Las instituciones policíacas latinoamericanas son el corolario de una combinación de varios fenómenos. Se destaca la compleja relación existente entre la policía y el poder público, que en períodos prolongados de la historia ha padecido de características no democráticas. La policía se coloca al servicio del sistema político de turno, lo que implica una delgada línea entre el respeto al Estado de derecho y el actuar policial. Además, las policías latinoamericanas aún son tributarias de un modelo de organización centralizada y de tipo militar, como sucede, por ejemplo, con las policías de Brasil, los Carabineros (Chile) y la Policía Nacional del Perú. Este tipo de organización facilita el mantenimiento de la disciplina interna, pero requiere ajustes si se desea avanzar hacia modelos de administración más flexibles y que incentiven la cooperación con la comunidad.¹⁸

¹³ Historia de la guardia civil, disponible: <http://goo.gl/d30w0h>, consultada el 16 de diciembre de 2018.

¹⁴ Rico, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, Siglo XXI, 1997, p. 85.

¹⁵ González Ruiz, Samuel *et al.*, *Seguridad pública en México, problemas perspectivas y propuestas*, México, UNAM, 1994, p. 141.

¹⁶ *Ibidem*, p. 142.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Labra Díaz, Cynthia, "El modelo de policía comunitaria.

Estudio comparativo de la función policial

Los países latinoamericanos comparten los mismos problemas y han tenido una evolución histórica muy parecida, en el caso de los problemas existentes. Las instituciones policiales padecen de un claro centralismo, con un intento de militarización de las fuerzas del orden donde en algunos de los casos pierden sensibilidad respecto a los problemas que se presentan comunitariamente y los de carácter civil. Sin embargo, los modelos han colocado la necesidad de controlar en primer lugar los índices de delincuencia, pero en la mayoría de las instituciones policiales latinoamericanas existen problemas de corrupción y han intentado mejorar su estructura política y democratizarse para poder construir credibilidad ante la ciudadanía.

Cabe mencionar que las instituciones policiales de América Latina enfrentan como principales problemas:

- Las policías latinoamericanas son en su mayoría fuerzas de seguridad mal remuneradas, mal entrenadas, provenientes de una tradición militar y autoritaria y tienen una baja legitimidad entre la población. Consecuentemente, han estado mal preparadas para enfrentar el incremento del delito y la violencia.
- Es necesario realizar reformas profundas en las fuerzas policiales con el fin de que puedan ser un instrumento útil a la consolidación democrática y no un obstáculo en el proceso de consolidación. Entre estas reformas se encuentran: 1) descentralización, flexibilización y modernización de sus estructuras, recursos humanos y estrategias, y 2) generar su apertura para posibilitar una participación de la comunidad. De esta manera, se crearía una fuerza policial respetada, eficiente y honesta del tipo necesario para la región.
- Los mecanismos y las propuestas de reforma han sido tomados en su gran mayoría de las experiencias y modelos policiales de Estados Unidos y Europa Occidental.¹⁹

Los retos son importantes en países con los mismos problemas de pobreza y de seguridad; por lo mismo, su crecimiento no ha sido el esperado respec-

to al abatimiento de los niveles de inseguridad y sus policías se han enfrentado a un cambio institucional que viene de imitación y por decreto. Sin embargo, resolver estos problemas de bajos salarios y escasa formación es parte del primer paso para tener resultados en materia de seguridad.

La especialización de las instituciones en América Latina ha sido un proceso lento, ha representado la democratización de sus regímenes políticos para poder facilitar los objetivos en la mejora de policías para que estén a la altura de las necesidades a partir del respeto al Estado de derecho y los derechos humanos.

6.1. El modelo policial en Chile (los Carabineros de Chile)

Los Carabineros de Chile son un cuerpo militarizado que inicio su profesionalización tras la desaparición del pinochetismo, al inicio de la década de 1990. En este proceso han sido fundamentales los controles que la sociedad civil ha impuesto a la institución, así como los controles internos de gestión y monitoreo del Congreso chileno a sus labores y a una ejecución presupuestal basada en indicadores de desempeño. Estos tres tipos de controles (internos, legislativos y sociales) son esenciales para cualquier cuerpo policiaco.²⁰

El modelo chileno es una base que considerar como ejemplo para América Latina, pues la tradición y la eficiencia en los controles ha generado mayor confianza y respeto en la ciudadanía. A pesar de ser un modelo militarizado, no descuida el acercamiento y la atención de la seguridad, por ello la importancia de hablar puntualmente de Chile como el ejemplo a seguir y para aprender de sus experiencias con la finalidad de mejorar la función policial.

En Chile, las funciones policiales corresponden a los Carabineros y a la Policía de Investigaciones. La primera institución se creó en 1927, como resultado de la unificación definitiva de las policías fiscales y municipales y el cuerpo de Carabineros que formaba parte del ejército. La segunda se estableció en 1933. Por otro lado, el Servicio de Investigaciones y el Servicio de Identificación y Pasaportes se separaron de

El caso chileno", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3(1), año 2, 2011, disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3685355.pdf, consultado el 16 de diciembre de 2018.

¹⁹ Dammert, Lucia y Bailey, John, *Seguridad y reforma policial en las Américas*. México, Siglo xxi, 2005, p. 148.

²⁰ Buscaglia, Edgardo, *Vacios de poder en México, México, Debate*, 2014, p. 71.

Carabineros y pasaron a depender de forma directa del Ministerio del Interior.²¹

En su formación, cada carabinero aprende a entregar a la comunidad lo mejor de sí. Su misión es mantener la paz y la seguridad de toda la población. También trabajan para resguardar el orden público en espectáculos masivos, como partidos de fútbol y recitales. Dentro de sus funciones se incluyeron los servicios de Investigaciones y de Identificación, el Regimiento de Aduanas y las Fuerzas Especiales.²²

El modelo policial chileno agrupa dos principales funciones:

- a) Carabineros de Chile: policía militarizada que cumple en lo fundamental con funciones preventivas y de seguridad pública.
- b) La Policía civil: actúa como auxiliar de justicia en la investigación de los delitos.

Los principales retos que enfrenta la policía chilena son fortalecer el Estado de derecho, atender la desigualdad notoria y creciente de los servicios de seguridad privada para la clase más privilegiada de la sociedad y atender y solucionar los problemas de la gestión interna y la forma en que asegura el cumplimiento de las normas de conducta policial, es decir, mejorar el servicio y reforzarse institucionalmente.

Los Carabineros comparten estas características. Son funcionarios públicos cuyos presupuesto institucional, salarios y recursos materiales provienen del gobierno central, con algunas contribuciones provenientes de los gobiernos locales. Sin embargo, tienen diferencias importantes respecto a otros funcionarios públicos. Llevan uniformes, estudian en escuelas especiales y juran dar la vida si fuera necesario en cumplimiento del deber. Son responsables de una gran variedad de funciones, incluyendo el control de manifestaciones, vigilancia y patrullaje, notificación de órdenes judiciales, generación de programas de prevención del delito, control de tránsito, protección de autoridades, vigilancia en puestos fronterizos, servicios de emergencia; así como de unidades especiales, tareas de investigación, control de drogas ilegales e inteligencia. Otras agencias del Estado no tienen már-

tires institucionales o, si los tienen, no son de público conocimiento.²³

Los Carabineros tienen bastante aceptación por parte de la ciudadanía, ya que su desempeño ha valido para que los mismos ciudadanos sientan confianza, y ha sido fruto de un desarrollo institucional que se ha consolidado para ofrecer policías capaces y conscientes de su labor.

6.2. El modelo policial en Brasil (Policía comunitaria brasileña)

Brasil ha sufrido una transformación en sus cuerpos policiales que provocó una crisis, a partir de la cual se ha transformado en una mejor policía más capacitada en la prevención de los delitos. Ello se debe al crecimiento exponencial demográfico que ha sufrido este país y, por supuesto, al crecimiento de la delincuencia. En este proceso se han experimentado varios ciclos de transformación que es importante ver, porque Brasil, pese a todos sus problemas, ha logrado formar policías en atención a la investigación y más cercanos a la población.

En el caso de Brasil existen dos policías. La policía militar tiene a su cargo el patrullaje preventivo y la preservación del orden público, mientras que la policía civil investiga los delitos ocurridos.²⁴

El 10 de diciembre de 1997, la Policía brasileña adoptó el modelo de Policía comunitaria como una filosofía y una estrategia de organización y anunció un plan para su implantación en el estado de Sao Paulo. Se trata de un nuevo método de vigilancia y una forma de mejorar los servicios policiales con el fin de reducir la delincuencia y el desorden y acrecentar la seguridad de la ciudadanía y la calidad de vida de la comunidad. También se utilizó como medio de autorreforma que permitiría a la Policía militar transformarse en una organización dedicada a la “protección de los derechos de la ciudadanía y la dignidad humana”.²⁵

El modelo comunitario se inspiró en las experiencias de países como Estados Unidos, Inglaterra y Canadá, que consideraron resueltos sus problemas de inseguridad, implementando un modelo con acerca-

²¹ Dammert, Lucia y Bailey, John, *op cit*, p. 86.

²² Reyes Jara, Estela Elizabeth, *Carabineros de Chile*, disponible en: <http://www.scribd.com/doc/263906251/Carabineros-de-Chile#scribd>, consultado el 14 de diciembre de 2018

²³ Dammert, Lucia y Bailey, John, *op cit*, p. 146.

²⁴ Frühling, Hugo, *Calles más seguras. Estudio de Policía comunitaria en América Latina*, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, p. 9.

²⁵ *Ibidem* p. 109.

Estudio comparativo de la función policial

miento directo en los puntos problemáticos. Dado el caso de Brasil, las favelas son muestras de zonas con elevados índices criminales y se extienden a lo largo de la ciudad de Sao Paulo, como claro ejemplo de que la protección de la población civil era la clave para revertir los altos índices de delincuencia.

El modelo de Policía comunitaria resulta útil para facilitar la credibilidad de las instituciones policiales; se basa en determinar las necesidades reales de la comunidad para poder mejorar su seguridad y otorgarles mayor acercamiento y confianza.

Para el caso de la Policía brasileña se fijaron conjuntamente las siguientes metas:

- implantar el modelo de Policía comunitaria como estrategia organizativa de la Policía militar;
- mejorar la calidad de entrenamiento y formación de policiales;
- mejorar la calidad de reclutamiento y de ascensos de la Policía; y
- integrar a la Policía con otros órganos públicos y mejorar la valorización y los derechos del policía.²⁶

La policía Brasileña está conformada por:

- la Policía del Ejército;
- la Compañía de Policía (Marina de Brasil); y
- la Fuerza Aérea Brasileña.

El modelo comunitario es el intento de reducir los niveles de delincuencia, pero con estrategias de acercamiento e interacción con los integrantes de la comunidad, pero al mismo tiempo requiere un tipo de policía con mejor capacidad y, sobre todo, un incremento en sus incentivos dentro de su salario y capacitación profesional. El modelo implementado señala una Policía militar capaz de emprender cualquier desafío que se llegue a presentar, que ponga en riesgo la seguridad de los ciudadanos. Para los modelos de Policía en América latina es una apuesta muy grande por reducir la delincuencia y la corrupción para poder dar resultados eficaces en el combate a la delincuencia.

²⁶ USAID, *Policía comunitaria, conceptos, métodos y escenarios de aplicación*, disponible en: <http://www.amuprev.org/documentos/2060420704.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2018.

6.3. El modelo policial en México

La organización policial y la seguridad pública como función estatal están distribuidas en México en los tres ámbitos de gobierno federal: a nivel municipal, estatal y federal, cada uno con atribuciones y responsabilidades. La actual conformación del sistema de seguridad pública en México es producto de diversas reformas históricas en nuestro país. La que se impulsó en el año 1994 ha sido una de las más importantes, ya que configuró el sistema de seguridad pública como lo conocemos. Entre sus aspectos más notables destacan la incorporación al artículo 21 Constitucional del actual concepto de *seguridad pública*, ya que incorpora la base sobre la cual funcionan y se coordinan los tres órdenes de gobierno, cuya prioridad es la preservación del orden público. Con atención en la prevención del delito, el énfasis tras la reforma judicial se hace en la investigación y persecución de los delitos para hacer más efectiva la función de la seguridad pública.

En México, los cambios han sido una constante, combinados con la ola de violencia y la impunidad que ha sacudido el sistema de seguridad pública. En un primer intento —pese a una serie de reformas a partir de 1994—, como un cambio sustancial se incorpora en el texto constitucional la seguridad como un eje central en los tres órdenes de gobierno y una prioridad para revertir los problemas tan serios que vive el país.

La crisis de seguridad pública por la que atraviesa el país ha favorecido que un amplio sector de la ciudadanía se pronuncie en favor de políticas en la materia que pueden agruparse bajo el rotulo de “guerra contra la delincuencia”, sin reflexionar sobre sus limitaciones y riesgos, muchos de los cuales se dan en forma de efectos no deseados.²⁷

Todo ello ha provocado que se implemente un nuevo sistema que, como ya se mencionó, tiene la base del artículo 21 constitucional y que es parte de las buenas intenciones del Estado por mejorar y cambiar la crisis que aún se vive en nuestro país. Este modelo comprende, entre otros elementos clave para la seguridad pública, la homologación de procedimientos y estructuras institucionales, la implantación de un sistema operativo que incluye el combate y la preven-

²⁷ Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *La crisis de seguridad y la agenda de riesgos de seguridad nacional*, México, Porrúa, p. 115.

Cuadro 2 comparativo . Debilidades y fortalezas de la función policial

Debilidades	País	Fortalezas
	Francia	Modelo policial Dualista: cuerpo civil policial Gendarmería Nacional Prioridad en la investigación de los delitos y el orden público Acercamiento ciudadano
	España	Modelo policial Guardia civil Investigación y orden público Apoyo y acercamiento ciudadano
	Italia	Modelo policial (Carabinieri) Fuerte sentido de la disciplina Orden público y apoyo ciudadano
	Chile	Modelo policial consolidado Carabineros de Chile Policial civil Indicadores de desempeño Controles internos gestión y monitoreo de la función policial
Sin consolidar el modelo policial	Brasil	Policía militar Policía comunitaria Esquema de investigación y prevención de los delitos Protección de la ciudadanía y la dignidad humana
Ausencia de un modelo policial aún no definido Sin apoyo ni acercamiento ciudadano Esquema de actuación improvisado y represivo	México	

ción del delito mediante la participación ciudadana, la profesionalización de los miembros de las corporaciones policíacas y la modernización de los sistemas de operación y vigilancia en los centros penitenciarios de todo el país. Dichos elementos son precisamente los que motivaron el proceso de transformación institucional del que se da cuenta.²⁸

Un reto que se asume en el papel es incorporar facultades de investigación y persecución de los delitos, en una labor conjunta con el Ministerio Público, lo

cual forma parte ya del esfuerzo de profesionalización y colaboración para poder llevar a cabo el propósito de la reforma judicial de 2008.

El contraste entre ambos sistemas en la función policial cambiará la perspectiva que se tiene del trabajo complejo de nuestra Policía mexicana en la investigación penal. ¿Habrá algo que modifique la rutina, las técnicas y el método anquilosado de la función policial? El contraste de estos aspectos entre uno y otro sistema penal conduce a explicarnos por qué sucede que los ciudadanos siempre cuestionen los resultados de la Policía investigativa. ¿Cómo superar que estos

²⁸ García Luna, Genaro. *Para entender el Nuevo modelo de seguridad pública en México*, México, Nostra Ediciones, 2011, p. 26.

Estudio comparativo de la función policial

personajes rechazados por la comunidad se conviertan en personas respetadas? ¿Qué pueden hacer para ganar la confianza de los ciudadanos en los resultados de sus investigaciones penales? ¿Por qué cuando obtienen resultados la ponderación sobre su trabajo investigativo generalmente es injusta?²⁹

Entre tantas dudas y experimentación, se muestra el sistema policial mexicano, por llamarlo de algún modo, que está ubicado en el esquema de seguridad pública y que a pesar de tantas transformaciones históricas busca reconciliarse con los ciudadanos y ofrecer mejores resultados, en un claro intento de cambio que está en la espera constante de buenos resultados.

México no ha consolidado un propio modelo, no ha tenido la continuidad en el trabajo y la paciencia para establecer un modelo policial que dé respuestas ante los graves problemas de inseguridad y violencia que se viven día a día; políticamente, se reinventa la función policial, dejando las decisiones a quienes no han entendido el trabajo de un policía, provocando inestabilidad al interior de las propias instituciones policiales.

La debilidad de la Policía descansa, fundamentalmente, en la ausencia de un modelo policial claro. Los híbridos que caracterizan a los cuerpos de seguridad pública en los tres órdenes de gobierno constituyen un reflejo del desinterés histórico del poder político por la seguridad pública y, en especial, por el instrumento de autoprotección social por excelencia.³⁰

Al no existir un modelo policial bien definido, y al señalar los constantes cambios que estos han sufrido en México, no se aprecia continuidad ni voluntad por fortalecer a las instituciones policiales, por lo que los vaivenes políticos y sus respectivas decisiones desestabilizan los esfuerzos por mejorar a la Policía.

7. Conclusiones

Primera: La Policía forma parte de una vieja institución que se ha ido transformando a lo largo del tiempo, cuya esencia está en mantener el orden público, además de proteger, vigilar y atender a los ciudadanos.

Segunda: A través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se establece que para atender a los ciudadanos es necesaria una fuerza pública que los proteja, hecho que establece dos modelos de policía: el anglosajón y el continental. A partir del nacimiento del Estado moderno estos son una referencia obligada para entender los modelos policiales que prevalecen en el viejo continente y que han sido referentes para todo el mundo.

Tercera: Dado que el propio Estado toma a las instituciones policiales como mecanismos para implementar el control social, el propio Estado, con una visión política represiva y autoritaria, se ha olvidado de la esencia democrática para que las propias instituciones policiales sean más sensibles de cara a los ciudadanos, como una forma de actuación objetiva y democrática en la fortaleza de un acercamiento social y humano necesario para una convivencia más armónica.

Cuarta: Si bien es cierto que Francia con un modelo policial dualista prevaleciendo el control estatal, como también en Italia con modelos militares que no solo se enfocan a actividades del propio Estado, sino que también mantienen contacto con la población, y que a pesar de los vaivenes históricos y la inestabilidad política, como el caso de la guardia civil española, está ha recompuesto para alcanzar el equilibrio entre la vigilancia, orden y atención hacia los ciudadanos, lo que lleva a considerar que el funcionamiento democrático dependerá en gran medida del marco jurídico en que estén insertadas.

Quinta: Latinoamérica es el claro ejemplo de instituciones policiales no democráticas, donde la misma policía está al servicio del poder público en turno. Los países latinoamericanos cuentan con estructuras policiales centralistas. En el caso de Chile la institución se ha ganado la credibilidad y confianza de sus ciudadanos a base de un trabajo continuo, con indicadores de desempeño monitoreados y gestionados por el propio Congreso, lo cual es un ejemplo para lograr niveles de eficiencia en la función policial.

Sexta: Brasil es un modelo a seguir, ya que, a pesar de aún no consolidar su modelo comunitario y vivir los mismos problemas que México, ha apostado por una reestructuración profesional continua, teniendo como ejes la prevención, la investigación y el orden público, actuando con una Policía que busca crecer entre los problemas de violencia y corrupción a pesar

²⁹ González Rodríguez, Patricia, González Rodríguez, Patricia, *La Policía Investigadora en el sistema acusatorio mexicano*, México, UNAM, 2013, p. 1.

³⁰ Moloeznik, Marcos Pablo, “¿Qué es realmente el modelo de mando policial único?”, *Derecho en Acción*, disponible en: <https://goo.gl/TXhIwJ>, consultado el 26 de diciembre de 2018

de la adversidad y proponiendo además una Policía comunitaria.

Octava: En México existe un modelo policial aún no definido, con más dudas que soluciones en su actuación y que históricamente ha representado los intereses del Estado; se trata de un modelo muy alejado de los ciudadanos. A pesar de la prioridad del gobierno federal de solucionar el problema de la inseguridad, ante el contexto que se enfrenta, con limitaciones y riesgos, es imperante trabajar en una institución policial más sólida, fortalecida y democrática.

8. Fuentes

- Arámbula Reyes, Alma, “Gendarmería Nacional Francesa”, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-CI-A-08-08.pdf>, consultada el 15 de noviembre de 2018.
- Barrón Cruz, Martín Gabriel, *Alternativa a la seguridad: Gendarmería o Guardia Nacional*, México, INACIPE, 2015.
- Buscaglia, Edgardo, *Vacíos de poder en México, México*, Debate, 2014.
- Castro Oury, Elena, *La Segunda República y la Guerra Civil española*, Madrid España, Akal, 2000.
- Dammert, Lucia y Bailey, John, *Seguridad y reforma policial en las Américas*. México, Siglo XXI Editores, 2005.
- Dieu, Francois, “Las experiencias francesas de policía de proximidad”, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/240931/324781>, consultado el 14 de diciembre de 2018.
- Frühling, Hugo, *Calles más seguras. Estudio de Policía comunitaria en América Latina*, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.
- Frühling, Hugo, *Violencia y policía en América Latina*, Quito, Ecuador, Flacso, 2009.
- González Calleja, Eduardo, *La razón de la fuerza*, Madrid, csic, 1998.
- González Rodríguez, Patricia, *La Policía Investigadora en el sistema acusatorio mexicano*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2013.
- González Ruiz, Samuel *et al.*, *Seguridad pública en México, problemas perspectivas y propuestas*, México, UNAM, 1994.
- Jar Couselo, Gonzalo, “El papel de la policía en una sociedad democrática”, *Revista Española de Investigaciones sociológicas*, Reis, España, núm. 85, 1999.
- Jar Couselo, Gonzalo, *Modelos comparados de Policía*, España, Dickinson, 2000.
- Labra Diaz, Cynthia, “El modelo de policía comunitaria. El caso chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3(1), año 2, 2011, disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3685355.pdf, consultado el 16 de diciembre de 2018.
- Moloeznik, Marcos Pablo, “¿Qué es realmente el modelo de mando policial único?”, *Derecho en Acción*, disponible en: <https://goo.gl/TXhIwJ>, consultado el 26 de diciembre de 2018.
- Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *La crisis de seguridad y la agenda de riesgos de seguridad nacional*, México, Porrúa.
- Real Academia de la Historia, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, Tomo CXCI, Enero-Abril 1994.
- Reyes Jara, Estela Elizabeth, “Carabineros de Chile”, disponible en: <http://www.scribd.com/doc/263906251/Carabineros-de-Chile#scribd>, consultado el 14 de diciembre de 2018.
- Rico, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 1997.
- Solé, Jacques, *Historia y mito de la Revolución Francesa*, México, Siglo XXI Editores, 1989.
- USAID, *Policía comunitaria, conceptos, métodos y escenarios de aplicación*, disponible en: <http://www.amuprev.org/documentos/2060420704.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2018.



La crisis del sistema de justicia penal en México. Una revisión crítica desde los fundamentos de la política criminal



José Zamora Grant

Universidad Autónoma de Tlaxcala

RESUMEN: *La justicia penal en México está en crisis, y si bien ello no es privativo de este país, sí es reflejo de la crisis que embarga a los sistemas de justicia penal en los países latinoamericanos. Las reformas a la justicia penal y en materia de derechos humanos de los últimos años, si bien han significado un avance hacia el proceso de su consolidación democrática, no parecen suficientes para paliar con la dimensión de los problemas que debe atender. La reforma en materia penal de 2008 no responde a la totalidad de las variables de la epistemología garantista y recoge variables de paradigmas punitivos de epistemologías antagónicas, en evidente error de método.*

PALABRAS CLAVE: *crisis, justicia penal, democracia, política criminal, garantismo.*

ABSTRACT: *Criminal justice in Mexico is in crisis, and although this is not exclusive to this country, it is a reflection of the crisis that plagues criminal justice systems in Latin American countries. The reforms to criminal justice and human rights in recent years, although they have meant an advance towards the process of their democratic consolidation, do not seem sufficient to alleviate the dimension of the problems that must be addressed. 2008 criminal reform does not respond to all the variables of the guarantee epistemology and includes variables of punitive paradigms of antagonistic epistemologies, in obvious error of method.*

KEY WORDS: *crisis, criminal justice, democracy, criminal policy, garantism.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Fundamentos de política criminal. Primer deslinde epistémico. 3. Las reformas constitucionales, su impacto en materia de justicia penal y derechos humanos, y su contribución a la consolidación democrática de la justicia penal en México. 4. Epistemología garantista. 5. El proceso penal acusatorio en México. Los faltantes para un sistema de justicia penal garantista. 6. La crisis del sistema de justicia penal. A manera de conclusión. 7. Fuentes de información.*

Rec: 05-08-2019 | Fav: 15-08-2019

1. Introducción

Sin pretender encontrar una definición precisa de lo que es la política criminal, ni tampoco realizar un ejercicio exhaustivo que pretenda identificar o sistematizar todas las posibles fórmulas de política criminal que se despliegan —o se han desplegado— en México, en este trabajo se pretende reflexionar sobre los fundamentos de la política criminal, identificarlos en sus raíces epistémicas y, con base en ello, realizar un análisis crítico de lo que acontece hoy día en la materia, a propósito de las reformas de origen y rango constitucional que, a últimas décadas, han impactado en el despliegue punitivo estatal, a través de lo que se denomina, Sistema Penal.¹ Tales reformas de importancia relevante en torno al proceso de consolidación democrática del Estado mexicano contrastan, en evidente desfase, con la manera en cómo se despliegan las potestades públicas para el control del delito, desde las instancias que integran —y las personas que operan— el propio sistema.

En efecto, el derecho en el sistema jurídico mexicano ha sufrido una serie de cambios y transformaciones sin duda ambiciosos, que, si bien han generado grandes expectativas para quienes con impaciencia los esperaban, también dudas importantes para los escépticos o para aquellos que, arraigados en los modelos preexistentes, no se sienten cómodos ni tampoco seguros con ellos.

Estos cambios y transformaciones han impactado las bases constitucionales del sistema jurídico mexicano y de la política criminal misma, y han tenido un importante impacto también en materia penal y de derechos humanos, sobre todo con las reformas constitucionales tanto en materia judicial de 2008 como la de derechos humanos de 2011.

¹ El sistema penal, siguiendo a Roberto Bergalli, es el complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal —surgido al amparo del Estado moderno— encargadas de la determinación de la punibilidad, de la fijación de las consecuencias punitivas y de la descripción de las formas en que se concreta tal intervención punitiva. Para el autor, "... el sistema penal está configurado, entonces, mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo (penales) y de forma (procesales). Pero, asimismo, deben necesariamente existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar sus situaciones, comportamientos y actores cuando se comete el delito y cómo se controla". *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial María Jesús Bosch, S.L., Barcelona, 1996, p. VIII.

Tampoco se tiene la intención de describir los tecnicismos legales, ni la manera en cómo se integra el sistema jurídico mexicano en torno al despliegue político criminal. Una aproximación meramente jurídica requeriría de una exhaustividad no pretendida y resultaría insuficiente para dimensionar, al menos enunciativamente, la complejidad de las relaciones sociales, los fenómenos que generan y su vínculo con el despliegue punitivo del Estado, encargado de reaccionar, para proteger, sí, pero también para controlar. Ese sinfín de variables requiere un enfoque pluridisciplinario, tampoco exhaustivo —por exceder a las pretensiones de estas líneas—, pero sí enunciativo, para el análisis y la reflexión crítica.

En particular, la reforma constitucional en materia judicial en 2008, que significó la transición hacia un modelo procesal de corte acusatorio, ha vivido un proceso de implementación largo y complicado, según los parámetros de los artículos transitorios del propio decreto de reforma, pero también por lo que significa una reforma de tal magnitud en términos de infraestructura, recursos humanos, formación, capacitación, etc. Proceso de implementación que ha sido fuertemente criticado, quizá no precisamente por el cómo y los tiempos, sino por el modelo procesal mismo y su pretendida viabilidad y eficacia.

Así, críticas severas dirigidas al poder judicial por ser una puerta giratoria donde, como entran los imputados de delitos, quedan en libertad; críticas en todos sentidos, desde la función jurisdiccional a la ministerial y viceversa o del ámbito policial al ministerial, etc., han sido el común denominador.

Un cambio de modelo procesal no es poca cosa, y sin duda las complejidades de su implementación y de su esperada eficacia son latentes y requieren de tiempo y esfuerzo, pero ¿es solo eso lo que se necesita?, es decir, esfuerzo reflejado en capacitaciones permanentes y ejercicios de profesionalización, por ejemplo, y paciencia para esperar que con aquel esfuerzo en un lapso razonable las reformas "aterricen" debidamente en términos de su esperada eficacia; o, por el contrario, es necesario hacer más reformas para complementar las ya acaecidas o instrumentar políticas públicas que ayuden a lograr las expectativas de un modelo así. Todas estas preguntas requieren respuestas que lleven a conclusiones contundentes sustentadas en una crítica de bases sólidas que permita, a su vez, consolidar un modelo de justicia penal eficaz,

respetuoso de los derechos humanos y, por ende, garante de los derechos de las personas.

La premura de los problemas en torno al delito, sin embargo, exige con urgencia resultados que mitiguen la abrumadora realidad que nos asfixia y parece no tener fin, pero ¿es el modelo procesal acusatorio la solución a ello? ¿Hemos esperado ya lo suficiente para ver reflejados los primeros beneficios de un modelo así? ¿Es el modelo procesal acusatorio idóneo para tan asfixiantes problemas? Preguntas todas que requieren, para responderse, de reflexión y análisis contextual. Da la impresión de que las soluciones nunca son tan prontas, máxime si los problemas son del tamaño que ahora tienen,² pero ese tamaño no siempre lo tuvieron, se fue acrecentando. Fallaron, sin duda, los mecanismos de detección de estos o quizá solo se fue indiferente ante ellos; lo cierto es que crecieron y lo hicieron durante un largo tiempo. ¿Pueden, entonces, esos problemas resolverse tan pronto como parece se exige?

Las políticas públicas deben a la postre ofrecer resultados si su diseño atiende a los problemas que se pretenden resolver, y para ello es indispensable un buen diagnóstico. Las políticas públicas de la criminalidad no son la excepción; políticas que deberían, en progresividad, plantearse metas de corto, mediano y sobre todo largo alcance, pero siempre en un mismo sentido y con una misma finalidad. Ningún problema social que haya tardado tanto en conformarse cederá de la noche a la mañana, pero esa lección no parece haberse aprendido y se apuesta por cambios importantes que, sin embargo, nunca son de largo aliento ni del tamaño y la profundidad requerida. ¿Cumple la reforma de 2008 en cita con estas características?

² La crisis en la que México ha estado sumergida por la violencia desmedida ha sido investigada y documentada por diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil preocupadas por las graves violaciones a los derechos humanos y el poco o nulo acceso a la justicia para las víctimas, tanto de los delitos, como de violaciones a derechos humanos. El Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en el 2018, realizaron un estudio para elaborar una propuesta de justicia transicional en México. En el documento se afirma que “México vive desde hace varios años un fenómeno de violencia a gran escala. Las víctimas se cuentan por miles. Esta grave situación y sus consecuencias no han podido ser atendidas desde las instituciones y mecanismos ordinarios de justicia”. *Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México*. CIDE / CNDH, 2018. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Estudio_Justicia_Transicional_Mexico.pdf (Fecha de consulta, mayo 22, 2019).

Valga identificar, introductoriamente, la finalidad primordial de un modelo procesal acusatorio como el asumido en México tras la Reforma en cita, en el 2008. Sin desconocer que los problemas en torno al delito son múltiples y diversos, como múltiples y diversas deben ser las acciones para su control y disminución, un modelo procesal de corte acusatorio atienda a las formas en que se pretende juzgar —según la óptica del modelo teórico bajo el cual se desarrolla: el garantismo penal—, con la intención de atenuar, disminuir e incluso evitar las violaciones a derechos humanos en los procesos de incriminación. Se trata, principalmente, de evitar o disminuir los delitos y abusos de autoridad cometidos al seno mismo de la justicia penal, más no la criminalidad en general. Hacer más ágiles y transparentes los procedimientos por supuesto que es una de las características de toda fórmula adjetiva que se precie de ser acusatoria.

2. Fundamentos de política criminal. Primer deslinde epistémico

Los orígenes epistémicos que fundamentan el despliegue punitivo estatal, esto es, las políticas públicas de la criminalidad, se ubican en el origen del Estado mismo: el Estado absoluto, y en su inicial transición hacia variables democráticas en la naciente modernidad hacia la segunda mitad del siglo XVIII y gran parte del XIX.

Dos fórmulas a la postre antitéticas, y por tanto incompatibles, se irían conformando en este proceso, centradas, una en los hechos y otra en las personas, para dar paso a las fórmulas de derecho penal de acto y de derecho penal de autor: la primera, comúnmente asociada —para efectos didácticos, no del todo precisos— con la escuela clásica del derecho penal, y la segunda, con la escuela positiva.

Las diferencias de ambos modelos punitivos son diametrales³ al responder a epistemologías antagónicas, donde el primero se funda en el reconocimiento de la igualdad como inherente a las personas —lo que

³ Excepción hecha de que ambas tienen en común la interpretación de una sociedad homogénea, relativamente bien integrada en torno a valores comunes identificados como universalmente válidos; a esta fórmula Alessandro Barata la identifica como de *defensa social*, común, a su parecer, tanto a la escuela clásica como a la positiva, aunque históricamente se ha asociado a esta ideología de defensa social con la escuela positiva únicamente. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4ª. edición es español, Siglo XXI editores, México 1993, p. 35 y ss.

Estudio comparativo de la función policial

a la postre motivaría el reconocimiento de la dignidad humana como base y fundamento del derecho internacional de los derechos humanos y del concierto de las naciones organizadas en un sistema universal—, y la segunda se sustenta justamente en lo contrario, en el presupuesto de que hay personas de mayor y otras de menor valía: buenas y malas, normales y anormales, no peligrosas y peligrosas.⁴

Entre limitar el poder por la garantía de derechos para las personas y concebir el ejercicio del poder como un absoluto, se debatirían, desde el origen del Estado y hasta hoy día, las fórmulas punitivas. Encontrar la legitimación entre cuánto punir y cuántos derechos garantizar sería la preocupación principal, más que entender las razones de fondo, ponderar los beneficios y los perjuicios, medirlos y, sobre todo, contextualizar y trazar un rumbo para las políticas públicas de atención y reacción al delito, bajo metodologías congruentes y no incompatibles.

Las ideologías del iluminismo, principalmente las del contrato social de Rousseau y los planteamientos de Beccaria, por un lado, y el positivismo comtiano y los planteamientos lombrosianos, por el otro, son parte del fundamento ideológico originario de cada modelo punitivo, respectivamente, en la naciente modernidad. Las primeras marcarían el nacimiento de las fórmulas garantistas —que a la postre sistematizaría y reformularía Ferrajoli—, y las segundas sostendrían, con sus reformulaciones, las variables intervencionistas de una justicia penal represiva, pensada siempre con reminiscencias de su origen absolutista: el castigo y la venganza.

El devenir del Estado moderno desde entonces mostraría una proyección ambivalente en su evolución, sobre todo —no solamente— en lo que concierne al despliegue de las potestades punitivas. El Estado nació como Estado absoluto, pero con el advenimiento de la igualdad en el reconocimiento y ejercicio de derechos se marcaría un rumbo —complicado— de anhelos democráticos. La justicia penal sería reflejo latente de las tensiones entre garantizar la seguridad del Estado y la de las personas, y ese derrotero se conserva hasta la actualidad, donde no parece dife-

renciarse entre garantizar derechos y robustecer las potestades punitivas.

La expresión de Juan Bustos Ramírez⁵ da cuenta con claridad de las razones de estas tensiones:

En sus orígenes, el Estado actual —el absoluto— es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso allá un permanente retorno a ese Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios. Pero se olvida que seguridad del Estado y seguridad del individuo son términos indisolublemente ligados: la mayor seguridad del Estado trae la menor del individuo, pero a su vez la anulación de la seguridad del individuo trae inevitablemente la inseguridad del Estado, pues surgen las luchas por la racionalidad y las libertades.

Las bases de la epistemología garantista se cimentarían, entonces, en la naciente modernidad y, hasta la primera mitad del siglo XIX, bajo una fórmula de Estado liberal —burgués— guardián de los derechos de las personas y limitado en su posibilidad de afectación de sus libertades, y bajo la fórmula de un derecho respetuoso de las leyes, ahora iguales para todos, legitimante y limitante de los actos de autoridad.⁶ Se trató de un Estado que permitió la libre circulación de la moneda y la conformación del modelo económico capitalista, a la par de sentar las bases de la democracia como modelo político; todo, a razón de la garantía de igualdad en el goce y ejercicio de derechos.⁷

El advenimiento del positivismo hacia el fin de la primera mitad del siglo XIX significaría, sin embargo, un cambio drástico hacia sus orígenes absolutistas en las políticas públicas por la esencia del Estado mismo. El Estado intervencionista —como se le reconocería— implicaría “retomar” el control por el Estado, de lo económico, sí, pero también de lo político y lo social. Las políticas públicas represivas, princi-

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ En este sentido, César Bonesana, Marqués de Beccaria. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, 2000, p. 216 y ss.

⁷ En este sentido, en libro de mi autoría, *Justicia penal y derechos fundamentales*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 11 y ss.

⁴ Esta segunda influencia epistémica es la que llevó a una de las crisis más profundas del Estado moderno, al hacer surgir el Estado fascista y el nazi. En este sentido, Juan Bustos Ramírez, *et al. El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983, p. 18.

palmente de la criminalidad, jugarían un papel fundamental en este proceso. Centrarse, entonces, en la cualidad de las personas, clasificarlas y diferenciarlas entre sí, teniendo a la ciencia como pretexto y afectando o negando su dignidad, conformaría un paradigma punitivo de fuertes reminiscencias absolutistas pero de discurso —y también legitimación— científico. La ciencia —del positivismo— afirmaría que el *ser* condicionaba el *hacer* para determinadas personas que habrían nacido diferentes al resto, en el sentido de lo anormal, lo peligroso, lo malo. So pretexto de la ciencia, se negaría libre arbitrio para estos seres considerados inferiores respecto de los normales, los no peligrosos, los buenos.

El origen étnico, la raza, las enfermedades y también las ideologías, bajo este presupuesto epistémico, no solo serían el pretexto para la discriminación y el despliegue punitivo de tal cualidad, sino que fortalecerían la fuerza estatal y el control de los disidentes: seres diferentes sacrificables y sacrificados para la satisfacción social, para la venganza pública.⁸ Las desventajas de los actuales grupos en condición vulnerable, a quienes se les dificulta no solo el acceso a la justicia, sino también a la salud, a la educación, al trabajo, al desarrollo, tendrían su origen en aquel presupuesto epistémico. Las políticas públicas para el desarrollo los excluyeron, y las del control del delito los criminalizaron; les negaron titularidad de derechos so pretexto de su inferioridad y los hicieron objeto de la fuerza estatal en pos de una sociedad pensada bajo principios universales de “normalidad”; los hicieron objetos del derecho y no sujetos de derechos.

Los modelos de política criminal en el devenir del Estado en la modernidad, en la tradición jurídica continental al menos, se corresponden, en principio, con una u otra raíz epistémica: la que considera a las

personas sujetos de derechos y la que las considera objetos del derecho.

En las relaciones de derecho público —entre las autoridades y las personas—, como lo son las que derivan del despliegue punitivo regulado por el derecho penal y operado mediante las políticas de la criminalidad, la ambivalencia sería muy clara: el aumento progresivo de los derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, esto es, principalmente imputados de delito y víctimas de los mismos, repercutiría —como lo hace— irremediablemente en el aumento de las obligaciones de los operadores del sistema penal y en detrimento de su posibilidad y forma de incidir en la afectación de derechos en el despliegue punitivo. De manera inversamente proporcional, el aumento de las potestades punitivas siempre ha repercutido en detrimento de los derechos de las personas.

Entre qué tanto punir y cuántos derechos garantizar, se ha pretendido encontrar el equilibrio de los sistemas penales y sus procedimientos, en aras de juicios justos; pero el diseño de los modelos procesales mixtos, más que buscar y encontrar aquel equilibrio, hizo convivir en sus fórmulas punitivas variables de ambos paradigmas punitivos de epistemologías antagónicas, en evidente error de método. Por ello, las mixturas no han más que ocasionado incongruencias que redundan en detrimento de los derechos de las personas, tanto de imputados como de víctimas; ineficacia en el control del delito, y violaciones a derechos humanos por el despliegue estatal.

Pero ¿qué paradigma epistémico, y porqué, debe prevalecer sobre el otro? La respuesta se debe buscar en los fundamentos constitucionales del derecho, sí, pero también en las formas de la evolución social a las que el derecho se debe no solo adaptar, sino contribuir, e incluso marcar el rumbo, mediante las políticas públicas, para el caso, de la criminalidad. Si las sociedades han cambiado sus formas de integración hacia la pluralidad, si los intereses son cada vez más diversos entre quienes las conforman, si las definiciones en torno a valores universalmente válidos ya no generan el consenso para la cohesión social como antaño, entonces queda claro que las sociedades evolucionan hacia la diversidad, la pluralidad no solo étnica, sino de ideología y de intereses. Variables todas en las que los modelos absolutistas, siempre anclados en verdades universales y también absolutas que se

⁸ La lectura de Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, puede dar luz a esta idea originaria del derecho romano arcaico, que lleva a la idea de que “... el homo sacer puede recibir la muerte de cualquiera sin que esto le suponga a su autor la mácula del sacrilegio”, de personas sacrificables impunemente; “... residuo debilitado y secularizado de una fase arcaica en que el derecho religioso y el penal no se habían diferenciado todavía y en el que la condena a muerte se presentaba como un sacrificio a la divinidad...”. Reflexionar, sin embargo, qué tanto esta fórmula persiste en la justicia penal moderna de la influencia de la ideología de la *defensa social* nos puede llevar a conclusiones interesantes sobre muchas de las formas en las que desde la justicia penal se sacrifica a aquellas personas consideradas sin valor. 3ª reimpresión, Pre-Textos, Valencia, España, 2010, pp. 93-97.

Estudio comparativo de la función policial

imponen, no pueden tener cabida. De ahí que la evolución del derecho deba darse hacia variables democráticas y no absolutistas, y los modelos de políticas públicas de la criminalidad no pueden ser la excepción. Debemos preguntarnos ¿qué tanto contribuyen o no los modelos de política criminal en la consolidación de una sociedad democrática?

3. Las reformas constitucionales, su impacto en materia de justicia penal y derechos humanos, y su contribución a la consolidación democrática de la justicia penal en México

En los años 2008 y 2011, respectivamente, dos reformas a la Constitución federal impactaron diametralmente tanto los procesos de incriminación como la manera de concebir y operar los derechos humanos. Ambas reformas se complementan para el proceso de democratización de la justicia penal en México, por lo que es de interés exaltar dónde se da, y cómo, tal complementariedad.

Uno de estos cambios, sin duda de los más importantes al sistema jurídico mexicano, es el que motivó el abandono del modelo procesal mixto-inquisitivo en materia penal y la subsecuente implementación de uno de naturaleza acusatoria,⁹ mediante la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el año de 2008; reforma que, a la postre, motivaría la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en el 2013.

Esta reforma constitucional ha significado un importante avance en el proceso de democratización de la justicia penal y, por ende, en la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho. Una justicia penal que por décadas había estado sumida en fórmulas represivas de criminalización de corte inquisitivo propias de un modelo mixto en el que los pocos derechos previstos en ley para los imputados se reconocían frente al juez de la causa, pero cuando lo practicado, investigado y obtenido en la fase de in-

vestigación no tenía marcha atrás y sus efectos eran determinantes al momento de la sentencia.¹⁰ Aquellos procesos mixtos de corte inquisitivo presumían la culpabilidad salvo prueba en contrario, por lo que la carga de la prueba recaía en el acusado y no había distinción clara entre la función jurisdiccional y la acusación. Y qué decir del amplio espectro para la valoración de las pruebas, donde el arbitrio del intérprete no parecía tener límites y, por tanto, el control de la prueba era mínimo por el carácter indeterminado y valorativo de las hipótesis acusatorias para poder incriminar mediante juicios de valor, no refutables para la defensa, de todo aquello que caprichosamente se utilizaba como medio de prueba.¹¹

Dejar atrás, entonces, esas prácticas punitivas para reconocer más derechos a los imputados de delitos, bajo un esquema de presunción de inocencia, en el que la carga de la prueba recaiga en quien acusa y haya una distinción clara entre quien acusa y quien juzga, así como un mayor control de la prueba que restrinja el arbitrio en las valoraciones judiciales ha supuesto un proceso de democratización de la justicia penal en México, en evidente progresividad.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra, en virtud de la reforma de 2011, que 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.¹²

¹⁰ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª. Edición en español, Trotta, Madrid, 1998, pp. 51-69.

¹¹ Guillermo Colín Sánchez. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México 1989, p. 74.

¹² Principios que son parte de las características reconocidas para los derechos humanos, pero que, llevados a rango constitucional, a manera de principios, constituyen no solo la obligación, sino que dan una perspectiva de transversalidad al quehacer público. Acotar, sin embargo, el significado de cada principio es más complejo de lo que parece y excede las pretensiones de este trabajo, pues si bien, por ejemplo, “los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos”, como afirma Gregorio Peces-Barba al referirse al principio de universalidad, entender así a la universalidad implica hacerlo desde una perspectiva *iusnatural* y, por tanto, moral; lo que implicaría que los derechos humanos se mantendrían independientemente de que fueran o no reconocidos por el sistema positivo dado. Pero la idea contemporánea de los derechos humanos no puede concebirse a partir de una única interpretación, ya que implicaría generar procesos hegemónicos y de dominación, pues una reconstrucción sociohistórica ayudará a entender a los derechos humanos como manifestaciones culturales determinadas temporal y geográficamente. En este sentido, y si se desea profundizar en este análisis, se recomienda la lectura de Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano. *Los principios de Universalidad, interdependen-*

⁹ Afirmando, sin embargo, que la reforma de 2008 trajo un modelo procesal acusatorio requiere de ciertas precisiones. La reforma de 2008, si bien tuvo una influencia importante del garantismo penal, lo cierto es que otras influencias también se reflejaron en la misma, y no necesariamente compatibles entre sí. Así, por ejemplo, las potestades reservadas de manera exacerbada para cuando se trata de criminalidad organizada, o la fórmula del arraigo, son variables propias de modelos represivos de justicia penal, de un paradigma, el positivista, que con el modelo procesal acusatorio, paradójicamente, se pretendía abandonar —o superar—.

Estas características de los derechos humanos, llevadas a rango constitucional, son una expresión clara de la convicción democrática del Estado mexicano, por lo que las instituciones públicas, como las que conforman la justicia penal, no pueden ser la excepción. Pero la reforma en materia judicial de 2008, ya hacía lo propio en cuanto a la convicción de democratización de la justicia penal se refería. Cambiar de modelo procesal, con la intención de dejar atrás aquel vinculado más a las fórmulas inquisitivas de justicia, incorporando principios como los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, garantizando la presunción de inocencia y la carga de la prueba para quien acusa, es sin duda una muestra clara de cómo los derechos humanos son —deben ser— progresivos en materia penal también.

Un recuento de las transformaciones en materia penal en México, si bien reflejará tendencias represivas en variables sobre todo de materia sustantiva, mostrará también un avance mayor en la consagración de derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal,¹³ por supuesto en detrimento de las potestades punitivas de los operadores del sistema penal en particular y del Estado en general; y ello es progresividad.¹⁴

cia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (Fecha de consulta abril 03, 2019).

¹³ Reflexión aparte requiere la evaluación sobre la eficacia en la garantía de los derechos consagrados tanto para imputados de delitos como para víctimas; variable en la que la justicia penal sigue quedando a deber, baste con revisar la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE, 2017) del INEGI, que arroja una cifra negra del 93.7%, y los índices de impunidad, también desarrollados por esa institución, que van en algunas entidades federativas hasta el 99%. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2018/> (Fecha de consulta, julio 5, 2019).

¹⁴ A la progresividad generalmente se le asocia con el cumplimiento de derechos económicos sociales culturales, lo cual no es del todo preciso, ya que no solo las obligaciones que derivan de derechos de esta naturaleza se pueden cumplir progresivamente; sin embargo, la progresividad es, sin duda, más amplia, sobre todo si pensamos en cómo en el ámbito de la justicia penal hemos experimentado avances y regresiones en materia de consagración de derechos fundamentales para quienes entran en contacto con la justicia penal. Por ello me adhiero a la perspectiva que entiende, además, que la progresividad implica también no regresividad, misma que debe ser observada no solo en las políticas públicas para derechos de tipo económico y social, sino también en leyes que impliquen actos de Estado que afecten el ejercicio de derechos: “Los derechos pueden aumentar, pero no disminuir”. En este sentido, Roberto Gustavo Mancilla Castro, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Cuestiones*

La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos cobra relevancia en su vínculo con la de 2008, en tanto esta, en gran medida, también es una reforma de derechos humanos para el ámbito de la justicia penal. En ambas reformas se trata de avanzar hacia la consolidación democrática del Estado mexicano; y a ello se llama progresividad. La progresividad, desde la perspectiva de la justicia penal, implica el aumento de derechos para las personas en detrimento de las potestades del Estado para restringir derechos y el consecuente aumento de las obligaciones para quienes claramente, en términos del artículo primero constitucional, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.¹⁵

Un derecho ganado es, en este sentido, una conquista irreversible. En progresividad, deberá haber cada vez más derechos para los involucrados y, por ende, menos potestades punitivas para los operadores del sistema. Sin duda, incorporar las obligaciones de las autoridades de conformidad con el principio de progresividad es una expresión —política— clara de la convicción democrática del Estado mexicano; y ambas reformas —2008 y 2011— son muestra de tal convicción.

Siguiendo este hilo conductor, consagrar y garantizar derechos humanos a quienes entran en contacto con la justicia penal, en su calidad de imputado de delito, es esencia de un modelo procesal acusatorio de origen garantista. Una justicia penal menos lesiva y más garante de los derechos de las personas es una justicia de convicción democrática.

La finalidad de un modelo procesal acusatorio es disminuir las violaciones a los derechos humanos al seno mismo de la justicia penal, por lo tanto, correspondida con la teleología del garantismo penal. La expectativa de la reforma de 2008 siempre ha sido esta, una reforma de convicción democrática y, por tanto, de derechos humanos para la justicia penal.

Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 41. Publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039>. (Fecha de consulta abril 05, 2019).

¹⁵ Obligaciones para toda persona del servicio público, también consignadas en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, incorporadas en el tercer párrafo del artículo 1. Texto que deja en claro que todas las autoridades tienen competencias en materia de derechos humanos de las que derivan las obligaciones descritas y no las que tengan competencias en la materia.

Estudio comparativo de la función policial

Aun cuando si, en gran medida, no toda la reforma en materia judicial de 2008 fue influenciada por el garantismo penal, al menos en sus variables adjetivas, otras influencias de orígenes epistémicos diversos y no necesariamente compatibles entre sí conviven en la nueva fórmula procesal. Así, por ejemplo, la influencia de los modelos adversariales de origen anglosajón se refleja en fórmulas concretas de naturaleza procesal, como los modelos compositivos, que conviven con las garantistas en pretendida armonía y compatibilidad. Pero las fórmulas de composición de los conflictos no son esencia de la naturaleza garantista, sin embargo, le son compatibles; en tanto, los modelos procesales denominados garantistas en Latinoamérica han incluido fórmulas compositivas. Ferrajoli habla, por ello, de grados de garantismo¹⁶ en atención al estricto apego, o no, a su esquema axiomático. Debido a esto, de los sistemas penales que llamamos garantistas, principalmente los países latinoamericanos, habría que evaluar su grado de garantismo, esto es, de apego a los axiomas garantistas y a su interconexión.

En el mismo sentido, el principio de oportunidad, incluido en el modelo procesal actual que denominamos acusatorio, proviene de la tradición procesal penal estadounidense, en la que el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada, por lo que tampoco es en esencia del garantismo penal. Sin embargo, a diferencia de los modelos anglosajones de nula vigencia del principio de legalidad, en las fórmulas continentales la oportunidad no puede oponerse al principio de legalidad, por lo que se trata de una oportunidad reglada.¹⁷

Otro ejemplo de las muchas influencias de origen epistémico diverso, pero compatible, es sin duda el abolicionismo penal, al menos sus versiones menos radicales. Nils Christie, al hablar de las presiones globales para expandir el derecho penal, afirma que hay buenas razones para “contraatacar” para limitar el tamaño de la maquinaria penal: “hagamos nuestro mejor esfuerzo para reducir el volumen de reparto del dolor”. Para el autor, una sensata cantidad de delito solo se puede lograr si se va en dirección opuesta a tal expansión y a la de la población carcelaria, y afirma:

... esta posición no debe ser llevada al absurdo. Hay, incluso en la mejor de las sociedades, situaciones donde los valores generalmente aceptados se ven amenazados. Hay situaciones donde aquellos que los amenazan no quieren renunciar a sus intento, o no quieren encontrarse en un proceso de reconciliación con aquellos a quienes han dañado, o donde los ofendidos no quieren encontrarse con los agresores. Para estas situaciones y gente, tenemos la institución del derecho penal como un tesoro de la sociedad.¹⁸

Todas estas fórmulas descritas son muestra de un modelo de política criminal en México para el caso procesal —merced a la reforma en comento—, en la que convergen diferentes modelos teóricos y epistémicos que, en tal caso, son de origen y convicción democrática, como su común denominador. Otras variables teóricas y epistémicas, sin embargo, también llegaron con esta reforma que, lejos de abonar a aquella convicción garantista, han robustecido las potestades punitivas del Estado en detrimento de los derechos fundamentales de los involucrados en y frente a la justicia penal: el arraigo y todas las variables represivas para el combate a la criminalidad organizada son ejemplo claro de ello.¹⁹ El origen epistémico de las corrientes de pensamiento que influyen a estas variables no solo no es garantista, tampoco le es compatible.

Otro aspecto relevante de la reforma es el fortalecimiento en la Constitución del régimen especial para la delincuencia organizada: Se establecen medidas como las que ya existen en otros países democráticos para enfrentar a los delincuentes peligrosos, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio, confidencialidad de datos de víctimas o testi-

¹⁸ *Una sensata cantidad de delito*. 1ª reimpresión de la edición en castellano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 158.

¹⁹ En la reforma se incluyeron variables represivas para la justicia penal, incluso desde el diseño se afirmó que se trataba de ajustar el sistema penal a los principios de un Estado democrático de derecho, sí, pero también de implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada; y, aun cuando se afirmó que la reforma era en esencia garantista, se fortaleció en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada: el arraigo, la extinción de dominio, etc. Así consta en el documento *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*, editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma. <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html> (Fecha de consulta 02 de julio, 2019).

¹⁶ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., p. 97 y ss.

¹⁷ En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez, en *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007, pp. 69, 70 y 71.

gos, intervención de comunicaciones privadas, acceso a información reservada y extinción de dominio de propiedades a favor del Estado, siempre con orden del juez. Los acusados por delincuencia organizada conservarán en todo momento sus garantías para tener un juicio en igualdad de condiciones con el Ministerio Público, en presencia del juez y con la libertad para presentar argumentos y pruebas.²⁰

Este párrafo textual de la guía de la reforma constitucional de seguridad y justicia de la Secretaría de Gobernación utiliza categorías como la de peligrosidad y fórmulas más restrictivas de los derechos de las personas de origen positivista y retomadas por corrientes de pensamiento como la del derecho penal del enemigo, del que Eduardo Martínez-Bastida²¹ afirma que es "...el constructo lingüístico de naturaleza artificial que legitima la decisión deontológica de excluir, de manera parcial, la calidad de persona a un individuo para incluirle en el catálogo de riesgos y peligros sociales". Fórmula esta no solo contraría a las pretensiones de *ultima ratio* y de *derecho penal mínimo* propias del garantismo, sino también incompatibles, debido a su origen epistémico diverso: uno de derecho penal de acto, y el otro de derecho penal de autor. Expresiones que invitan a reflexionar sobre la afirmación de Zaffaroni, al afirmar:

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a su condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se les señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece el derecho internacional de los derechos humanos.²²

²⁰ Idem.

²¹ El autor también afirma que "...el enemigo ha sido utilizado como pretexto para usar, de manera indiscriminada, el punitivismo en las constantes del devenir histórico: el Derecho Penal, para funcionar, ha necesitado de un elemento que, intrínsecamente, le permite legitimarse en el conglomerado social, este constructo es conocido bajo el epígrafe de *hostis* o enemigo, elemento siempre presente en los discursos y procesos de criminalización del poder punitivo a lo largo de la historia". *Derecho penal del enemigo*. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2013, pp. 25 y 26.

²² Eugenio Raúl Zaffaroni. *El enemigo en el derecho penal*. Editores Coyoacán, México, 2007, p. 11.

Si la reforma constitucional en materia judicial de 2008 se trata, como se ha afirmado, de una reforma en esencia de derechos humanos, ¿qué implica ello? Las variables represivas respetan poco los derechos humanos y, por ende, se corresponden con las variables de la inquisición y no con las de la democracia. Todo modelo de justicia penal que se precie de garante de derechos y, por ende, democrático debe —en la medida de lo posible— controlar al máximo las potestades del Estado para punir. Esto implica ser "generoso" en la consagración de derechos para imputados y víctimas, sin soslayar que la intervención punitiva también es garante de los derechos de las personas afectadas por el delito y no solo de las personas a las que incrimina, pero, por supuesto, también de ellas. Decidir dónde está el límite de cuánto es necesario punir, sin embargo, es una decisión de política criminal que se refleja en cuán democrático resulta el despliegue punitivo estatal, pero también qué tan eficaz resulta la función punitiva en cuanto tal.

4. Epistemología garantista

La principal influencia epistémica en el modelo procesal adoptado por la reforma en cita de 2008 es el garantismo penal, originado en el liberalismo clásico y sistematizado a fines de siglo xx por Luigi Ferrajoli.

El garantismo penal se sustentó en el argumento de recuperar del derecho penal su carácter protector de los derechos fundamentales de las personas a través de tres niveles de garantías: 1) las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, 2) las garantías de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y 3) las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular;²³ expresión reflejada, en gran medida, en el artículo 20 constitucional: "El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen".

²³ Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy. *La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos*, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, edición de la Cátedra "Delito y sociedad: sociología del Sistema Penal" de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1, número 2, segundo semestre de 1992, Buenos Aires [s.e.] p. 47.

Estudio comparativo de la función policial

El garantismo es una tendencia crítica propia del ámbito latino de Europa, surgida en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado en el contexto italiano, a la que se denomina *garantismo penal*, cuyo principio fundamental es recuperar del derecho penal su aspecto garantista y el carácter protector de los derechos fundamentales de las personas, tras la inflación punitiva acaecida en los dos últimos siglos.²⁴

Para Ferrajoli, la justificación del derecho penal ha de sostenerse en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos y como herramienta de protección de las personas frente al poder punitivo estatal, es decir, como garantía:

... la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos [...] no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la “pena mínima necesaria” de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito.²⁵

Por tanto, para el autor el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social contra la amenaza representada por los delitos, sino que dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte.

... la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los *derechos fundamentales* constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como *bienes*, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las punitivas.²⁶

El derecho penal es, desde la perspectiva garantista, un instrumento de tutela de los derechos fundamentales de todo Estado democrático, la cual no solo se plantea en contra del eventual abuso del poder público, sino en contra de cualquier poder, público o

privado, que constituya una amenaza a los derechos fundamentales. Ferrajoli recuerda que el paradigma garantista puede expandirse en tres direcciones: 1) hacia la tutela de los derechos sociales y no solo los de libertad, 2) frente a los poderes privados y no solo frente a los públicos, y 3) en el ámbito internacional y no solo estatal.²⁷

El garantismo penal, en tanto modelo que ha servido de inspiración y base para el diseño de múltiples modelos procesales en occidente de convicción democrática, como México, se sustenta en tres definiciones de política criminal formuladas por Ferrajoli a manera de preguntas: ¿cuándo y cómo castigar?, ¿cuándo y cómo prohibir? y ¿cuándo y cómo juzgar?²⁸ Por ello, una política criminal asumida desde el modelo teórico garantista debe definir tanto las variables referentes, sí, al juicio, pero también las referentes al propio delito y a las penas a imponer; esto es, cómo juzgar, qué prohibir y cómo sancionar.

La epistemología garantista, esquematizada por Ferrajoli con base a sus 10 axiomas, pretende responder, y por tanto legitimar, a las preguntas: ¿cuándo y cómo castigar? (para referirse a la pena), ¿cuándo y cómo prohibir (refiriéndose al delito) y, finalmente, ¿cuándo y cómo juzgar? (al referirse al juicio). En este orden de ideas, una pena impuesta solo tiene razón de ser —se justifica— si se encuentran las razones del cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar. Este último elemento se define por el modelo procesal asumido, el acusatorio, en el que los equilibrios procesales ponen en “igualdad de armas” a las partes en el proceso. Pero en las respuestas al cuándo y cómo prohibir y castigar de todo modelo garantista se tiene que definir, entre otras variables, qué acciones deben ser consideradas delitos y la razón por la que deben ser reprimidas y en qué medida; y todo ello se define en ley sustantiva.

Un modelo procesal acusatorio, por tanto, expresa solo las garantías relativas al proceso; pero, como tal, es parte de una fórmula epistémica concreta y, por lo tanto, la base de una política criminal integral. No solo debe definir cómo debe procesarse y bajo qué parámetros, ni solo asumir una postura de tendencia

²⁴ *Ibid.*, p. 43 y ss.

²⁵ “Derecho penal mínimo” trad. de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores. *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 16.

²⁷ Luigi Ferrajoli. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 113.

²⁸ Ferrajoli, explica su modelo epistémico con base en 10 axiomas garantistas integrados por principios que ordena y conecta sistemáticamente y que definen el cuándo y cómo juzgar, prohibir y castigar. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón, op. cit.*, pp. 93 y 94.



represiva o más respetuosa de los derechos de las personas a las que alcanza; toda política criminal debe ser congruente en sus muy diversas variables, tanto las de naturaleza procesal como las de naturaleza sustantiva.

En el sistema penal concurren actores que operan la ley penal desde las instituciones que le conforman con sus muy diversas pero complementarias competencias, tanto del ámbito administrativo como del judicial; ambos, con fundamento, por supuesto, en la legislación penal y procesal penal. Por ello, una política criminal completa requiere no solo de la definición de cómo y cuándo juzgar —siguiendo el modelo garantista de Ferrajoli, con base en la fórmula acusatoria del principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación—, sino de definiciones propias de la ley sustantiva penal que definan el cómo y cuándo prohibir y el cómo y cuándo castigar; definiciones que completan el modelo epistémico garantista. Así, completan el modelo las definiciones del cuándo y el cómo de la intervención penal, expresando las garantías relativas al proceso, sí, pero también las garantías relativas tanto al delito como a la pena.

5. El proceso penal acusatorio en México. Los faltantes para un sistema de justicia penal garantista

La reforma de 2008, con la inclusión de principios constitucionales para la justicia penal, las garantías procesales, las libertades de los ciudadanos y las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, el aumento de derechos para los imputados de delito y para las víctimas u ofendidos por el mismo y el debido proceso penal en general, es sin duda uno de los “pasos” más importantes que una reforma constitucional ha dado para la consolidación democrática del sistema penal.

Efecto inmediato de esa reforma fue la promulgación de códigos procesales en materia penal de corte acusatorio y luego la del CNPP, que, además de lograr la unificación de los criterios procesales, sienta las bases de una política procesal mucho más respetuosa de los derechos de los involucrados que la de los modelos mixtos de naturaleza inquisitiva que quedaron atrás.

Esta reforma decidió la manera en cómo juzgar, base clara de una política criminal que decide equi-

librar las fuerzas de las partes en el proceso para nivelar los contrapesos y evitar los abusos de poder, en el entendido de que generalmente quienes entran en contacto con el sistema penal son vulnerables frente a este. Acorde con la epistemología garantista, basada en las tres preguntas aludidas, la reforma de 2008 no tocó las variables sustantivas: aquellas que definen el cómo y cuándo prohibir y castigar, lo que debió suceder desde la ley penal, por lo que es una reforma incompleta y, por lo tanto, carece de integralidad desde el enfoque epistémico garantista.

Con la reforma se transformó el sistema penal de variables mixtas-inquisitivas a uno de tipo acusatorio, en donde se ha definido el cómo del proceso de incriminación; sin embargo, en congruencia, la base de una política criminal de corte garantista, como la de los modelos procesales acusatorios, exige además —como se explicó— la definición de cuándo y cómo prohibir y castigar. Por ello, acorde con el modelo procesal adoptado en la reforma aludida de corte garantista y con las expectativas de una justicia penal más respetuosa de los derechos de las personas, el Estado mexicano debe definir una política criminal que consolide su convicción democrática; para lo que resulta indispensable hacerlo desde la ley constitucional y que impacte tanto en la ley sustantiva penal como en el cúmulo de leyes comprometidas.

Las definiciones de política criminal referentes a las garantías sobre el delito, en el esquema garantista se refieren, siguiendo a Ferrajoli,²⁹ a los intereses que justifican o no justifican la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros; esto es, la definición de qué acciones u omisiones deben ser consideradas delitos y las razones para así considerarlos. En estas definiciones de política criminal —cuándo y cómo prohibir—, el Estado debe responder a la pregunta de por qué ciertas acciones merecen la tutela penal y, por tanto, del andamiaje del sistema penal que reaccionaría para la protección del bien jurídico tutelado. Lo anterior implica discernir si la tutela penal es necesaria —principio de necesidad— o si hay otros medios menos violentos al alcance que podrían resolver el problema social concreto sin tener que considerarle delito, ya sea porque no hay un víctima o grupo de víctimas identificadas —delitos sin víctima— o porque su atención desde otro tipo de políticas públicas, como las de carácter

²⁹ *Ibíd.*, p. 459 y ss.

Estudio comparativo de la función policial

social, pueden atender y resolver la problemática social sin la necesidad de recurrir a las restricciones y afectaciones severas de derechos que la intervención punitiva implica.

Es este orden de ideas, decidir qué prohibir desde la ley sustantiva penal implica la responsabilidad de entender que muchas acciones, que suelen tipificarse como delitos, con sus respectivas y muy variadas modalidades, no necesitan del poder punitivo estatal para atenderse, en tanto problemáticas sociales que son.

Además de decidir qué tipificar, qué acciones u omisiones deben ser consideradas como objeto de la tutela penal, esto es, los intereses que justifican o no la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros —cuándo y cómo prohibir—, habrán de definirse las condiciones de justificación de la imposición en concreto de las penas, su naturaleza y medida.³⁰ Así, por ejemplo, por la estructura del sistema penal en México, la decisión de qué delitos de alto impacto deben suponer prisión preventiva oficiosa —en términos del artículo 19 constitucional— son muestra clara de este tipo de definiciones referentes a la pena, siguiendo la epistemología garantista.

Otras definiciones respecto del tipo de delitos, en estas definiciones respecto de la pena, tendrán impacto directo en fórmulas procesales concretas que a su vez impactarán en el goce y ejercicio de derechos tanto para imputados de delitos como para víctimas de estos. Así, la posibilidad de las víctimas de optar por ejercer directamente la acción penal —acción penal por particulares—, en términos de lo previsto por el artículo 21 constitucional en su párrafo segundo, o también en la posibilidad de optar por mecanismos de composición. Ejemplo de ello, cuando de ejercicios de derechos del imputado se trata, es la posibilidad de gozar o no de penas alternativas a la prisión tanto preventiva como de ejecución de sentencia.

La ley sustantiva, sin embargo, no fue objeto de la reforma *garantista* de 2008 a la justicia penal. La reforma fue principalmente procesal, para la implementación del modelo procesal acusatorio, esto es, la definición del cómo y cuándo juzgar; por lo que, en el mejor de los casos, se ha logrado una tercera parte de la epistemología garantista para el sistema penal mexicano. Las definiciones y, por tanto, las decisiones respecto de las variables que conciernen a los

delitos y a las penas han quedado como lo estaban desde décadas atrás: correspondidas con las variables represivas de la influencia de la defensa social y en congruencia con aquellos modelos mixtos de naturaleza inquisitiva que, también por décadas, estuvieron vigentes en los diferentes órdenes de competencia del sistema penal en México.

Así, la ley sustantiva penal en México prevé muchos tipos penales que son reflejo de que la principal política de atención a los problemas sociales es principalmente punitiva³¹ —como la tipificación del aborto en la mayoría de los códigos penales, o el consumo de estupefacientes, etc.—, evidencia clara del arraigo de la ley sustantiva penal a la ideología de la defensa social de influencia positivista.

Previsiones de penas muy elevadas, pocas posibilidades de ejercer acción penal privada o de ejercer mecanismos de composición, además de figuras excesivamente restrictivas de la libertad y de los derechos humanos de las personas como el arraigo, son muestra de la correspondencia de que el modelo sustantivo penal en México está muy lejos de corresponderse no solo con la epistemología garantista —como se presume se pretendió con la reforma 2008—, sino también con los anhelos de un sistema de justicia penal democrática.

La incongruencia entre los modelos sustantivos y el modelo procesal penal unificado —merced al CNPP, vigente a partir del 2013— es latente en un despliegue punitivo desarticulado y poco eficaz. La crisis de la justicia penal, sin duda, es determinada —entre otras— por esta causa.

La unificación de la ley sustantiva penal podría ser un mecanismo unificador de criterios —como lo ha sido el CNPP—, ya que la organización federada en México reserva soberanía legislativa para las entidades federativas que integran la República mexicana. Determinar, sin embargo, las definiciones y el contenido en torno al delito y a la pena, con variables garantistas, será un reto mayor en un país en el que la

³¹ Para Roberto Bergalli *et al.*, el sistema penal no es la única ni la mejor manera de prevenir el delito: “... las intervenciones sociales asumen un papel decisivo cuando se pretende que el sistema penal pueda responder a las exigencias de una sociedad democrática, plural y participativa, para asegurar los derechos de los ciudadanos, tanto de los infractores del ordenamiento jurídico penal como de quienes resultan víctimas de delitos o perjudicados con las consecuencias sociales que no puede paliar el sistema penal”. *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*. Editorial Hacer, 1993, p. 12.

³⁰ *Ibid.*, p. 353 y ss.

cultura e ideología punitiva tiene un marcado arraigo inquisitivo.

6. La crisis del sistema de justicia penal. A manera de conclusión

La segunda mitad del siglo xx se caracterizó por la reacción crítica al dominio positivista tanto en el discurso criminológico como en el despliegue de las políticas públicas de la criminalidad que, durante más de un siglo, habían dominado el quehacer punitivo en los sistemas penales de occidente, principalmente en el ámbito latino de Europa y en Latinoamérica. Los estudios criminológicos desvelaron una realidad que contrastaba con los discursos jurídicos penales que, por décadas, habían legitimado las prácticas punitivas represivas que caracterizaron a estos sistemas penales.

Si bien desde el discurso criminológico se habló de esta crisis y se dio forma a una corriente crítica que hoy se reconoce como criminología de la reacción³² —también como criminología crítica—, lo cierto es que de manera generalizada se habló, desde entonces y hasta la fecha, en el ámbito académico, sí, pero también desde otros ámbitos y espacios sociales, especializados o no. Se reaccionó a los discursos jurídico-penales y a los criminológicos que nada tenían que ver con las latentes y lacerantes realidades de un despliegue punitivo exacerbado mediante políticas públicas de la criminalidad irrespetuosas de la dignidad humana. Es este un discurso que, desde el ámbito descriptivo de la norma —jurídico-penal—, nada tiene que ver la forma en que se presupone operan con la actuación real de los sistemas penales. En palabras de Zaffaroni:

la programación normativa se basa en una realidad que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente [...] nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad.³³

³² Alessandro Barata considera a la criminología de la reacción como una dirección de investigación que "... parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad sino se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales (policía, jueces, instituciones penitenciarias que la aplican)". *Op. cit.*, p. 84.

³³ Eugenio Raúl Zaffaroni. *En busca de las penas perdidas*, 2ª. edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 16. Para el

El saber criminológico, por su parte, bajo el amparo de su argumento "científico" y de saber empírico, se había ensañado con aquellos seres humanos que calificó de inferiores, seres a los que las políticas públicas de la criminalidad no debían considerar en el respeto de sus derechos ni de su dignidad.

La criminología positivista —que dominó las definiciones y las razones del despliegue punitivo durante más de un siglo, y de alguna manera aun lo hace—, paradójicamente, llegó a deducciones mediante el análisis empírico, en otro latente y claro error de método. La realidad no es inmutable —absoluta— como de manera equívoca lo consideró el positivismo bajo el dogma de la causalidad,³⁴ error que, llevado a las definiciones criminológicas, primero, y al despliegue de las políticas públicas de la criminalidad, después, caracterizarían a los sistemas de justicia penal como fuentes interminables de discriminación, como ha sucedido en México y en buena medida —según se ha afirmado— aún se hace.

Algunos autores, como Luigi Ferrajoli³⁵ y Eugenio Raúl Zaffaroni,³⁶ se refieren a la crisis de los sistemas penales occidentales —Ferrajoli con especial énfasis en el italiano, y Zaffaroni habla de los latinoamericanos— como una crisis de legitimación, distinguiendo legitimidad de legalidad, bajo el presupuesto de que las previsiones normativas contrastan severamente con la realidad. Esto no había sucedido por décadas,

autor, la verificación de esta contradicción en América Latina no demanda más que una observación muy superficial, a diferencia de algunos países centrales en los que esta verificación requiere demostraciones más o menos finas.

³⁴ Uno de los muchos puntos débiles del positivismo, siguiendo a Bustos Ramírez, "... el planteamiento particular del dogma de la causalidad, como el general de la invariabilidad de las leyes naturales, estaba basado en la idea de un objeto absoluto; es decir, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente una 'metafísica' -tan denigrada por él- justamente porque se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas -aserciones indiscutibles-, con lo cual había una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico". *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, Colombia, 1983, p. 34.

³⁵ *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 21. Para el autor, la crisis de los actuales sistemas penales es respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Afirma que a pesar de que estos sistemas penales fueron diseñados con el nacimiento del Estado moderno —Estado de derecho—, con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para la tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan; todo ello a pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas.

³⁶ *En busca de las penas perdidas*, *op. cit.*, p. 77 y ss. Para Zaffaroni se trata de una crisis de legitimidad.

Estudio comparativo de la función policial

pero no por el hecho de que hubiera tal correspondencia y las previsiones normativas se materializaran tal cual fueron presupuestadas, sino por que los discursos legitimantes habían encontrado asidero en una sociedad poco crítica, sí, pero también anclada en una cultura represiva de profundo arraigo.

Las teorías criminológicas hasta entonces habrían hecho bien su trabajo, no tanto al explicar las causas de la criminalidad, sino al legitimar la reacción punitiva con base en aquellas razones causales. Así, las teorías criminológicas se convirtieron en una colección de razones legitimantes de políticas de la criminalidad sin sentido, carentes de racionalidad, en manifiesta y progresiva “perdida de las penas, de dolor sin sentido”.³⁷

La crisis de los sistemas penales viene de la mano de la crisis misma de la teoría social de la segunda mitad del siglo xx, apolítica, acrítica y descriptivista, por su metodología descriptivo-positivista.³⁸ Aquella sociología que paradójicamente se había sustentado en dogmas, en verdades absolutas e irrefutables, motivó que el derecho, en tanto instrumento y fórmula para la integración social, siguiera la misma suerte y fundamentara sus principios en verdades y valores a los que consideró universalmente válidos e irrefutables. Todo esto sirvió “eficazmente” para mantener la cohesión social —desde el derecho— en sociedades homogéneas y de poca movilidad, como las de los siglos xix y xx, integradas bajo definiciones mayoritariamente aceptadas respecto de lo que es justo y lo que no, lo que está bien y lo que está mal;³⁹ sociedades que ya no existen más o que cada vez existen menos.

³⁷ *Ibid.*, p. 16.

³⁸ Siguiendo a María José Fariñas Dulce, refiriéndose a la crisis de la sociología del derecho, para entonces y hasta los años setentas, anclada en una dimensión epistemológica, metodológica, histórica, teórica y sistemática, en detrimento de la perspectiva empírica. Lo mismo sucedió con la criminología positivista respecto de la cual se reaccionaba. *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*. <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sociologa-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho> (Fecha de consulta, julio 19, 2019).

³⁹ A este paradigma social, Massimo Pavarini lo identifica como *sociedad consensual*: la sociedad se presenta “... como una estructura relativamente estable y bien integrada, y cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales. Particularmente en lo que se refiere a las relaciones entre individuo y autoridad y por tanto entre ley y sociedad...”. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, octava edición en español, Siglo XXI editores, México, 2003, p. 95.

En efecto, las aceleradas transformaciones sociales de la segunda mitad del siglo xx, motivadas —principalmente— por el avance tecnológico y el desarrollo de los medios de comunicación, recrudecerían la crisis de legitimidad del derecho mismo. La composición ahora pluricultural de sociedades tan diversas como las actuales exigiría del derecho nuevas fórmulas para cubrir las ahora diferentes necesidades de integración social; las anteriores, que resultaban idóneas para el control social, para el ejercicio exacerbado del poder público, ahora serían poco operables en sociedades mucho más críticas e inestables. Por ello, la crisis de los sistemas de justicia penal responde a la crisis misma de las ciencias sociales y, por ende, del derecho y del derecho penal. Este último, que habría sido el instrumento idóneo para reprimir la disidencia, al diferente, al otro, para mantener un Estado fuerte, seguro de sí, pero de inseguridad para las personas,⁴⁰ ahora se mostraría incapaz de entender y atender las realidades cambiantes de sociedades cada vez más complejas, sobre todo de alta conflictividad social y poco desarrollo, como las latinoamericanas.

La nueva criminología partiría de la descripción de la operatividad real de los sistemas penales; la crítica no solo fue eso, no solo significó evidenciar la contradicción entre los discursos jurídico-penales y político-criminales y las realidades de la programación normativa basada en una realidad que no existe y el conjunto de agencias que deberían llevar a cabo esa programación, pero que operan de forma completamente diferente. La criminología de la reacción también sentó las bases de un quehacer criminológico adecuado a las nuevas inercias de la teoría social, evaluador de las realidades tanto del delito como de su reacción, consciente y crítico de que el poder punitivo controla y lesiona, pero también mantiene a los gobiernos totalitarios aún disfrazados de democráticos.

Esta crisis es más que latente para el sistema de justicia penal mexicano, que se muestra incapaz de paliar los problemas de una sociedad mexicana como la actual, de complejidad mayúscula y de apremiantes problemas de desarrollo y, por ende, de inseguridad. El sistema de justicia penal en México no se ha terminado de definir en sus políticas públicas de la criminalidad, olvidando sus fundamentos básicos; hace convivir a variables epistémicas incompatibles entre sí por no definir si garantizar derechos en definitiva o

⁴⁰ Ver nota 5.

garantizar su propia seguridad mediante el control de tintes absolutistas, so pretexto de la alta conflictividad social y lacerante inseguridad; no define si garantizar en definitiva los derechos de las víctimas —del delito y de violaciones a los derechos humanos—, como lo prevé la Ley General de Víctimas, o reprimir prioritariamente lo que define es criminalidad —en sus términos y condiciones- en detrimento, como siempre, de las personas en condición más vulnerable con las que se ensaña y discrimina. Una justicia penal plagada de mixturas de la que no es posible afirmar ni calificar de acusatoria y mucho menos de garantista, a pesar de las reformas aludidas.

El sistema de justicia penal debe revisar los fundamentos de las políticas públicas de la criminalidad, definir y decantarse por un modelo coherente de atención al delito y de reacción punitiva, abrir la puerta a las alternativas no punitivas para la resolución de problemas sociales y dejar de apostar únicamente a su criminalización.

Se debe considerar que así como el modelo garantista, en cuanto postura teórica, es un sistema articulado de variables, el propio sistema de justicia penal también lo es; luego, si la pretensión de la reforma penal fue principalmente de ideología garantista, es deseable que el sistema garantista impacte en todos los ámbitos y variables del sistema penal, para que la coordinación entre los operadores de un mismo poder o función y la articulación con los de otros poderes arrojen mejores expectativas de solución a tan apremiantes problemas de paz y seguridad.

La progresividad en la justicia penal es evidente, pero también ha dado muestras de regresiones que afectan su consolidación democrática. Las reformas de las últimas décadas han significado un avance considerable hacia aquella consolidación, pero se requiere complementarlas y generar las condiciones para la consolidación de una justicia tal. En este sentido, resulta indispensable lograr la debida coordinación y articulación de los actores involucrados en el sistema de justicia penal, para que opere como tal. Este es un reto bastante complicado si se reconoce que los actores de órdenes de gobierno y poderes diferentes, que deben funcionar como un todo armónico y congruente, no han logrado ni coordinarse ni articularse como es deseable y, por ende, el sistema penal no puede funcionar como como debiera.

Es necesario fortalecer las instituciones que integran el sistema penal para que su función se fortalezca, pero también al sistema en cuanto tal. Jueces obedientes a la ley e inamovibles salvo los presupuestos en que así proceda, pero nunca sujetos a la arbitrariedad de sus superiores ni a los cambios ni inercias políticas ni administrativas. Y qué decir de las instancias policiales. Habrá que consolidar el servicio civil de carrera y fortalecer los procesos de selección no manipulables a capricho de quienes los implementan. De ahí la importancia del fortalecimiento de la autonomía e independencia de las instituciones.

Las políticas públicas que deben ser progresivas, deben plantear acciones de largo aliento. Ningún proceso se logra transformar de la noche a la mañana, pero será mucho más eficaz si se trazan rutas claras, por etapas y sobre todo transexenales. Habrá que evaluar —y no solo informar— sobre el funcionamiento de las instituciones y la eficacia de su operatividad en relación con el sistema penal en su conjunto; ello permitirá ajustar las proyecciones, fortalecer las políticas efectivas y corregir las ineficaces.

Ajustar la ley sustantiva penal a las variables garantistas para hacerlas congruentes con las procesales es un pendiente impostergradable. No es viable que la teleología del garantismo penal se alcance si solo se reforma una tercera parte de su cosmogonía. Los pendientes, por tanto, aún son muchos en la expectativa del total cambio de paradigma para una justicia penal respetuosa de los derechos de las personas a las que alcanza.

7. Fuentes de información

Bibliográficas

- Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, 3ª reimpression, Pre-Textos, Valencia, España, 2010.
- Barata, Alessandri, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4ª edición en español, Siglo XXI editores, México 1993.
- Bergalli, Roberto, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial María Jesús Bosch, S.L., Barcelona, 1996.

Estudio comparativo de la función policial

- Bergalli, Roberto, *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Editorial Hacer, 1993.
- Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, 2000.
- Bustos Ramírez, Juan, *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- Bustos Ramírez, Juan, *et al.*, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, 1ª reimpression de la edición en castellano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México 1989.
- Fariñas Dulce, María José, *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*, <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sociologia-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho> (Fecha de consulta, julio 19, 2019).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo*, trad. de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª edición en español, Trotta, Madrid, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*, Bogotá, Editorial Palestra y Temis, 2007.
- Mancilla Castro, Roberto Gustavo, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039> (Fecha de consulta 05 de abril de 2019).
- Martínez-Bastida, Eduardo, *Derecho penal del enemigo*, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2013.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8ª edición en español, Siglo XXI editores, México, 2003.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (Fecha de consulta 03 de abril de 2019).
- Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, edición de la Cátedra “Delito y sociedad: sociología del sistema penal” de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1, número 2, segundo semestre de 1992, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Editores Coyoacán, México, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, 2ª Edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Zamora Grant, José, *Justicia penal y derechos fundamentales*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

Documentos consultados

- Encuesta Nacional sobre victimización y percepción sobre la seguridad pública* (ENVIPE 2017), del INEGI, <https://www.inegi.org.mx/programas/envi-pe/2018/> (Fecha de consulta, julio 5, 2019).
- Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México*. CIDE / CNDH, 2018, [HTTP://WWW.CNDH.ORG.MX/SITES/ALL/DOC/INFORMES/ESPECIALES/ESTUDIO_JUSTICIA_TRANSICIONAL_MEXICO.PDF](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/INFORMES/ESPECIALES/ESTUDIO_JUSTICIA_TRANSICIONAL_MEXICO.PDF) (Fecha de consulta, mayo 22, 2019).
- Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*. Documento editado por el Gobierno federal, <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html> (Fecha de consulta 02 de julio, 2019).

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, en, Ciudad de México, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a las siguientes direcciones: jerferreolive@gmail.com y publicaciones@inacipe.gob.mx o a través de la página en línea <http://revistaciencias.inacipe.gob.mx/>



ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.



PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad en el número de la publicación correspondiente.



DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán por correo electrónico y también en un disco e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES