

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 19
julio - diciembre 2021



Revista

Penal

MÉXICO

Número 19
julio - diciembre 2021
México
ISSN 2007 4700



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



REVISTA PENAL MÉXICO, año 8, núm. 19, 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.

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

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

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL
DE CIENCIAS PENALES

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

GABRIELA ALEJANDRA ROSALES HERNÁNDEZ
Secretaria General de Extensión

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Directora de Publicaciones y Biblioteca

Número 19
julio - diciembre 2021
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTOR

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

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

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
Universidad Autónoma de Guerrero

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
El Colegio de México

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

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

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

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Universidad Autónoma de Chiapas

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad De La Salle Bajío

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

EDITORA DE LA REVISTA

ALEJANDRA SILVA CARRERAS
Instituto Nacional de Ciencias Penales

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

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

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
Universidad Autónoma de Tlaxcala

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

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

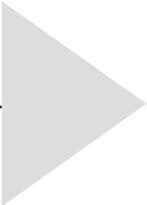
MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Universidad Internacional de la Rioja

VICTOR MANUEL MACIAS CARO
Universidad de Huelva y Pablo de Olavide



Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado*



Paula Beatriz Bianchi Pérez

*Profesora titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ULA y jefe de la Cátedra de Derecho Penal
Correo electrónico: pbianchip@yahoo.com*

RESUMEN: Este artículo pone de manifiesto la estrecha relación que se observa entre la falta de precisión y acuerdo que existe respecto de la noción de plagio y su regulación por parte del derecho penal, lo que se traduce en diversas opciones político-criminales acogidas por las legislaciones nacionales.

PALABRAS CLAVE: Plagio, delito, opciones político-criminales.

ABSTRACT: This article highlights the close relationship observed between the lack of precision and agreement that exists regarding the notion of plagiarism and its regulation by criminal law, which translates into various criminal political options accepted by national laws.

KEY WORDS: Plagiarism, crime, criminal political options.

SUMARIO: 1. Comentario introductorio. 2. El plagio. Un término que evoca un sinfín de significados y que abarca múltiples variables. 3. Implicaciones jurídicas del plagio. El plagio como hecho punible. 4. Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. 5. Comentario conclusivo. 6. Bibliografía.

Rec: 13-11-2020 | **Fav:** 14-01-2021

* Este artículo fue realizado en homenaje a mi maestro el Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, y fue incluido en el libro intitulado *Nuevas fronteras del Derecho Penal global. Libro homenaje a Juan Carlos Ferré Olivé*, Bogotá, 2019.

1. Comentario introductorio

Dentro del amplio e ilimitado abanico de conductas que pueden incidir negativamente respecto de las prerrogativas conferidas por el derecho de autor, el plagio debe ser visto como la modalidad que atenta de manera más sensible y más perversa, contra la esencia de este derecho. Cuando se usurpa a un autor, cuando otra persona se arroga esa cualidad, se lo desvincula completamente de su obra, se le anula y, si bien en principio se viola su “derecho de paternidad”, se abre la posibilidad para que adicionalmente se le vulneren todos los demás derechos que legalmente tiene en relación con su obra, morales y patrimoniales.

Esta deplorable conducta, cuyos antecedentes algunos ubican en el siglo V a.C.,¹ se ha ido enquistando en diversos ámbitos y a todo nivel y ha sido el eje de sonados escándalos en el mundo académico, político, artístico, literario, etcétera.²

Ahora bien, los avances tecnológicos, así como el rápido y prácticamente ilimitado acceso a la informa-

ción, han traído consigo beneficios y mejora en la calidad de vida de la población en general, pero al propio tiempo han conducido a un aumento exponencial de conductas infractoras a los derechos de propiedad intelectual,³ destacándose, entre ellas, el plagio.

Sobre esta problemática, Sáez señala que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación posibilitan a los creadores la puesta en circulación de su producción artística y cultural sin elevados costes, facilitando la difusión de sus obras. Sin embargo, ello al propio tiempo, dificulta la protección de los derechos de propiedad intelectual, pues esa distribución y comunicación pública de obras cuasi ilimitada merma la capacidad de control de los titulares de los respectivos derechos.⁴

En la misma línea de pensamiento, Termino aclara que:

La irrupción de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana de todos nosotros ha llegado como un tsunami a los sistemas tradicionales de propiedad intelectual, que no estaban en absoluto preparados para dar respuesta a nuevas situaciones y conflictos hasta la fecha desconocidos.⁵

De cara a esta realidad, resulta oportuno destacar que, no obstante haber coincidencia de criterio al cuestionar la actuación del plagiario, no puede decirse lo mismo en cuanto a la noción de plagio. En efecto, no existen definiciones legales del mismo, se le conceptúa desde las más variables perspectivas, como conducta deshonesto, como supuesto lesivo al derecho de autor, como delito, y las respuestas a nivel

¹ Iribarne y Retondo señalan que contrario a los que algunos piensan, el plagio no es un problema reciente, ya que según cuenta Vitrubio en el siglo V a. C. varias obras antiguas de la biblioteca de Alejandría fueron presentadas en un concurso de poesía por concursantes que se atribuían falsamente su autoría, los cuales fueron castigados como ladrones conforme a las leyes de la época. Ver: Armando Soto, “El plagio y su impacto a nivel académico y profesional”, *E-Ciencias de la Información Revista electrónica semestral* 2, N° 1 (enero-junio 2012): 2, https://www.ugr.es/~plagio_hum/Documentacion/06Publicaciones/ART003.pdf. Por su parte Astudillo afirma que ninguna civilización ha tolerado el plagio, y que, si bien los romanos no conocieron la propiedad intelectual, condenaron al plagio por deshonesto. Francisco Astudillo, “Plagio intelectual”, *Revista Propiedad Intelectual* 8 y 9, Año V (enero 2005-diciembre 2006): 243.

² Muestra de ello es el caso del ministro de defensa alemán, Karl Theodor zu Guttenberg, que en el año 2011 perdió su título de doctor en Derecho y tuvo que renunciar a su cargo luego de haberse demostrado que había plagiado aproximadamente el 20 por ciento de su tesis doctoral. Al siguiente año el presidente de Hungría, Pál Schmitt, dimitió a su cargo luego de habersele revocado su título de doctor como sanción por el plagio descubierto igualmente en su tesis doctoral. Ver: Alejandro Miranda, “Plagio y ética en la investigación científica”, *Revista Chilena de Derecho* 40, N° 2 (2013): 711, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000200016&script=sci_arttext. El ámbito literario también se ha estremecido por la denuncia de supuestos plagios, como el referido al libro *Código da Vinci* de Dan Brown, y por la condena de escritores reconocidos, como el peruano Alfredo Bryce Echenique, quien por decisión judicial tuvo que pagar una importante suma de dinero por plagiar artículos de otros autores y presentarlos como propios. Ver: Angélica Gutiérrez, “Plagio literario”, *Cuadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses* 10 (2010): 34-35, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308128>.

³ Cuando quien escribe este artículo emplea la expresión *propiedad intelectual*, lo hace refiriéndose a su acepción amplia, como categoría jurídica que engloba por una parte al derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor y, por la otra, a la propiedad industrial.

⁴ Elena Sáez, “Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (En “Homenaje al Barón Gerhard Ernst Von Franckenau y al jurista y sociólogo Georges Gurvitch)”, *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social* 8 (mayo 2014): 116, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4898254>.

⁵ Ignacio Termino, “El plagio en la era de las nuevas tecnologías”, *Icade, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 78 (septiembre-diciembre 2011): 177, <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/237>.

normativo frente a este comportamiento adoptan modalidades muy disímiles.

En lo que concierne a la vía punitiva, como lo indica Echavarría, se observa una tendencia internacional a consagrar en los ordenamientos jurídicos nacionales tipos penales que sancionan conductas atentatorias contra los derechos de autor a fin de salvaguardar y estimular la actividad creativa y fomentar el desarrollo cultural y económico del conglomerado social. Dentro de ese contexto se han propuesto diferentes fórmulas legislativas para penalizar y desincentivar al plagio, al ser entendido como una de las infracciones más graves e intolerables que afecta no solo los derechos conferidos al autor, tanto en su vertiente moral como patrimonial, sino los intereses de la sociedad en general.⁶ Poniendo acento en ese último aspecto, Balbuena sostiene que el plagio atenta igualmente contra el interés público en sus diversas facetas, pues la obra plagiada, por no ser original, engaña al consumidor con la suplantación, perdiéndose el vínculo que existe entre el verdadero autor y el fruto de su espíritu creador.⁷

Con el anterior preámbulo, en las siguientes líneas y a partir de la consideración de las principales concepciones de plagio, se valorarán sus implicaciones jurídicas para finalmente centrar el análisis en las opciones político-criminales que se observan en su regulación penal, con base en un estudio comparativo de la normativa específica de España y algunos países latinoamericanos.

2. El plagio. Un término que evoca un sinfín de significados y que abarca múltiples variables

Como ya se adelantó, a nivel normativo no se cuenta con una definición de plagio, lo que determina que no exista univocidad al momento de darle contenido a ese vocablo. Ello a su vez trae como corolario que la regulación legal respecto de este comportamiento difiera, pues al ser concebido de manera diversa, el ámbito en el que se acuerda su tratamiento jurídico,

así como los parámetros exigidos para su sanción penal, de ser el caso, varían notoriamente.

Echavarría, en relación con lo expuesto, advierte que

(...) la conceptualización de este fenómeno no ha sido precisa en las legislaciones nacionales e internacionales sobre la materia, lo cual, aunado a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios sobre el particular, ha tergiversado el significado y la naturaleza de este constructo.

En su opinión, a pesar de que el plagio unánimemente es considerado una de las infracciones más graves e intolerables contra los derechos de autor, a pesar de ser pacíficamente reprochado, no existe coincidencia en su conceptualización, toda vez que paradójicamente engloba contradicciones y vacíos en el marco legal, jurisprudencial y doctrinal, generando incertidumbre y situaciones problemáticas en el ejercicio y defensa de los derechos de propiedad intelectual.⁸

En efecto, los enfoques respecto de la figura del plagio van desde su visión como comportamiento deshonesto, específicamente en el ámbito académico, hasta su conceptualización como delito. Desde la primera perspectiva referida, el plagio es entendido como una de las conductas que integran la denominada “deshonestidad académica”, definiéndose en los siguientes términos: “...usar ideas, datos, lenguaje de otro sin su reconocimiento específico o apropiado...”.⁹ La amplitud de la anterior definición, posibilita abarcar en su ámbito supuestos de plagio que no se encuentran asociados a una obra ajena o que no violan el derecho de autor, tal es el caso del “plagio de ideas” y del “autoplagio”.¹⁰

Como se infiere de su denominación, el plagio de ideas no es más que la apropiación de una idea, por ejemplo, una teoría o hipótesis, sin dar crédito a su autor, pudiendo ser total o parcial, o con modifica-

⁸ Echavarría, “El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor”, 87.

⁹ Universidad de Pensilvania, *Código de Integridad Académica*, Trad. por Ximena Páez (S. F.): S. N., http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/32939/38/4ta_sesion_codigointegridad.pdf.

¹⁰ Paula Bianchi, “El plagio: implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico”, *Revista Propiedad Intelectual* Año XV, N° 19 (enero-diciembre 2016): 217, http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/43669/articulo_8.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

⁶ María Alejandra Echavarría, “El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor”, *Cuadernos de Derecho Penal* 15 (enero-junio 2016): 86, <https://doi.org/10.22518/20271743.577>.

⁷ Pedro Balbuena, “El plagio como ilícito penal. Especial referencia al ‘auto plagio’”, *Ventana Legal Revista* (S. F.): S. N., http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm.

Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado

ciones superficiales.¹¹ Por su parte el autoplagio¹² o replicación es "...la presentación nueva u original de un texto que se ha escrito antes, o un conjunto de datos publicados o entregados previamente".¹³

Apartados de la anterior noción, la generalidad de definiciones de plagio coinciden en comprender en su contexto la situación de apropiación de una obra ajena, es decir, de una obra protegida por el derecho de autor. Esa es la dirección que se sigue en el *Diccionario de la Real Academia Española*, que define al plagio como un sustantivo que designa la acción de plagiar, definiendo a su vez plagiar como "Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias".¹⁴

Como infracción al derecho de autor, Lipszyc señala que el plagio es "...el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios".¹⁵ De allí se desprende que el plagio puede ser total o parcial. Como lo explica Antequera Parili, citado por Echavarría, el total es el "...calcado íntegro de la obra primigenia en la usurpadora", en tanto que el parcial se configura cuando se limita a una parte de la obra que contenga "aspectos sustanciales o esenciales del ingenio en una medida apreciable". Seguidamente, el mencionado autor distingue entre plagio servil, burdo, idéntico o clónico, en el que la usurpación se realiza "sin introducir modificaciones a la obra primigenia", y plagio simulado, inteligente o elaborado, en el que se incorporan "variantes a la creación ajena

'maquillándola', la mayoría de las veces para tratar de disimular la apropiación".¹⁶

De otra parte y mediante la precisión de los derechos vulnerados, Sánchez Arísti, citado por Termino, indica que:

(...) por plagio debe entenderse una infracción prototípica en sede de derechos de autor que implica una usurpación mixta, por una parte de los derechos de explotación —y en concreto del derecho de reproducción— y por otra parte de los derechos morales del autor —y en concreto del derecho de paternidad— al atribuirse el plaguario la autoría de la obra que no es suya o de parte de ella.¹⁷

Adicionalmente, se advierte que como infracción del derecho de autor el plagio puede recaer sobre cualquier tipo de obra, al presentar un tercero su copia como propia sin autorización expresa de quien ostenta los respectivos derechos, afectando por una parte al autor, y por otra parte al destinatario de la obra, quien resulta engañado respecto de su autoría.¹⁸ La acotación de que puede versar sobre cualquier tipo de obra se evidencia en la clasificación que algunos doctrinarios hacen del plagio, en atención justamente a la categoría de obra que ha sido objeto de la conducta infractora. Es así como se especifican, entre otros, el plagio de obras literarias o científicas, gráficas y fotográficas, de arquitectura, pictóricas y musicales.¹⁹

Finalmente, desde la perspectiva penal algunos autores definen el plagio como delito; todas estas definiciones parten igualmente de la existencia de una obra protegida por el derecho de autor, pues de no existir la infracción en el ámbito de la propiedad intelectual, no podría configurarse delito alguno. En ese sentido, mi maestro Ferré Olivé, a quien se rinde merecido ho-

¹¹ Miguel Roig, *Avoiding Plagiarism, Self-Plagiarism, and other Questionable Writing Practices: A Guide to Ethical Writing* (2006): 4, <http://www.cse.msu.edu/~alexliu/plagiarism.pdf>. En igual sentido, para Medina y Verdejo el plagio no solo se configura cuando se copian obras ajenas, sino también cuando se copian o se roban las ideas de otro para presentarlas luego como propias. Ver: María Medina y Ada Verdejo, "Plagio cibernético: Situación y detección", *Cuadernos de Investigación en la Educación* 27 (diciembre 2012): 24, <http://cie.uprrp.edu/cuaderno/ediciones/27/v27-2012-01.pdf>.

¹² Para Miranda, se trata de una forma paradójica de plagio, pues parece constituir una contradicción en sus términos. Ver: Miranda, "Plagio y ética en la investigación científica", 720.

¹³ Medina y Verdejo, "Plagio cibernético: 'Situación y detección', 24. Sobre el auto plagio, ver: Renzo Ramírez y Hernán Jiménez, 'Plagio y auto-plagio'. Una reflexión", *Revista de historia regional y local* 8, N° 16 (julio-diciembre 2016): 277-278, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5585614>.

¹⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Edición (2014), <http://lema.rae.es/drae/?val=plagio>.

¹⁵ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2006), 111.

¹⁶ María Alejandra, Echavarría, "¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44, N° 121 (julio-diciembre 2014): 708, <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151433273011.pdf>.

¹⁷ Termino, "El plagio en la era de las nuevas tecnologías", 180.

¹⁸ Santiago Cavanillas, "El ciberplagio en la normativa universitaria", *Digitum* 10 (diciembre, 2008): 1, <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=55001006>.

¹⁹ En relación con esos tipos de plagio ver: Isabel Germán Mancebo, "La relevancia jurídico-penal del plagio y la falsificación de obra pictórica", *RIPAC Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial* 5-6 (2015): 1-19, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188927>; Astudillo, "Plagio intelectual", 253-261 y Termino, "El plagio en la era de las nuevas tecnologías", 184-191.

menaje en el libro donde se ha incluido este artículo, aclara que como quiera que el derecho de autor no protege las ideas, sino la forma original en que han sido expresadas, el plagio consiste en la apropiación de la expresión formal de las ideas que aparecen recogidas en una obra.²⁰

Por su parte Echavarría, mediante la especificación de sus elementos integradores, señala que el plagio punible

(...) comporta la realización cumulativa de tres diversas conductas por parte del sujeto activo: la copia, la apropiación y la utilización. Sólo cuando estas tres conductas se realizan de forma completa y concurrente se comete el acto completo de plagio en el mundo fenomenológico.²¹

Lo arriba expuesto evidencia que, en criterio de la citada autora, no basta para la punición del plagio la violación del derecho moral de paternidad, es decir, no basta la apropiación de la obra ajena o la usurpación del autor, es necesario adicionalmente que se haya utilizado la obra, esto es, que se haya realizado cualquier acto de explotación que afecte derechos de naturaleza patrimonial. Como se analizará más adelante, esta concepción de plagio, aunque no se lo defina expresamente en la norma, parece haber sido acogida por algunas legislaciones nacionales en la tipificación de esta conducta infractora de los derechos de autor.

3. Implicaciones jurídicas del plagio. El plagio como hecho punible

Como punto previo cabe acotar que todo plagio, cualquiera que sea su modalidad o forma de presentación, al ser una conducta deshonesta conlleva "...un cuestionamiento ético desde su propia esencia".²² Como quiera que se trata de un comportamiento fraudulento, con independencia de la vulneración o no de un derecho ajeno, puede acarrear determinadas conse-

cuencias como sanciones disciplinarias en el ámbito académico.

Cada vez es más habitual encontrar en los reglamentos internos de las universidades e institutos de educación superior, disposiciones en las que expresamente se prevé la posibilidad de sancionar al estudiante, o a un miembro del personal docente o de investigación, si se comprueba que ha incurrido en plagio o autoplagio en el marco de su actividad investigativa, al entenderse que tal actuación debe traer consecuencias como cualquier otro fraude académico. Como lo destaca Astudillo, en dichos supuestos las sanciones generalmente son de tipo administrativas, como la pérdida del lapso académico, la revocación del grado obtenido e incluso la expulsión de la institución.²³

No obstante lo anterior, para que el plagio dé lugar al ejercicio de las acciones civiles previstas en las normativas que rigen la materia (leyes de propiedad intelectual o sobre el derecho de autor), debe recaer sobre una obra legalmente protegida, es decir, debe

²³ Astudillo, "Plagio intelectual", 260-261. En igual sentido, Caldevilla sostiene que el constante aumento del ciberplagio en todos los centros universitarios del planeta, ha llevado a los académicos, sobre todos estadounidenses y anglosajones, a buscar nuevas formas de actuación frente a dicho fenómeno, siendo una de ellas la inclusión del ciberplagio en todos los reglamentos académicos de cada universidad con sus respectivas sanciones, que van desde la obligación de repetir el trabajo, hasta la expulsión de la institución y la pérdida de la titulación. Ver: David Caldevilla, "Internet como fuente de información para el alumnado universitario", *Cuadernos de Documentación Multimedia* 21 (2015): 152, <http://revistas.ucm.es/index.php/CDMU/article/view/CDMU1010110141A/20731>. Muestra de ello es la reforma que en el año 2010, mediante decisión del Consejo Universitario, se hizo al Reglamento de Orden y Disciplina de los Estudiantes de la Universidad de Costa Rica, en el que copiar total o parcialmente una obra intelectual de cualquier tipo, o presentar como propio un trabajo realizado por otra persona, es considerado como falta muy grave. Ver: Soto, "El plagio y su impacto a nivel académico y profesional", 11. En la misma línea se puede referir el artículo 83 de las Normas Académicas de la Universidad de Palermo, que contempla la sanción de expulsión para el alumno que haya incurrido en fraude, deshonestidad académica, *plagio* o copia; el Reglamento de Estudios de la Universidad Iberoamericana (México), cuyo Art. 92 establece que "Son faltas académicas-disciplinarias: A) El plagio entendido como la apropiación total o parcial de una creación artística, literaria o intelectual que no sea de la propia autoría y se haga pasar como tal" y; el Reglamento de Plagios para Escuelas de Pregrado de la Universidad de Chile, que en el capítulo sobre *Sanciones para el Plagio y Copia* sugiere las siguientes sanciones: reprobación del alumno, suspensión por dos meses y en última instancia expulsión de la carrera. Ver: Federico Villalba, *¿Cuándo el plagio es delito?* (Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, S. F.), 67-68, <https://www.google.com/search?q=Federico+villalba+cu%C3%A1ndo+el+plagio+es+delito&oeq=Federico+villalba+cu%C3%A1ndo+el+plagio+es+delito&aqs=chrome..69i57j11760j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

²⁰ Juan Carlos Ferré Olivé, "Delitos contra los derechos de autor", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44 (Fasc./Mes 1, 1991): 80, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=205161>.

²¹ Echavarría, "El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor", 87.

²² Bianchi, "El plagio: Implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico", 223.

Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado

comportar necesariamente una violación al derecho de autor. De manera tal que debemos restringir la noción de plagio y limitarla exclusivamente a la situación de apropiación, en su totalidad o en parte, de una obra ajena mediante la usurpación de su autor, esto es, mediante la violación del derecho de paternidad que corresponde a quien originariamente creó la obra. Aunado al derecho de paternidad, en ciertos casos el plagio puede lesionar el derecho, igualmente moral, de integridad de la obra, cuando además de usurparse la condición del autor se modifica en algún aspecto la obra original. Adicionalmente, se pueden vulnerar los derechos patrimoniales cuando un tercero, sin la respectiva autorización, además de suplantar al autor, reproduce o explota como suya la obra legalmente tutelada.²⁴

Ahora bien, si como se ha aclarado anteriormente, el plagio que puede dar lugar a la interposición de acciones legales es estrictamente el que viola derechos sobre una obra protegida, ello lleva a excluir de este contexto al plagio de ideas y al autoplagio. En efecto, como ya se ha adelantado, el derecho de autor no protege las ideas en sí mismas, sino la forma original en que han sido expresadas. Como lo advierte Rengifo, este derecho nunca protege en la obra el contenido expresado, sino la forma en que lo expresa, pues se entiende que "...las ideas no pueden ser monopolio ni propiedad de nadie, por cuanto de su libre circulación y uso depende en gran medida el desarrollo de la sociedad".²⁵ Por otra parte, respecto del autoplagio, se advierte que tal supuesto, que parece constituir una contradicción en sus términos,²⁶

(...) no hace parte de la materia de prohibición, ya que hay identidad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta de copia y, por lo tanto, no hay infracción de derecho alguno, ya que, en rigor, el titular originario de los derechos de autor usa su propia obra en otro

contexto e indica que es el autor (y efectivamente lo es), lo cual desestima, por lo menos, el componente conductual de la apropiación.²⁷

En complemento de lo expuesto se sostiene que, dado que el plagio es la apropiación de una obra ajena, mal podría el autor de una obra, titular del correspondiente derecho, ser sancionado por plagio. Sin embargo, el autor que por ejemplo cede de manera exclusiva derechos patrimoniales respecto de su obra a un editor, y posteriormente publica nuevamente la misma obra con otro editor, puede incurrir en una violación del contrato de edición, al infringir los derechos que le fueron cedidos al cesionario inicial y al afectar sus expectativas económicas.²⁸

Hecha la acotación anterior, debe apuntarse que las normativas que regulan la propiedad intelectual, concretamente el derecho de autor, consagran una serie de acciones que los titulares de los correspondientes derechos pueden intentar en el supuesto de haberse constatado su vulneración, tal es el caso de la acción de daños y perjuicios. En ese sentido, Toller aclara que todas las violaciones al derecho de autor no solo en su vertiente económica, sino también moral, generan responsabilidad civil resarcitoria, así como la corrección de la apropiación por la vía de medidas cautelares y sentencias definitivas.²⁹

Resta señalar que la sanción penal del plagio, como ya se adelantó, estará en todo caso supeditada a que la conducta del sujeto activo constituya una violación de los derechos del autor, de acuerdo con la normativa especial que rige la materia, al menos del derecho de paternidad, pues justamente el derecho que ostenta el autor respecto de su obra constituye el bien jurídico protegido por la norma penal. Si ello no

²⁷ Echavarría, "El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor", 88.

²⁸ Bianchi, "El plagio: Implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico", 226. Sobre las implicaciones del auto plagio, específicamente en lo que concierne al contrato de edición, ver: Balbuena, "El plagio como ilícito penal. Especial referencia al "auto plagio", S. N.; Miguel Iglesias, *El plagio en el marco de los delitos contra la propiedad intelectual*, 8-9, http://riubu.ubu.es/bitstream/10259/4468/1/Iglesias-El_plagio_en_el_marco.pdf y Celin Arce, "Plagio y derechos de autor", *Revista el Foro, Colegio de Abogados* 10 (2009): 83-84, file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-PlagioYDerechosDeAutor-3431255%20(1).pdf.

²⁹ Fernando Toller, "Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales", *Revista la Propiedad Inmaterial* 15 (noviembre 2011): 87, file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-PropiedadIntelectualYPlagioEnTrabajosAcademicosY-Pr-3785208.pdf.

²⁴ Sobre este último aspecto ver: Bianchi, "El plagio: Implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico", 224-225.

²⁵ Ernesto Rengifo, "¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?", *Revista la propiedad inmaterial* 14, (2010): 313, file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-EsElPlagioUnaConductaReprimidaPorElDerechoPenal-3647834.pdf.

²⁶ Miranda, "Plagio y ética de la investigación científica", 720.

es así, por ejemplo, si la conducta del supuesto plagia-rio no recae sobre una obra legalmente protegida, si está en el marco de algunos de los límites al derecho de autor (caso del derecho de cita) o si el propio autor es quien incurre en el plagio (autoplagio), no se con-figurará una violación al derecho de autor y, por ende, no habrá delito alguno. Esa es lógicamente la con-dición previa para considerar al plagio como hecho punible. A partir de allí, como se tratará de reflejar en el punto siguiente, la regulación penal del plagio puede adoptar diversas modalidades, que van desde su no tipificación como delito, hasta su sanción con significativas penas privativas de libertad.

4. Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio

Lo primero que debe precisarse en este punto es que, desde una perspectiva comparativa, los legisladores nacionales adoptan diversas modalidades en la tipifi-cación de los delitos relativos a la propiedad intelectual y, dentro de ellos, los delitos contra el derecho de autor. La primera variable que se observa está referida a la ubicación de esta categoría de delitos. En efecto, en términos generales existen dos principales vías: la primera, denominada opción codificadora, que con-siste en incluir las figuras delictivas relativas a la pro-piedad intelectual en el contexto del código penal, tal es el caso de España, Perú, Colombia y Nicaragua. En contraposición, la segunda alternativa opta por prever los tipos penales vinculados a esta categoría jurídica en las leyes especiales que rigen la materia, por ejem-plo, en Argentina, Chile y Uruguay.

En la doctrina se debate la conveniencia de una u otra tendencia, aduciéndose argumentos a favor y en contra de cada una de las alternativas señaladas. Básicamente en defensa de la opción codificadora, se aduce que la inclusión de estos delitos en el marco del código penal redundaría en una mayor transparencia, co-nocimiento y, por ende, efectividad de estos precep-tos, evitándose adicionalmente que los implicados en estas conductas delictivas evadan su responsabilidad penal mediante el empleo de técnicas de exculpación como el error.³⁰ En contraposición, quienes defienden el principio de especialidad, sostienen que debido al

uso de una terminología tan específica en la descrip-ción de las figuras delictivas, resulta más adecuado la previsión de estos delitos en las leyes especiales que rigen la materia, pues de preverse en el código penal, siempre habrá que recurrir a la legislación especial para analizar adecuadamente los elementos normati-vos incluidos en los respectivos tipos penales.³¹

Ahora bien, con independencia del cuerpo nor-mativo en el que se contemplen las figuras delictivas relativas al derecho de autor, el plagio, a diferencia de otras conductas que infringen estos derechos como la reproducción indebida de una obra protegida (pira-tería), no siempre está presente en el marco de estos delitos. Por lo demás, aquellos instrumentos jurídicos que sí han considerado de alguna manera al plagio en sus disposiciones penales, no siempre lo tipifican como un delito autónomo, y si lo hacen, le suelen in-corporar determinadas exigencias en las descripcio-nes típicas que desvirtúan su esencia (violación del derecho de paternidad), supeditando su sanción en sede penal a la vulneración de otros derechos de con-tenido económico.

En efecto, desde una perspectiva comparativa, se pueden destacar como principales opciones político-criminales en esta materia las siguientes:

- I) La ausencia total de referencia al plagio en las normas penales, y su consideración únicamente como conducta infractora en el marco de la pro-piedad intelectual, con la posibilidad de ejercer las acciones civiles correspondientes.
- II) Su regulación penal, pero no como delito autó-nomo, sino como circunstancia agravante de los delitos contra los derechos de autor.
- III) Su tipificación como delito autónomo. En este contexto a su vez se pueden identificar distintas variables:
 - 1) Tipificación del plagio sin describir la con-ducta punible, empleando directamente el verbo rector plagiar.
 - 2) Tipificación del plagio mediante la descrip-ción en el tipo penal de la conducta que lo configura. En el marco de esta segunda mo-dalidad, se observan adicionalmente las si-guientes alternativas:

³⁰ Bernardo Del Rosal Blasco y María Segura García, “La in-fracción del derecho de marcas en el nuevo Código Penal”, *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidos* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997), 215.

³¹ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)* (Caracas: Aurorallex, 1994), 501.

Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado

- A) Sanción penal de conductas que violan el derecho de paternidad (usurpación de la cualidad de autor), sin exigirse la infracción de otros derechos de naturaleza patrimonial.
- B) Inclusión en la descripción típica, aunada a la conducta usurpadora violatoria del derecho de paternidad, de actos de utilización o explotación de la obra que lesionan otros derechos de contenido patrimonial.
- 3) Exigencia de un dolo específico en el tipo penal

I. En el marco de la primera de las variables referidas podemos mencionar las legislaciones de Ecuador, Colombia y Costa Rica. Efectivamente, si bien el legislador ecuatoriano en la Ley de Propiedad Intelectual (Codificación N° 2006-013)³², artículos 319 al 326, contemplaba una serie de figuras delictivas vinculadas con la propiedad intelectual y, específicamente en su artículo 324 b), sancionaba con pena privativa de libertad y multa a quienes inscribieran, publicaran, distribuyeran, comunicaran o reprodujeran, total o parcialmente, una obra ajena como si fuera propia³³; dicha disposición, al igual que los restantes artículos indicados (319 al 326), fueron derogados a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal del 10 de febrero de 2014.³⁴ El referido código, inicialmente no contempló ningún tipo penal en materia de propiedad intelectual, vacío normativo que fue subsanado con la inclusión del artículo 208A mediante la Ley Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal de 25 de septiembre de 2015.³⁵ No obstante, el señalado artículo 208A, se limitó a sancionar penalmente la falsificación dolosa de marcas y la piratería lesiva al derecho de autor, ello evidentemente en estricto cumplimiento de los parámetros mínimos de protección punitiva exigidos por el Acuerdo sobre

los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC).³⁶ Consecuentemente, luego de todo ese proceso normativo, no existe actualmente en la legislación interna de Ecuador ninguna previsión penal relativa al plagio.

Por otra parte, en lo que respecta a la legislación colombiana, como ya se adelantó, los delitos relativos a la propiedad intelectual se encuentran previstos en la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal),³⁷ concretamente en los artículos 270 y 271, disposiciones que fueron modificadas por la Ley 890 de 2004.³⁸ Sin embargo, el plagio como tal no se encuentra tipificado en los mencionados preceptos, pues únicamente en el numeral 2° del artículo 270 se sanciona a quien “inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero (...) una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico”; protegiéndose en cierta medida el derecho de paternidad, pero únicamente en lo atinente a la inscripción de la obra. No obstante de que el plagio no está contemplado expresamente en el Código Penal colombiano, como lo advierte Rengifo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante sentencia de 28 de mayo de 2010, concluyó que el numeral 1° del mencionado artículo 270 debe ser interpretado de forma tal que cubra en sentido amplio la tutela del derecho moral de autor y, consecuentemente, incluya dentro de las conductas punibles aquellas que conlleven la violación del derecho de paternidad o reivindicación, lo que en criterio del referido autor podría constituir una interpretación extensiva *in malam partem* que contradice los postulados del principio de legalidad penal.³⁹

Resta señalar que ni el Código Penal de Costa Rica, ni la Ley de Derecho de Autor de ese país tipifican al plagio como delito, por lo que dicha conducta

³² Ver: Ley de Propiedad Intelectual, Suplemento de Registro Oficial N° 426, de 28 de diciembre de 2006.

³³ En relación con el tipo penal del artículo 324 b) ver: Echavarría, “El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor”, 91.

³⁴ Ver: Disposición Derogatoria Vigésimo Segunda del Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.

³⁵ Ver: Ley Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal de 25 de septiembre de 2015, Registro Oficial Suplemento 598 de 30 de septiembre de 2015.

³⁶ El artículo 61 del Acuerdo ADPIC señala: “Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial...”.

³⁷ Ver: Ley 599 (Código Penal), Diario Oficial 44097 de 24 de julio de 2000.

³⁸ En términos generales en relación con los artículos 270 y 271 de la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal), ver: César Osorio, “Evolución de la protección penal del derecho de autor en Colombia”, *Revista de Derecho* 34 (2010): 166-167, [https://dialnet-EvolucionDeLaProteccionPenalDelDerechoDeAutorEnCol-3648352%20\(1\).pdf](https://dialnet-EvolucionDeLaProteccionPenalDelDerechoDeAutorEnCol-3648352%20(1).pdf).

³⁹ Rengifo, “¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?”, 303-306, 313-314.

solo genera responsabilidad civil en el marco de la ley especial que rige la materia.⁴⁰

II) En cuanto a la segunda opción arriba nombrada, consistente en la regulación penal del plagio, pero no como delito autónomo, sino como circunstancia agravante de los delitos contra los derechos de autor, cabe traer a colación el caso de la legislación venezolana. En ese sentido, debe señalarse que los delitos relativos al derecho de autor en Venezuela se encuentran contemplados en la Ley sobre el Derecho de Autor del 1º de octubre de 1993, artículos 119 al 124.⁴¹ Adicionalmente, en la Ley Especial contra los Delitos Informáticos de 30 de octubre de 2001, se prevé, en su artículo 25,⁴² un tipo penal denominado “apropiación de propiedad intelectual”. Sin embargo, ninguna de las normativas mencionadas tipifica al plagio como delito autónomo. Por el contrario, la Ley sobre el Derecho de Autor en su artículo 122 lo contempla como una circunstancia agravante específica de los delitos previstos en dicha Ley. En efecto, el referido precepto establece: “Las penas previstas en los artículos precedentes se aumentarán en la mitad cuando los delitos señalados sean cometidos (...) con usurpación de la paternidad...”.

Como lo aclara Antequera Parilli, la citada norma contempla una agravación punitiva por la violación simultánea de derechos morales en los delitos previstos en la Ley sobre el Derecho de Autor venezolana.⁴³ De allí que se concluya que en Venezuela únicamente se valorará penalmente al plagio cuando en la comisión de alguno de los delitos tipificados en la mencionada ley, por ejemplo, el delito de reproducción indebida de una obra protegida, además de haberse realizado la conducta típica, en este caso la reproducción intencional no autorizada por el titular

respectivo, se haya violado el derecho de paternidad al usurparse la cualidad del autor.⁴⁴

Adicionalmente al caso venezolano, resulta pertinente referir en este punto la situación que se observa en el Código Penal de El Salvador, vigente desde el 20 de abril de 1998, pues si bien en su artículo 226⁴⁵ se sanciona con una pena de prisión de dos a cuatro años al plagio como delito autónomo (lo que no ocurre en Venezuela), en el siguiente artículo, lo que a todas luces parece contradictorio, en el marco de las formas agravadas, se aumenta la pena a quien realice cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior (entre las cuales se encuentra el plagio), “usurpando la condición de autor sobre una obra o parte de ella”.⁴⁶ Resulta incomprensible que una de las modalidades del tipo básico, previsto en el artículo 226, concretamente el plagio, se agrave cuando se realice mediante la usurpación del verdadero autor, pues justamente dicha conducta usurpatoria es la esencia del tipo básico y sin la misma no se puede configurar.

III) Finalmente, en el marco de la tercera modalidad antes identificada, es decir, como delito autónomo, se pueden referir las legislaciones de Argentina, Bolivia, Perú, Chile, Uruguay, México, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras y España. A su vez, como ya se adelantó, dentro de esta modalidad es factible distinguir las siguientes variables:

⁴⁴ Bianchi, “El plagio: Implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico”, 227. Sobre la consideración del plagio como circunstancia agravante en la ley venezolana, ver: José Francisco Martínez Rincones, “La regulación del plagio en la Ley sobre el Derecho de Autor venezolana”, *Revista Propiedad Intelectual* 12 (enero-diciembre 2009): 128-129.

⁴⁵ El Artículo 226 establece: “El que a escala comercial reproducere, plagiare, distribuyere al mayoreo o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria o artística o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o fuere comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, será sancionado con prisión de dos a cuatro años (...)”. Ver: Código Penal del Salvador, Decreto 1030, de fecha 26 de abril de 1996.

⁴⁶ El artículo 227 dispone: “Será sancionado con prisión de cuatro a seis años, quien realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1) Usurpando la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución; (...).” Código Penal de El Salvador, Decreto 1030, de fecha 26 de abril de 1996.

⁴⁰ Arce, “Plagio y derechos de autor”, 66.

⁴¹ Ley sobre el Derecho de Autor, *Gaceta Oficial* N° 4.638 de fecha 1º de octubre de 1993.

⁴² El mencionado artículo 25 establece: “Quien sin autorización de su propietario y con el fin de obtener algún provecho económico, reproduzca, modifique, copie, distribuya o divulgue un software u otra obra del intelecto que haya obtenido mediante el acceso a cualquier sistema que utilice tecnologías de la información, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias”. Ver: Ley Especial contra los Delitos Informáticos, *Gaceta Oficial* 37.313 de 30 de octubre de 2001.

⁴³ Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*, Tomo II, 2ª Edición (Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998), 821.

Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado

1) En primer término, la previsión del tipo penal que se comenta mediante la utilización del verbo rector plagiar. En esta línea se ubican las legislaciones de Bolivia, El Salvador y España. En lo que respecta a Bolivia, en su Ley 10.426 de 1972 (Código Penal),⁴⁷ artículo 362, modificado por el artículo 2 de la Ley 1.768 de 1997, se sanciona con reclusión de dos años y multa de 60 días a “Quien con ánimo de lucro, en perjuicio ajeno, reproduzca, plagie, distribuya, publique (...) en todo o en parte, una obra literaria, artística, musical, científica (...) sin la referida autorización (...)” (Resaltado fuera del texto). Por su parte, el ya referido Código penal de El Salvador en su artículo 226, tipo básico, sanciona con prisión de dos a cuatro años a “El que a escala comercial reproducere, plagiar (...) en todo o en parte, una obra literaria o artística o su transformación (...)” (Resaltado fuera del texto). Finalmente, cabe señalar que en España la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal en su artículo 270, modificado por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo,⁴⁸ sanciona con prisión de seis meses a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, a quien “...con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero reproduzca, plagie, distribuya (...) en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica (...)” (Resaltado fuera del texto).

En todas las figuras delictivas indicadas en el párrafo anterior, la conducta de plagio constituye un elemento normativo que no se encuentra definido ni en la norma penal, ni en la ley especial que rige la materia, lo que conduce a cierta imprecisión. Como lo aclara Rodríguez Moro, refiriéndose concretamente a la norma española, dada esa vaguedad, para definir el término plagio “...será necesario acudir a su significado terminológico o descriptivo, así como a las apreciaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han emitido al respecto...”⁴⁹

2) De otra parte, la segunda variable destacada dentro de la modalidad de previsión del plagio como delito autónomo, consiste en su tipificación mediante la descripción de la conducta que lo configura. Esta forma de previsión del plagio se observa en las legislaciones de Argentina, Perú, Chile, Uruguay, México, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua y Honduras. Sin embargo, como ya se adelantó, la descripción incluida en las respectivas normas penales presenta ciertos matices, lo que permite a su vez destacar algunas particularidades.

A) En primer lugar, encontramos aquellos instrumentos normativos en los que se sanciona penalmente al plagio por la sola violación del derecho moral de paternidad del autor, sin que se exija que la conducta usurpadora vaya acompañada de otros comportamientos que constituyan actos de explotación de la obra. Esta es la vía que se sigue en Uruguay en su Ley 9.739 de 1937 (Ley sobre Propiedad Literaria y Artística)⁵⁰, artículo 46, literal A),⁵¹ en el Código Penal de Guatemala⁵², artículo 274 literal a) y; en el Código penal de Nicaragua,⁵³ artículo 247. Ciertamente, los tipos penales definidos en los preceptos indicados coinciden en sancionar a quien se atribuya la cualidad de autor o titular de los derechos sobre una obra legalmente protegida, sin requerirse adicionalmente ningún otro comportamiento lesivo a esta categoría de derechos.

Adicionalmente cabe referir el Código Penal de Honduras,⁵⁴ en cuyo artículo 248 se sanciona con reclusión de tres a seis años más una multa de 50 000 a 100 000 lempiras, a quien viole los derechos de los autores de obras literarias, científicas o artísticas y los demás protegidos por la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, lo que obviamente abarca la violación del derecho de paternidad sobre la obra. Final-

regulación penal de la infracción al derecho de autor”, 95.

⁵⁰ La Ley 9.739 ha sido modificada por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos N° 17.616 de 10 de enero de 2003, la Ley 17.805 de 26 de agosto de 2004 y la Ley 18.046 de 24 de octubre de 2006.

⁵¹ En relación con ese artículo de la ley uruguaya, ver: Beatriz Bugallo, “Sobre el plagio... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, N° 44 (noviembre 2013): 23-25, http://www.revistaderecho-publico.com.uy/revistas/44/archivos/01_Bugallo.pdf.

⁵² Ver Decreto 17-73 (Código Penal) de 5 de julio de 1973.

⁵³ Ver: Ley 641 (Código Penal) de 13 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta, Diario Oficial Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo del 2008.

⁵⁴ Ver Código Penal de Honduras, Decreto 144-83, de 23 de agosto de 1983.

⁴⁷ Ver: Decreto Ley 10.426 de 1972 (Código Penal) del 23 de agosto de 1972, publicado en *Gaceta Oficial de Bolivia* N° 626 de 26 de agosto de 1972.

⁴⁸ Ver: Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de Código Penal, BOE N° 77 de 31 de marzo de 2015.

⁴⁹ Luis Rodríguez Moro, *La tutela penal de la propiedad intelectual* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 303. Asimismo, en relación con el artículo 270 del Código Penal español, Echavarría señala que “En este enunciado normativo, el legislador español tipifica penalmente la conducta de plagio a través de un verbo rector tautológico, que no describe ni define la acción típica, sino que la nombra...”. Echavarría, “El delito de plagio: Una propuesta de

mente, en este grupo, podemos destacar igualmente el caso de Argentina, toda vez que en su Ley 11.723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual),⁵⁵ específicamente en su artículo 71, se sanciona penalmente al que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos que reconoce esa ley, entre los que se ubica el derecho de paternidad del autor.

B) En segundo lugar, en contraposición a la modalidad anterior, cabe considerar aquellos países en los que se contempla el plagio como un delito autónomo, pero con la exigencia, aunada a la conducta usurpadora violatoria del derecho de paternidad, de la comisión de actos de utilización o explotación de la obra que lesionan otros derechos de contenido patrimonial. A modo de ejemplo, entre los actos de explotación cuya comisión se exige para la configuración del delito de plagio, se pueden referir: la difusión (Perú⁵⁶ y República Dominicana⁵⁷), la publicación (México⁵⁸) y la edición, reproducción o distribución (Chile⁵⁹).

3) Finalmente, la última variable identificada en el marco de las legislaciones que prevén el plagio como delito autónomo, consiste en la exigencia de un dolo

específico en el tipo penal. El requerimiento de una finalidad o propósito particular por parte del sujeto activo en la vertiente subjetiva de la figura delictiva que se comenta, se observa en los tipos penales ya referidos de Bolivia (ánimo de lucro), Nicaragua (propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero) y España⁶⁰ (ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto). La doctrina, concretamente al analizar esta particularidad del tipo subjetivo en relación con el artículo 270 del Código Penal español, señala que el “ánimo de lucro” (que exigía el Código Penal español antes de la reforma de 2015), era entendido como la voluntad de obtener un enriquecimiento, un beneficio patrimonial, que se estimaba equivalente a “lucro comercial”, el cual se asociaba a conductas de explotación comercial de contenido inequívocamente económico. La exigencia actual, “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, en criterio de algunos autores, pareciera ampliar el ámbito del tipo penal al incluirse el beneficio indirecto, y está presente, con independencia de que efectivamente se consiga, siempre que el sujeto actúe con la pretensión de obtener “... cualquier ventaja apreciable, tanto de naturaleza tangible o espiritual, como una remuneración, precio o contraprestación...”⁶¹

5. Comentario conclusivo

Esta breve panorámica en torno al plagio, no hace más que confirmar los planteamientos que constituyeron el punto de partida de este artículo. En efecto, la coincidencia de criterios en el cuestionamiento del plagio, al que se ha llegado a calificar como el más grave e intolerable de los comportamientos que inciden sobre los derechos de autor, en modo alguno se condice con la falta de claridad y precisión de su noción, ni

⁵⁵ Ver: Ley 11.723 Régimen Legal de la Propiedad Intelectual publicada en el Boletín Oficial 11.793, de fecha 30 de septiembre de 1930.

⁵⁶ Ver Art. 219 del Decreto Legislativo 635 de 1991 (Código Penal), modificado por el artículo 1º de la Ley 28.289 de 2004 (Ley de Lucha contra la Piratería), que establece: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a ciento ochenta días multa, el que con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena”.

⁵⁷ Ver Art. 169 de la Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, promulgada el 21 de agosto de 2000, que establece que incurre en prisión entre seis meses y tres años y multa “quien: 1) En relación con una obra literaria, artística o científica, interpretación o ejecución artística, producción fonográfica o emisión de radiodifusión, la inscriba en el registro o la difunda por cualquier medio como propia, en todo o en parte, textualmente o tratando de disimularla mediante alteraciones o supresiones, atribuyéndose o atribuyendo a otro la autoría o la titularidad ajena.”

⁵⁸ Ver Art. 427 del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 27 de mayo de 2015, que establece “Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, a quien publique a sabiendas una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre”.

⁵⁹ Ver Art. 79 bis. de la Ley 17336 de 2 de octubre de 1970, última versión de 4 de mayo de 2010, que señala: “El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales”.

⁶⁰ Antes de la reforma del artículo 270 del Código Penal español, mediante la Ley Orgánica 1/2015, el tipo penal relativo al plagio exigía que el sujeto activo actuara *con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero*. Este requerimiento, tal y como lo destaca Luz María Puente, marcaba la diferencia entre la Ley de Propiedad Intelectual y el Código penal, toda vez que ambos instrumentos normativos prohibían y sancionaban las mismas modalidades conductuales. Ver: Luz María Puente, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, *Revista Penal* 21 (enero 2008): 103-104. En relación con este aspecto ver igualmente: Rodríguez Moro, *La tutela penal de la propiedad intelectual*, 315-318.

⁶¹ Iglesias, “El plagio en el marco de los delitos contra la propiedad intelectual”, 15-18.

Opciones político-criminales en la regulación penal del plagio. Un estudio de derecho comparado

mucho menos con el tratamiento tan diverso que en el ámbito penal se le acuerda. Las distintas opciones político-criminales en cuanto al plagio que fueron referidas, son el reflejo de la imprecisión conceptual de esta figura, y de la distinta valoración que se le da a la esencia de este comportamiento, violación del derecho de paternidad, lo que al propio tiempo evidencia la discrepancia existente en la consideración de este derecho, *per se*, como bien jurídico merecedor de tutela en el ámbito penal.

6. Bibliografía

- Antequera Parilli, Ricardo. *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)*. Caracas: Auroralax, 1994.
- _____. *Derecho de Autor*, Tomo II, 2ª Edición. Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998.
- Arce, Celín. "Plagio y derechos de autor". *Revista el Foro, Colegio de Abogados* 10 (2009): 59-87. file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-PlagioY-DerechosDeAutor-3431255%20(1).pdf.
- Astudillo, Francisco. "Plagio intelectual". *Revista Propiedad Intelectual* 8 y 9, Año V (enero 2005-diciembre 2006): 242-270.
- Balbuena, Pedro. "El plagio como ilícito penal. Especial referencia al "auto plagio". *Ventana Legal Revista* (S.F.): S.N. http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm.
- Bianchi, Paula. "El plagio: implicaciones éticas y jurídicas. Especial referencia al ámbito académico". *Revista Propiedad Intelectual* Año XV, N° 19 (enero-diciembre 2016): 215-233. http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/43669/articulo_8.pdf?sequence=2&isAllowed=y.
- Bugallo, Beatriz. "Sobre el plagio... esa plaga". *Revista de Derecho Público* 22, N° 44 (noviembre 2013): 13-42. http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/44/archivos/01_Bugallo.pdf.
- Caldevilla, David. "Internet como fuente de información para el alumnado universitario". *Cuadernos de Documentación Multimedia* 21 (2015): 141-157. <http://revistas.ucm.es/index.php/CDMU/article/view/CDMU1010110141A/20731>.
- Cavanillas, Santiago. "El ciberplagio en la normativa universitaria". *Digitum* 10 (diciembre, 2008): 1-6. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=55001006>.
- Del Rosal Blasco, Bernardo y Segura García, María. "La infracción del derecho de marcas en el nuevo Código Penal". En *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 209-239. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- Echavarría, María Alejandra. "¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44, N° 121 (julio-diciembre 2014): 699-720. <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151433273011.pdf>.
- _____. "El delito de plagio: Una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor". *Cuadernos de Derecho Penal* 15 (enero-junio 2016): 85-101. <https://doi.org/10.22518/20271743.577>.
- Ferré Olivé, Juan Carlos. "Delitos contra los derechos de autor". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44 (Fasc./Mes 1, 1991): 65-95. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=205161>.
- Germán Mancebo, Isabel. "La relevancia jurídico-penal del plagio y la falsificación de obra pictórica". *RIIPAC Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial* 5-6 (2015): 1-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188927>.
- Gutiérrez, Angélica. "Plagio literario". *Cuadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses* 10 (2010): 30-35. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308128>.
- Iglesias, Miguel. *El plagio en el marco de los delitos contra la propiedad intelectual*. 1-32. http://riubu.ubu.es/bitstream/10259/4468/1/Iglesias-El_plagio_en_el_marco.pdf.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2006.
- Martínez Rincones, José Francisco. "La regulación del plagio en la Ley sobre el Derecho de Autor venezolana". *Revista Propiedad Intelectual* 12 (enero-diciembre 2009): 114-132.
- Medina, María y Verdejo, Ada. "Plagio cibernético: Situación y detección". *Cuadernos de Investigación en la Educación* 27 (diciembre 2012): 23-42. <http://cie.uprrp.edu/cuaderno/ediciones/27/v27-2012-01.pdf>.

- Miranda, Alejandro. “Plagio y ética en la investigación científica”. *Revista Chilena de Derecho* 40, Nº 2 (2013): 711-726. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000200016&script=sci_arttext.
- Osorio, César. “Evolución de la protección penal del derecho de autor en Colombia”. *Revista de Derecho* 34 (2010): 147-176. [https://dialnet-Evolucion-DeLaProteccionPenalDelDerechoDeAutorEn-Col-3648352%20\(1\).pdf](https://dialnet-Evolucion-DeLaProteccionPenalDelDerechoDeAutorEn-Col-3648352%20(1).pdf).
- Puente, Luz María. “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”. *Revista Penal* 21 (enero 2008): 103-112.
- Ramírez, Renzo y Jiménez, Hernán. “Plagio y “auto-plagio”. Una reflexión”. *Revista de historia regional y local* 8, Nº 16 (julio-diciembre 2016): 271-284. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5585614>.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª Edición (2014). <http://lema.rae.es/drae/?val=plagio>.
- Rengifo, Ernesto. “¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?”. *Revista la propiedad inmaterial* 14 (2010): 303-318. <file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-EsElPlagioUnaConductaReprimidaPorElDerechoPenal-3647834.pdf>.
- Rodríguez Moro, Luis. *La tutela penal de la propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Roig, Miguel. *Avoiding Plagiarism, Self-Plagiarism, and Other Questionable Writing Practices: A Guide to Ethical Writing* (2006). <http://www.cse.msu.edu/~alexliu/plagiarism.pdf>.
- Sáez, Elena. “Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (En homenaje al Barón Gerhard Ernst Von Franckenau y al jurista y sociólogo Georges Gurvitch)”. *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social* 8 (mayo 2014): 115-190. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4898254>.
- Soto, Armando. “El plagio y su impacto a nivel académico y profesional”. *E-Ciencias de la Información Revista electrónica semestral* 2, Nº 1 (enero-junio 2012): 1-13. https://www.ugr.es/~plagio_hum/Documentacion/06Publicaciones/ART003.pdf.
- Termino, Ignacio. “El plagio en la era de las nuevas tecnologías”. *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 78 (septiembre-diciembre 2011): 177-192. <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/237>.
- Toller, Fernando. “Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales”. *Revista la Propiedad Inmaterial* 15 (noviembre 2011): 85-97. <file:///C:/Users/sony/Downloads/Dialnet-PropiedadIntelectualYPlagioEnTrabajosAcademicos-YPr-3785208.pdf>.
- Villalba, Federico. *¿Cuándo el plagio es delito?* (Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, S.F.). 67-68, <https://www.google.com/search?q=Federico+villalba+cu%C3%A1ndo+el+plagio+es+delito&oq=o+es+delito&aqs=chrome..69i57.11760j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero

Juan Carlos Ferré Olivé
Isabel Morón Pendás

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva
Magistrada en lo contencioso administrativo
Profesora de la Universidad Isabel I°*

RESUMEN: El artículo analiza la posible doble persecución penal y administrativa de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero. Se estudian temas fundamentales, como el non bis in idem o el criminal compliance.

PALABRAS CLAVE: Lavado de dinero, responsabilidad penal de las empresas, non bis in idem, criminal compliance.

ABSTRACT: The article discusses the possible double criminal and administrative prosecution of legal persons in the field of money laundering. Fundamental topics such as non bis in idem or criminal compliance are studied.

KEY WORDS: Money laundering, company crime, non bis in idem, criminal compliance.

SUMARIO: 1. Aproximación. 2. Responsabilidad de las personas jurídicas en el plano administrativo. 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y lavado de activos. 4. Bibliografía.

Rec: 10/02/2021 | Fac: 14/04/2021

1. Aproximación

Entre los innumerables problemas que afrontan las sociedades democráticas contemporáneas se encuentra el mal uso del dinero, concretamente, aquel que proviene de actividades delictivas —lavado de dinero— o que va dirigido a la comisión de determinados hechos delictivos, en concreto a financiar delitos relacionados con el terrorismo. Esta particular y nebulosa parcela, que genera indudables daños al conjunto de la sociedad, recibe un tratamiento jurídico por partida doble. Por una parte, los “aspectos preventivos” — con sus correspondientes espacios sancionatorios— han sido encargados al derecho administrativo, que al hilo de disposiciones de organismos internacionales (ONU, GAFI o FATF, *Financial Action Task Force on Money Laundering*,¹ Unión Europea, etcétera) y de las consecuentes autoridades nacionales (en España, el SEPBLAC, la Unidad de Inteligencia Financiera, etcétera) genera un marco jurídico complejo y, en ocasiones, sorprendente. Por otra parte, aparecen otros específicos “aspectos represivos” más contundentes, a través de preceptos sancionatorios penales, a los que se aplican todos los parámetros de la teoría general del delito y que prevén responsabilidades dolosas y culposas, con penas a menudo draconianas, siempre en la esfera del derecho penal. Este panorama de doble persecución administrativa y penal se complica aún más porque pretende conciliar lo difícilmente conciliable, es decir, el lavado de dinero (legitimar dinero de origen delictivo para darle apariencia de limpieza, es decir, una mirada al pasado), con la financiación del terrorismo (aportar dinero de cualquier origen para financiar actividades terroristas, es decir, una mirada al futuro).

¹ El GAFI es el organismo internacional con mayor influencia en estas materias, pues realiza estudios que se plasman en cuarenta recomendaciones especiales contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Creado en 1989 por el G7, sus recomendaciones son periódicamente renovadas y no tienen fuerza ejecutiva, pero poseen una enorme trascendencia real que deriva de su rigurosa incorporación a las Directivas Europeas y a la legislación de los países o regiones miembros del GAFI/FAFT y sus zonas internacionales de proyección. Las cuarenta recomendaciones originales aparecieron en 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero que facilita el blanqueo de dinero proveniente del narcotráfico. En 2001 se formularon ocho recomendaciones nuevas y complementarias para luchar contra la financiación del terrorismo. En 2012 se aglutinaron cuarenta recomendaciones con un tratamiento unitario y uniforme para el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Sobre esta temática cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 57 y sig.)

Nos encontramos ante dos líneas políticas, una preventiva y represiva (administrativa), la otra criminal (penal). Entre ellas debería existir una coordinación plena, que es difícil de lograr en el mundo real. La línea administrativa se traza en España desde las autoridades económicas y judiciales (Ministerio de Economía, SEPBLAC, Jurisdicción Contencioso, Administrativa, etcétera) mientras que la criminal debería ser dirigida desde el Ministerio de Justicia, institución que resulta de hecho subordinada a los vaivenes de las autoridades económicas y aplicada por la justicia penal. En todo caso, tratándose de temas penales, algunas decisiones poco atinadas de la administración logran neutralizarse por los jueces a través de la aplicación de los principios constitucionales que disciplinan la materia penal, que deben tomarse en cuenta en todas y cada una de las oportunidades en los que se pretende aplicar el delito de lavado de dinero.

Para interpretar la actitud política del Estado en materia de lavado de dinero y financiación del terrorismo no podemos dejar de mencionar las más recientes corrientes filosóficas que nos hablan de un “nihilismo jurídico” que nos conduce, ni más ni menos, a una proliferación normativa, a la instrumentalización del derecho y, en síntesis, a una legalidad sin sentido. Como sostiene A. Pereira Menaut, en particular en el ámbito punitivo, nos encontramos ante un derecho penal “más orientado al servicio de lo político y del control social, menos garantista, más regulador (*id est*, criminalizador) de todo lo criminalizable (las acciones criminalizadas por la legislación penal actual abarcan un abanico indebidamente amplio) y más punitivo”.² Este razonamiento es plenamente trasladable al lavado de dinero y a la financiación del terrorismo, en la medida en que sobre estos ámbitos se provoca un alarmismo, en ocasiones exagerado, sobre el que se plasman inconfesables objetivos de naturaleza política o económica. La legislación internacional y nacional contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo (Disposiciones de Naciones Unidas, GAFI, múltiples directivas europeas, Código Penal y otras leyes nacionales) serían una muestra evidente de nihilismo jurídico, objetivos políticos y financieros absolutos, ausencia de *prudentia iuris*, sería afección a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ausencia infinita de tolerancia, etcétera.³

² Cfr. Pereira Menaut, A. C. (2019: 103 y sig.)

³ Cfr. Pereira Menaut, A. C. (2019: 114 y sig.). Destaca este

En este complejo espacio preventivo y sancionador cobra fundamental relevancia la responsabilidad de las personas jurídicas. Porque son las personas jurídicas en general y las que intervienen en el ámbito financiero en particular las principales destinatarias de muchas de estas amenazas de sanción por lavado de dinero. Deben extremar su deber de cuidado, deben generar mecanismos de *compliance*, deben evitar caer en infracciones administrativas o penales que suponen normalmente multas millonarias que, paralelamente, afectan a su reputación ante el Estado, los mercados y la sociedad en su conjunto.

2. Responsabilidad de las personas jurídicas en el plano administrativo

En el derecho administrativo sancionador no han existido los tradicionales reparos que con fundamento en el principio de personalidad de las penas y la dificultad de admitir su capacidad de acción y de culpabilidad se plantearon en el derecho penal a la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas. La posibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica es muy anterior a la admisión de su responsabilidad penal, que en el ordenamiento español solo se introdujo en 2010. De ahí que se haya invertido la tendencia habitual en todo lo relativo a la teoría general del derecho sancionador, siendo en este punto el derecho penal el que se inspira en el modelo del derecho administrativo,⁴ aun cuando la elaboración doctrinal aparece más completa cuando, siquiera para rechazarla, se aborda la cuestión desde la perspectiva del derecho penal.

Sin embargo, el ordenamiento administrativo general, se limita a reconocer la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por hechos constitutivos de infracción administrativa en los mismos términos que a la persona física, en cuanto resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. Aclara con ello el legislador, a través del artículo 28.1 de la Ley 40/2015 del 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, la tradicional polémica que se había generado al

autor que aquí no se protege al hombre, sino a la “integridad del sistema financiero”.

⁴ En esta línea Gómez Tomillo, M. (2017: 60) destaca, sin embargo, que precisamente en Alemania, donde en el ámbito administrativo sancionador se ha desarrollado una importante teoría de la imputación de las infracciones a entidades y de la culpabilidad de estas, no se admite, pese a ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, sobre la referencia a la responsabilidad “aun a título de mera inobservancia”.⁵ No obstante —como se verá— esta cuestionada fórmula se mantiene en el ámbito de prevención del lavado de dinero.⁶

En cualquier caso, con la reforma operada en 2015, se ha solventado la cuestión de la posibilidad de extender la sanción, con carácter general y fuera de los sectores concretos en que ya se venía contemplando expresamente, a entes colectivos o a categorías carentes de personalidad. El mencionado artículo 28 de la ley 40/2015, del 1 de octubre, contempla ya como posibles sujetos de sanción administrativa, además de las personas físicas o jurídicas, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes, si bien se limita esa posibilidad a los casos en los que la ley les reconoce capacidad de obrar. Se marca con ello una primera diferencia respecto del derecho penal, que restringe la exigencia de genuina responsabilidad penal a las personas jurídicas en sentido estricto, manteniendo sanciones administrativas para estos entes.⁷

Y en el campo de sujetos responsables, concurre una segunda diferencia destacable, en cuanto el Código Penal excluye expresamente de responsabilidad a las personas jurídico-públicas,⁸ sobre las que no existe inconveniente en proyectar a la sanción administrativa.

Otra nota distintiva respecto del régimen de responsabilidad penal y administrativa radica en que si la responsabilidad de la persona jurídica derivada de la infracción penal exige que la persona física haya

⁵ El artículo 130.1 de la derogada Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común disponía lo siguiente: “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. Ello, no obstante, la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 28.1 suprime la referencia a la mera inobservancia: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

⁶ Cfr. Artículo 54 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

⁷ Vid. Artículo 129 del cp que contempla a la posibilidad de imponer medidas accesorias a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis del cp.

⁸ Vid. artículo 31 *quinquies* del cp.

actuado por cuenta de la persona jurídica y además en beneficio directo o indirecto de esta,⁹ en modo alguno figura esa exigencia en el ámbito administrativo sancionador. En este campo basta con constatar asépticamente la comisión de la infracción sin que de ello haya de derivarse beneficio alguno para la entidad sancionada.¹⁰ Ciertamente que en la comisión de una infracción administrativa y por lo que al ámbito del lavado de dinero se refiere, puede redundar quizá en un ahorro de costes para la empresa, pero dicho elemento no es tomado en consideración en la ley general a la hora de apreciar la existencia de infracción, y sí, solo en su caso, para la previsión de la sanción¹¹ a la luz del principio de proporcionalidad. No obstante, en el ámbito del lavado de dinero, la consideración del eventual beneficio se contempla como criterio de individualización de la sanción.¹²

Tampoco existe en el ámbito administrativo sancionador la restricción propia del derecho penal en cuanto a un catálogo cerrado de infracciones de las que puede hacerse responsable a la persona jurídica,¹³ sino que es exigible respecto de cualquier infracción cuya naturaleza no descarte la comisión por la persona jurídica. El número de estas es limitado o insignificante. Por lo que respecta al ámbito del lavado de dinero, el sistema administrativo de prevención basado en la imposición de un conjunto de obligaciones conminadas con sanción a un elenco de sujetos en orden a evitar que su actividad empresarial o profesional pueda ser utilizada para la comisión del delito, es evidente que por naturaleza, las infracciones pueden

ser cometidas por personas jurídicas y, de hecho, son estas las principales infractoras.

El Tribunal Constitucional español ha declarado desde antiguo que el principio de personalidad de la pena o sanción, la responsabilidad por hechos propios es compatible con la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, sin que ello suponga negar la exigencia del elemento subjetivo de la culpa, sino “simplemente que ese principio se debe aplicar necesariamente de forma distinta como se hace respecto de las personas físicas”. Y afirma que

Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (...) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.¹⁴

Apunta, Gómez Tomillo, con acierto, que el tc parece estar equiparando capacidad infractora y culpabilidad, que no son conceptos coincidentes.¹⁵

En el plano administrativo no cabe cuestionar la capacidad infractora de la persona jurídica. Y ello en cuanto que, siendo como es, sujeto de obligaciones derivadas de las normas administrativas que disciplinan los distintos sectores de actividad, no puede serle negada la obligación de cumplir tales deberes ni, por consiguiente, la capacidad de infringirlos. Se trata, además, de una responsabilidad directa de la persona jurídica por actos propios y no una suerte de responsabilidad por el hecho ajeno atribuible a sus órganos, representantes o directivos. Siendo la persona jurídica una ficción legal que, evidentemente, necesita de personas físicas para exteriorizar su actuación, y la razón de ser de esa ficción es, precisamente, hacerla sujeto de derechos y de obligaciones, su responsabilidad radica en la infracción de esos deberes que son propios del ente y no de sus miembros, directivos o representantes, con independencia de la posibilidad

⁹ Vid. artículo 31.bis. 1 del cp.

¹⁰ En contra de esta posición Gómez Tomillo, M. (2016: 29) quien propone el traslado al campo administrativo de la posición del Código Penal, bien que en orden a la determinación de qué personas físicas pueden generar, con su actuación, la responsabilidad a la persona jurídica, y a propósito de exigir que la actuación de la persona física sea considerada un “hecho societario”, sin embargo, el traslado del sistema del Código Penal supone exigir que la actuación de la persona física se desarrolle “en provecho de la persona jurídica”.

¹¹ El eventual beneficio derivado de la infracción se configura en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, como criterio de proporcionalidad a considerar al establecer las sanciones pecuniarias de suerte que la comisión no resulte rentable al infractor.

¹² El artículo 59.1 b) de la Ley 10/2010, de 28 de abril contempla entre las circunstancias a considerar para la graduación de la sanción los beneficios obtenidos como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.

¹³ El artículo 31 bis del cp restringe la responsabilidad penal de la persona jurídica a “los supuestos previstos en este código”, esto es, a los delitos para los que expresamente se contemple la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica.

¹⁴ STC 246/1991, de 19 de diciembre. F. J. 2.

¹⁵ Cfr. Gómez Tomillo, M. (2017:63).

que su responsabilidad directa pueda concurrir con la responsabilidad, también directa y personal, de aquellos en cuanto personas físicas.¹⁶

Se trata en todo caso de una responsabilidad propia en cuanto que de igual modo que el Código Penal¹⁷ la persona jurídica ha de responder con total independencia de la persona física (aun cuando el procedimiento no se dirija contra esta, y sin que le afecten las causas de exención o modificación de la responsabilidad de la persona física).

Con todo, no cabe equiparar la capacidad de culpabilidad de las personas físicas y las personas jurídica. Si respecto de la persona física la capacidad de culpabilidad puede requerir acreditación, en orden a excluir supuestos como los de inimputabilidad del sujeto, en el caso de la persona jurídica, siendo ella misma una creación legal, su capacidad de culpabilidad no sería un concepto natural como podría ser en la persona física que puede no existir en ciertos casos, sino que se está construyendo normativamente como una suerte de presunción *iusuris et de iure* que no precisaría ni admitiría prueba en contrario. La persona jurídica tendría así, en todo caso, capacidad de culpabilidad en relación con todo lo afectante al cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas que disciplinan cualquier aspecto de su actividad. De ello se deriva que no resultaría necesaria la constatación de una culpabilidad equivalente a la exigible para la persona física.

Una vez afirmado lo anterior, tampoco cabe duda de que la responsabilidad de la persona jurídica no puede ser concebida como una responsabilidad objetiva, quedando sujeta a la exigencia de atender a las reglas del principio de culpabilidad de igual modo que la persona física, si bien ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.¹⁸ Ahora bien, en ocasiones, a pesar de la contundencia de la proclamación del principio de culpabilidad, su aplicación práctica, cuando de personas jurídicas se trata, no se presenta tan evidente. En muchos casos, al intensificar en extremo el deber de diligencia exigible a la persona

jurídica, la jurisprudencia se aproxima a la exigencia de una responsabilidad objetiva.¹⁹ Y con más frecuencia la fina línea se pone de manifiesto en el ámbito de las infracciones relativas a la prevención del lavado de dinero, en el que a pesar de proclamarse la vigencia de el principio de culpabilidad, lo cierto es que se acaba por exigir responsabilidad por la infracción consistente en el incumplimiento de una obligación, por el mero hecho de no haberla cumplido.²⁰

¹⁹ Sirva de ejemplo la sts de 31 de mayo de 2000 en que se sanciona a una empresa concesionaria sin apreciar como atenuante el desconocimiento de lo hecho por sus empleados con el fin de perjudicarla afirmando que “esto podría tener trascendencia a efectos de eludir responsabilidades penales, pero no en el ámbito sancionador administrativo, pues (...) responsabilidad de los concesionarios ha de extenderse a los actos realizados por sus empleados, cuya diligencia debe ser vigilada por aquéllos, lo que equivale a sancionar la responsabilidad directa de los concesionarios que deben vigilar el buen estado de los aparatos surtidores y responder de los daños que puedan producirse por la actuación de aquéllos”.

²⁰ En esta línea la sts (Sala de lo contencioso administrativo) de 23/11/2016 Sección 3 (rec. 1003/2015) en un supuesto de sanción a una entidad bancaria por el incumplimiento del deber de conservación de documentación exigida en la Ley 10/2010 afirma en su F.J.5: “Por ello, se ha de valorar, eso sí con aplicación de los citados principios de tipicidad y seguridad jurídica, si el sujeto legalmente obligado a cumplir esas obligaciones no lo ha hecho, ya sea por dolo o negligencia, pues también en este punto se ha de acreditar la culpabilidad al no ser admisible una responsabilidad objetiva por el resultado”. Sin embargo inmediatamente viene a identificar esa culpabilidad en el mero incumplimiento de la obligación de conservar la documentación, que es la acción típica, pues continúa: “Es decir, se ha de probar en este caso que la encartada no ha cumplido con esas obligaciones que para la prevención del blanqueo de capitales le exige la citada Ley, para lo cual no es requisito imprescindible que se hayan producido un concreto blanqueo de capitales porque, a “sensu contrario”, si este se ha producido, en ese momento se habría entendido que no se han cumplido con esas obligaciones”. En este caso se está equiparando la realización de la acción típica con la existencia de culpabilidad y se pretende que se está desterrando la responsabilidad objetiva por cuanto no se precisa para sancionar la infracción de la normativa sobre prevención del lavado de activos la producción de un resultado que se identifica en la existencia efectiva de un delito de lavado. Olvida ese planteamiento que la sanción se impone por infracción de la normativa administrativa de prevención del lavado, no de la normativa del Código Penal que es el que puede sancionar el delito de lavado, el resultado de la infracción que nos ocupa solo puede ser la no conservación efectiva de la documentación, no la existencia del delito de lavado, que, de concurrir, remitiría en su caso al ámbito penal. A mi entender no existe, con ese planteamiento, diferencia alguna derivada de las exigencias del principio de culpabilidad, pues supone que basta para sancionar que se haya constatado que se ha incumplido la obligación de conservar la documentación (y con ello realizada la acción típica) sin ninguna exigencia adicional. O si se quiere plantear de otro modo. Se ha dado el resultado no querido por la norma y que fundamenta la previsión de la conducta como infractora (no se ha conservado la documentación) y con ello basta para sancionar.

¹⁶ En materia de lavado de activos el artículo 54 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, contempla la posibilidad de exigir ambas responsabilidades: la del sujeto obligado y la de quien ejerza cargo de administración o dirección siempre que resulte responsable a título de dolo o negligencia.

¹⁷ Cfr. artículo 31 ter cp. Sobre esta cuestión *vid.* Ferré Olivé (2018: 239).

¹⁸ STC 246/1991, de 19 de diciembre. F. J. 2º.

Pudiera entenderse en caso de infracciones administrativas que tipifican meros incumplimientos de obligaciones formales, máxime cuando de empresas y empresarios se trata, el deber de diligencia exigible al sujeto infractor se intensifica al máximo,²¹ imponiéndole un especial deber de conocer e informarse hasta el punto de que las exigencias derivadas del principio de culpabilidad se satisfacen entendiendo que, concurriendo el incumplimiento, solo puede evitarse la sanción en caso de que concurra una causa que excluya la culpabilidad como el error invencible.²²

A esta idea de extremar la diligencia exigible al empresario responde, quizá, el mantenimiento de la polémica expresión “aún a título de simple inobservancia” en sede de lavado de dinero, aun cuando desde 2015 se suprime la cuestionada expresión en el texto general de procedimiento sancionador. El artículo 54 de la Ley 10/2010 del 28 de abril, al referir a la responsabilidad de administradores y directivos del sujeto obligado, contempla la responsabilidad de este último aún a título de simple inobservancia.

Para Huergo Lora, bajo la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, la referencia que contenía a la mera inobservancia debía interpretarse atendiendo al derecho penal, como modelo sobre el que se construye toda potestad sancionadora distinta de la penal. Y de ello extraía que la expresión “mera inobservancia” no remitía a una forma de negligencia en su grado mínimo, en cuanto inobservancia equivale a incumplimiento de la norma, esto es, a la realización de la conducta típica sobre la que luego se ha de proyectar la culpabilidad. Entendía que la voluntad del legislador fue no limitar la responsabilidad sancionadora a los casos de dolo o culpa, dado que la culpabilidad es algo más que se predica de las conductas típicas, y la inobservancia es un *prius* de la culpabilidad y no una especie de ella, es el incumplimiento de la norma (la realización de la conducta típica).²³ En cualquier caso, la consecuencia de esta interpretación no puede llevar a la conclusión de que el mero incumplimiento de la norma, la realización de la acción típica merezca ya sanción.

Ciertamente que la mayoría de las infracciones en el ámbito administrativo se configuran como conductas de mera inobservancia de las normas, de mera actividad, generalmente omisiones. Piénsese en el catálogo de infracciones en materia de prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo, que prácticamente se limita a relacionar, una por una, el incumplimiento o la inobservancia de las obligaciones establecidas en la propia ley,²⁴ obligaciones que, además, en su mayoría son de carácter formal, bastando con el simple incumplimiento de la norma sin precisar la producción de un resultado para reputar cometida la infracción. El principio de culpabilidad debe suponer una exigencia adicional en orden a que aquel mero incumplimiento sea merecedor de sanción, so pena de exigir una responsabilidad objetiva.

Siguiendo de nuevo a Huergo Lora, este identifica la mera inobservancia con el establecimiento en el texto de la ley de un deber de conocer y cumplir la norma de suerte tal que de no hacerlo el sujeto actúa, al menos, con negligencia;²⁵ de modo que el legislador fija el nivel de diligencia exigible identificándolo en el simple incumplimiento²⁶. Sin embargo, acertadamente concluye que ello no supone una presunción de culpabilidad.²⁷ Y apoya su conclusión en razones de eficacia que imponen al legislador más que una opción, una obligación de establecer que quien realiza una actividad, normalmente de riesgo debe seguir ciertas normas y de no hacerlo está actuando negligentemente.²⁸ Si bien, matiza su posición aclarando que para que este modo de tipificar se ajuste al principio constitucional de culpabilidad es necesario, en primer lugar, que ese juicio que realiza el legislador sea “sostenible”,²⁹ con lo que parece exigir que sea razonable y proporcionado, lo que supone la necesidad de un control de validez de la norma desde la perspec-

²⁴ Es de ver como, por ejemplo, el catálogo del artículo 52 Ley 10/210, de 28 de abril, al tipificar las infracciones graves refiere en las distintas letras “el incumplimiento de las obligaciones de ... en los términos del artículo...”, de suerte que a la hora de describir las conductas típicas lo hace por remisión al contenido del precepto de la propia ley que regula la obligación cuya inobservancia se sanciona.

²⁵ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 388).

²⁶ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 389).

²⁷ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 390).

²⁸ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 391).

²⁹ Pone este autor como ejemplo la exigencia de que el conductor conozca los límites de velocidad o el significado de las señales de tráfico, de suerte que la mera infracción sea sancionable, por contra no reputa “sostenible” exigir al conductor el conocimiento de normas de alto nivel técnico.

²¹ Cfr. Bajo Fernández, M. (2011:13).

²² Esta parece ser la orientación que defienden Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. (2005: 37), incluyendo además la confianza legítima como causa de exclusión de la culpabilidad.

²³ Cfr. Huergo Lora, A. (2007:386).

tiva del principio constitucional de culpabilidad, de modo que si no recoge la exigencia de culpabilidad, como requisito de punibilidad separado, esto es, si no admite que la conducta quede impune si no concurre dolo o culpa por exigir un nivel de diligencia excesivo, la norma resultaría inconstitucional.³⁰ Y en segundo término, deben contemplarse en las normas que establecen niveles de diligencia situaciones concretas e individuales en las que el incumplimiento no merece reproche ni sanción,³¹ entendiendo que, en todo caso, la fuerza mayor en cuanto alude a acontecimientos no previstos e imprevisibles, queda, por definición, más allá del nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de cualquier disposición; de suerte que la norma sancionadora que no contempla circunstancias excluyentes de la culpabilidad o solo contempla la fuerza mayor, resulta insostenible. Reclama una regulación completa de la materia, aceptando que pudiera consistir en la remisión al Código Penal, en contra de otros autores que defienden que la singularidad propia merece una regulación independizada del modelo penal.³²

En general y en el orden penal está asentada la idea de hacer descansar el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en su culpabilidad, construida en torno al déficit de organización. El debate sobre la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, a los efectos de la sanción penal, responde a que quienes la niegan la construyen desde un punto de vista antropocéntrico, basándola en la existencia de alternativas de acción para el sujeto; y sin embargo, la persona jurídica responde —penalmente— por una culpabilidad basada en un defecto de organización.³³ Es por ello que, en el ámbito penal, la cumplimentación de modelos de organización y gestión permite, en unión a otros requisitos, eximir o atenuar su responsabilidad (art 31 bis 5 CP).

Ninguna razón existe para no trasladar la misma conclusión al ámbito del derecho administrativo san-

cionador y sentar el fundamento de la responsabilidad administrativa en una culpabilidad fundada en un defecto de organización. Aún con todo, ese traslado hace precisos ciertos “matices”.³⁴

En materia de prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo la propia ley se estructura a modo de un esquema de modelo de cumplimiento. La ley se contrae a definir los sujetos obligados en el ejercicio de la actividad que les es propia y a establecer un entramado complejo de obligaciones que pesan sobre los mismos, su finalidad es precisamente establecer un determinado modelo de organización empresarial orientado a la prevención de aquellos delitos. Dicho modelo se pretende imponer con base en el establecimiento de una serie de obligaciones relativas al modo de hacer de la empresa, conminadas con sanción para el caso de ser incumplidas. Lo extraordinariamente peculiar de este modelo es que el sistema de *compliance* que se establece parece ir dirigido, en principio, tanto a personas jurídicas como a personas físicas, empresarios individuales, o profesionales en el ejercicio de su profesión.³⁵ De este modo, y dirigiéndose la ley a un grupo concreto de sujetos (los sujetos obligados del artículo 2º) a los que se impone incorporar a su organización todo ese entramado de obligaciones, se parte de la idea de que han de conocerlas y asumirlas en su organización; de modo tal que su incumplimiento es sancionado. La organización empresarial es responsable por incumplir la norma y sin llegar a establecer una responsabilidad objetiva en sentido propio, el sistema se aproxima mucho a ella. Y es que se entiende que ese incumplimiento es sancionable a menos que el sujeto justifique que su estructura interna está lo suficientemente organizada, de suerte que el incumplimiento no sea atribuible a ese desorden empresarial, derivando en consecuencia la ausencia de necesidad de sanción, o minimizando esa necesidad.

Si como se ha dicho, el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica debe situarse en la exis-

³⁰ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 392).

³¹ Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 393). Cita como ejemplo la infracción de los límites de velocidad cuando se transporta un enfermo a un centro sanitario.

³² Cfr. Nieto García, A. (2007: 9 y 10), máximo defensor de la idea de la sustantividad propia del derecho administrativo sancionador.

³³ Cfr. Ferré Olive, J. C. (2018: 239). Es también la posición que sostiene Gómez Tomillo, M. (2017: 67 y 68) al situar en la omisión de las medidas de precaución exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad de la empresa, el fundamento de la culpabilidad.

³⁴ En el sentido señalado por la doctrina constitucional, STC 18/1981 de 8 de junio.

³⁵ El artículo 26 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, tras establecer con carácter general el deber de implementar un modelo de “control interno”, permite en el punto 7, que vía reglamentaria se determinen los sujetos obligados exceptuados de estos deberes. El artículo 31.1 del Reglamento aprobado por R. D. 304/2014, de 5 de mayo, exime de parte de las obligaciones de control interno a una serie de sujetos en cuanto su organización empresarial no supere las dimensiones de la microempresa.

tencia de un defecto de organización y control, debería excluirse o, al menos atenuarse, si resulta acreditada, bajo determinadas condiciones, la previsión de mecanismos de organización y control dirigidos a evitar la comisión de infracciones administrativas, al modo de lo que ocurre en el ámbito penal. En el ámbito punitivo, el derecho español admite la posibilidad de concluir la ausencia o la atenuación de la responsabilidad de la empresas cuando se acredite que se ha dotado de programas y protocolos dirigidos a definir su comportamiento ante el posible riesgo de la comisión del delito y resulten idóneos a tal fin de prevenir el delito o reducir significativamente el riesgo de su comisión, siempre que se acredite, además, que se han “ejecutado con eficacia”, aún cuando la acción típica se haya producido efectivamente, lo que supone que el mecanismo no ha funcionado adecuadamente, pero son indicativos del compromiso o la disposición de la empresa con el respeto de la norma.³⁶

No se contempla, sin embargo, con carácter general en el ámbito administrativo un modelo similar con estos fines de atenuación o exención de la responsabilidad. De hecho, es significativo que allí donde la norma administrativa prevé un modelo de organización y control, el *compliance program* lo impone de forma obligatoria y bajo sanción, disciplinando minuciosamente su contenido sin atribuirle la mínima relevancia en orden a atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.

Así ocurre en el ámbito de la prevención del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo. La ley 10/ 2010, del 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, bajo la rúbrica de “control interno”, dedica el capítulo IV a una serie de obligaciones de naturaleza interna de autoorganización del sujeto obligado dirigidas a asegurar el eficaz cumplimiento de sus obligaciones de prevención en materia de lavado de dinero y de financiación del terrorismo que, no obstante, no son de aplicación a todos los sujetos relacionados en el artículo 2º.

El control interno impone un complejo mecanismo de programas de actuación en el ámbito doméstico del sujeto obligado en orden a garantizar el eficaz cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, información y cooperación con las autoridades y, en definitiva, a detectar diligentemente cualquier atisbo

de operación o actuación que pueda presentar indicios de mantener algún tipo de relación con el lavado de dinero o la financiación del terrorismo y comunicarla a las autoridades encargadas de la prevención, que pasa, además, por la previsión de una organización interna específica con esa finalidad.

El sistema de control interno ideado por la normativa de prevención responde al sistema de *compliance* de tradición anglosajona, pero a diferencia del carácter, por lo general, voluntario y la función que se otorga a estos sistemas en el orden penal y en relación con la responsabilidad de ese tipo exigible a las personas jurídicas, en el orden administrativo se trata de una obligación legal amenazada con sanción que no alcanza únicamente a los incumplimientos relevantes del deber de implementar en la empresa un sistema de cumplimiento, ni siquiera de respetarlo en lo esencial, sino que recae aún ante incumplimientos meramente formales referidos a aspectos en ocasiones accesorios, o sin repercusión real que, en principio, escapan a la lógica de la sanción, incluso de la administrativa.³⁷ Tampoco tiene el cumplimiento de las exigencias de control interno un efecto positivo o beneficioso concreto para quien viene obligado, más allá del de dar cumplimiento a la exigencia legal o evitar la sanción, y el eventual beneficio reputacional suponiéndole, por el contrario, importantes inversiones³⁸ sin que su eficacia esté acreditada.³⁹

³⁷ Véase como ejemplo la sanción de 60.001 euros que fue impuesta a una firma de abogados por el incumplimiento de la exigencia del artículo 26.2 Ley 10/2010 en cuanto el órgano de control interno, en un acta de reunión decidió modificar la periodicidad de las reuniones, pasando de trimestral a anual, haciéndolo fuera del cauce de la modificación del manual que contiene el procedimiento de control interno, y que fue confirmada en SAN de 30 de octubre de 2019 (rec. 2375/2018). La infracción que se sanciona es la del art. 52.1. ñ) en su redacción anterior a la reforma de la Ley por el rd111/2018, esto es *El incumplimiento de la obligación de establecer órganos adecuados de control interno, con inclusión, en su caso, de las unidades técnicas, que operen en los términos previstos en el artículo 26.2.*

³⁸ Al respecto resulta interesante la alegación formulada por el Consejo General del Notariado para sostener su legitimación activa en el recurso formulado frente a la Orden/JUS/319/2018 por la que se aprueban los nuevos modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación sobre los costes a su cargo derivados de la creación del órgano centralizado de prevención, que, al margen de la inversión inicial, superan el millón de euros anual, a cuya carga se suman los costes individuales para cada uno de los notarios en medios informáticos y personal. Cfr. SAN (Sala de lo contencioso -sección tercera) de 26 de junio de 2019, (rec. 427/2018) (Ponente: García García-Blanco)

³⁹ Sobre esta cuestión vid. Blanco Cordero, I (2009: 123 y ss).

³⁶ Sobre esta cuestión, en referencia al ámbito tributario, vid. Ferré Olive, J. C. (2018:243 y sig.).

En todo caso, si el sistema pretende asegurar que en la empresa se dé un adecuado cumplimiento a las obligaciones de prevención, básicamente las de diligencia debida e información, que son obligaciones conminadas con sanciones económicas y accesorias de gran calado, la principal interesada en ese adecuado cumplimiento es la propia empresa, el sujeto obligado. Y así entendido, el interés en asegurar el perfecto cumplimiento de las obligaciones de prevención es primordial en la empresa, siquiera en la más despreocupada con los objetivos finales de prevenir o detectar actividades de lavado de dinero o de financiación del terrorismo, para evitar ser duramente sancionada. Por ello cabe preguntarse si realmente resulta necesaria la imposición coactiva de estos sistemas de cumplimiento desde la perspectiva de la prevención, o lo que es igual, si la intervención administrativa en el funcionamiento de la empresa, en las decisiones sobre cómo cumplir las obligaciones legales en materia de prevención y detección de conductas sospechosas, está justificada. Y esa justificación ha de venir dada por la presencia de un interés público que tutelar frente a los intereses de la empresa de gestionar libremente, y posiblemente de una forma menos onerosa, el modo de cumplir las exigencias legales de fondo. Cabe pensar que, dado el riguroso sistema de sanciones administrativas previsto para el incumplimiento de las obligaciones básicas de prevención, pudiera no ser necesario imponer, además, la forma concreta de cumplimiento de esas obligaciones, regulándola al detalle, y quizá fuera más recomendable dejar a la propia entidad obligada la elección del modo más adecuado de cumplir con la ley, sin perjuicio de dar unas pautas o recomendaciones a modo de sugerencias, que no impuestas bajo amenaza de sanción, al modo que se hace en el artículo 31 del CP para el *compliance* penal. Aunque el Código Penal parece establecer unas reglas rigurosas y estrictas en el citado artículo, sin embargo, deja un cierto margen a la persona jurídica para que, dentro de la libertad de auto organización de la empresa, decida con cierta discrecionalidad el modelo de organización y gestión, siempre que resulte adecuado a las funciones de prevención que se persiguen, limitándose a exigir la identificación de las actividades de riesgo, la determinación de los protocolos para la toma de decisiones, los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados al fin de prevención, los canales de comunicación y denun-

cia internos y el régimen disciplinario para eventuales incumplimientos en materia de prevención, pero sin imponer la forma concreta de dar cumplimiento a tales exigencias, y lo que es más determinante, sin anudar ninguna consecuencia sancionadora directa al incumplimiento, sino antes valorando la puesta en marcha de un modelo adecuado como mecanismo de exoneración o merma de la responsabilidad criminal. Sin embargo, la exigencia de estos sistemas de *compliance* y la minuciosa disciplina de su contenido, se ha generalizado en todos los ordenamientos que han implantado sistemas de lucha contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo.

3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y lavado de dinero

La responsabilidad penal de las personas jurídicas existe en España, a partir de la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, del 22 de junio, y su modificación por LO 1/2015, del 30 de marzo, por lo que se trata de un sistema relativamente reciente. Podemos considerar en gran medida superado el debate referido a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, porque es una realidad legal evidente.⁴⁰ Debemos destacar que el derecho penal aplicable a las personas jurídicas se desarrolla sobre bases distintas a las del derecho penal dedicado a las personas físicas y, por lo tanto, no rigen de la misma forma los principios y requisitos que se establecen por el derecho penal tradicional,⁴¹ aunque esto no supone

⁴⁰ No podemos negar, sin embargo, la presencia aislada de voces críticas, pero al mismo tiempo solventes y razonadas. Es el caso de J.J. González Rus (2014: 40), autor que considera que “ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida”. Considera incierta la imposición “por Europa”, dudas que también se aprecian por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, que no encuentra tratados ni normas internacionales que obliguen a España a incorporar este tipo de responsabilidad, considerando que siguen abiertas otras opciones, como sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras alternativas a las penas. En definitiva, González Rus no ve la necesidad político criminal de esta solución. En la misma línea se manifiesta Palma Herrera, J.M. (2014: 157 y sig.). Es importante apuntar también que existe una gran resistencia a este tipo de responsabilidad penal en Alemania, cuna de la teoría jurídica del delito, por lo que algunos autores, como Galán Muñoz (2017: 48 y sig.), hablan de “esos irreductibles germanos”. Curiosamente esta irreductibilidad también se aprecia en países cuyos Códigos Penales son de plena inspiración germana, como Paraguay.

⁴¹ Cfr. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015: 681).

que las garantías constitucionales en materia penal y procesal resulten desatendidas.

La regulación española actual permite la sanción penal para la persona jurídica y para la persona física que ha actuado en su nombre. Para poder estructurar este tipo de responsabilidad penal se exigen como requisitos que un miembro, representante o persona autorizada dentro de la empresa haya cometido un hecho delictivo, dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad. En el plano internacional existen distintos mecanismos para criminalizar a las personas jurídicas. Por una parte, existe un modelo de “responsabilidad vicarial” o de “responsabilidad objetiva” de la empresa (responsabilidad por atribución).⁴² Posee un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, y es el sistema vigente en distintos países como Reino Unido o Francia (*vicarious liability*). Una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad, parte de la responsabilidad será transferida a la empresa; de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica. Existe plena dependencia del hecho cometido por la persona física. En consecuencia, la persona jurídica responde penalmente sobre la base de una “responsabilidad objetiva”, es decir, no se exige ningún grado de “culpabilidad de la empresa”. Las consecuencias de la conducta del individuo se imputan a la empresa, sin que sea admisible la prueba que aporte la entidad, de haber desarrollado convenientemente los controles empresariales internos para evitar el delito. Este mecanismo de trasladar a la empresa una responsabilidad penal de manera objetiva ha sido cuestionado, aduciéndose una violación al principio de culpabilidad. La persona jurídica terminaría respondiendo por un hecho ajeno y no por el hecho propio. La tesis contraria, que no ve inconvenientes en mantener este tipo de responsabilidad, considera que las bases de la culpabilidad de la persona jurídica *son distintas* a las de las personas físicas y que, por lo tanto, no resulta afectado el mencionado principio por la transferencia

de culpabilidad, siempre que se respete el derecho de defensa.

El otro modelo es el de “culpabilidad de la empresa” o de autorresponsabilidad. Son los planteamientos más modernos, que no estructuran la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamentan 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.⁴³ Se caracteriza por atenuar o eximir de responsabilidad penal a la empresa si corrige esos defectos de organización, que se dará cuando adopte programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

No es fácil definir el modelo actualmente vigente en el derecho penal español. Esta cuestión viene siendo objeto de un amplio debate doctrinal desde la incorporación de este tipo de responsabilidades penales para personas jurídicas por LO 5/2010, del 22 de junio.⁴⁴ Así, un importante sector doctrinal ha venido viendo en esta regulación un modelo de responsabilidad vicarial con base en la idea de transferencia de responsabilidad y, por lo tanto, de responsabilidad objetiva de la empresa.⁴⁵ Sin embargo, los cambios efectuados en la regulación del Código Penal por la LO 1/2015, del 30 de marzo, van dirigidos a excluir la caracterización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como manifestación del modelo vicarial (así se manifiesta expresamente en el preámbulo de la mencionada Ley Orgánica) y, por lo tanto, procuran consagrar un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica. Podemos afirmar que no estamos ante un modelo puro, ya que la nueva regulación contiene elementos de ambos sistemas. Esta solución guarda coherencia con la pluralidad de modelos que existen en el plano internacional, donde se presentan distintas soluciones para la responsabilidad penal de

⁴² Cfr. el punto de vista de Palma Herrera, J. M. (2014: 185 y sig.).

⁴³ Cfr. Tiedemann, K. (1988: 1169 y sig.). Véase también la caracterización que hace Tiedemann (1993: 232 y sig.) de la responsabilidad de la empresa. A favor de este sistema de responsabilidad por el hecho propio, cfr. García Cervero, P. (2018:265).

⁴⁴ Sobre este debate cfr. Martínez- Buján Pérez, C. (2016: 589 y sig.).

⁴⁵ Cfr. González Cussac, J.L. (2015: 162), quien sigue considerando que la regulación actual consagra un modelo vicarial. Cfr. también Palma Herrera, J. M. (2014: 158 y sig.).

las personas jurídicas. La originalidad del sistema español está dando pie a grandes debates doctrinales y jurisprudenciales, que intentan perfilar las características de este nuevo mecanismo de imputación penal. En todo caso, y como punto de partida, nos sumamos al sector que defiende el desarrollo de una teoría del delito peculiar y paralela a la que existe para las personas físicas, de aplicación exclusiva a las personas jurídicas (teoría específica de imputación jurídico-penal de las personas jurídicas).⁴⁶

Consideramos que el modelo consagrado es de naturaleza mixta, porque no logra apartarse del todo del modelo vicarial, fundamentalmente cuando se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores en los que sigue vivo el criterio de la “atribución” a partir de un “hecho de conexión”. Sin embargo, no puede hablarse de responsabilidad objetiva de la empresa, ya que en nuestro derecho es inadmisibles la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Así, la base de la responsabilidad debe también buscarse en el defecto de organización. En otros términos, debe distinguirse el presupuesto de la responsabilidad (un delito cometido o en el que han intervenido representantes legales y administradores, unido por vínculos de conexión) del fundamento de la responsabilidad, en el que prevalecen los elementos que permiten basar la responsabilidad penal en la culpabilidad de la empresa, es decir, en un modelo de autorresponsabilidad.⁴⁷

El sujeto en cuestión debe obrar en nombre o por cuenta de la empresa, no a título propio e individual (art. 31 bis CP). Este requisito implica que el que actúa debe hacerlo dentro del “marco propio de actividades sociales” de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un “vínculo de conexión”, una relación entre el ilícito cometido por el miembro o representante y las actividades propias de la entidad. Debe haberse cometido un delito (art. 31 ter 1 CP), en nuestro caso encuadrable en el marco del lavado de dinero. Quien cometa el delito debe ser persona que “ostenta los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior”. Al hablarse de delito, se hace referencia a un injusto penal, es decir, a una acción típica y antijurídica —que puede ser o no cul-

pable— cometida en su nombre o por su cuenta por una persona comprendida en los términos expuestos en el artículo 31 bis del Código Penal.⁴⁸ Dicho delito debe quedar acreditado en el juicio correspondiente, a través de las vías probatorias oportunas.

La normativa europea ha promovido durante años la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de dinero. Así lo ha hecho el Consejo de Europa a través del Convenio de Varsovia del 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, y la más reciente Directiva de la Unión Europea 2018/1673, del 23 de octubre. En el derecho español, para el lavado de dinero están específicamente previstas sanciones penales en caso de comisión por parte de personas jurídicas, en base a lo dispuesto en el artículo 302.2 del Código Penal. “En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. 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”.

En el delito de lavado de dinero, las últimas reformas han llevado a perfilar responsabilidades penales amplísimas y que también afectan a las personas jurídicas. Actualmente, y en ese contexto, se sanciona el autolavado,⁴⁹ la mera posesión o tenencia de los bienes corruptos o el lavado culposo. Se asigna al lavado de dinero un carácter progresivo, identificándolo como un proceso segmentado en el que paulatinamente se libera a los bienes contaminados de toda sospecha de origen delictivo. La clave está, en buena medida, en la integración final de los bienes corruptos dentro de la economía lícita y sus circuitos oficiales, y de allí que el sistema financiero se convierta en una potencial y real fuente de peligro.⁵⁰

Silva Sánchez, quien considera al lavado de dinero como una manifestación paradigmática de la expansión del derecho penal, ve en este delito un

⁴⁶ Esta teoría propugna que la responsabilidad penal de la persona jurídica se base en su propio injusto y su propia culpabilidad. Cfr. Feijoo Sánchez, B. (2012: 71).

⁴⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2014: 21).

⁴⁸ Cfr. De la Mata Barranco, N. y Hernández, L. (2013: 237) y Feijoo Sánchez, B. (2012: 87).

⁴⁹ Sobre las consecuencias de una expansión incontrolada de la figura del autolavado, véase Abel Souto, M. (2016: 132 y sig.).

⁵⁰ Cfr. Fabián Caparrós, E. (2015: 69 y sig.).

mecanismo que pretende desincentivar la comisión de cualquier otro delito que produzca beneficios económicos, generando una especie de “supradelito”, “que recibe penas superiores a las de los delitos base y cuya legitimidad resulta, por ello, más que discutible”.⁵¹ Se ha planteado incluso la conveniencia de sancionar penalmente el lavado de bienes contaminados que provienen de infracciones administrativas, lo que supone un auténtico sinsentido que puede vulnerar la seguridad jurídica.⁵²

El legislador ha contemplado eximentes de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que se fundamentan en la ausencia de culpabilidad. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del artículo 31 bis a.1 del Código Penal (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados conforme a lo dispuesto por el artículo 31 bis a.2 CP. Para alcanzar la ausencia de responsabilidad criminal la empresa debe desarrollar modelos de organización y control (*compliance*). El requisito legalmente establecido para empresas de medianas y grandes dimensiones es la comprobación de que “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Los modelos de organización y gestión (organización preventiva empresarial) son protocolos de autorregulación de las empresas que procuran una mejor gestión empresarial: autovigilancia y autocontrol. Se trata de mecanismos que deben permitir reconocer con seriedad y eficacia el compromiso de la empresa en contra del delito y al cumplimiento de la Ley.⁵³ El objetivo de estos programas es, como afirma Bajo Fernández,

la creación de una cultura empresarial de fidelidad al derecho,⁵⁴ 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.⁵⁵ Debemos destacar que en los últimos años esta específica materia ha provocado 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*.⁵⁶

Estos programas no solo deben estructurarse sobre el papel, sino que se exige que se hayan “ejecutado con eficacia”, lo que debe ser demostrado en el momento procesal oportuno. En consecuencia, se debe comprobar que las medidas desarrolladas son idóneas para prevenir delitos de lavado de dinero en el seno de la empresa, o que son aptas para reducir de forma significativa las afecciones a los bienes jurídicos tutelados. Como ha señalado González Cussac, este segundo criterio es bastante ambiguo y complejo, pues obliga al juzgador a realizar un incierto cálculo de probabilidades sin que se aprecie en realidad un método de verificación seguro y constatable.⁵⁷ En definitiva, son programas que tienden al cumplimiento de la legalidad y si se aprecia una clara disposición de la persona jurídica en consonancia con el marco normativo regulador del lavado de dinero, podrán verificarse las condiciones establecidas.

Un *compliance* antilavado debe dar comienzo con la determinación del mapa de riesgos. Este debe definir riesgos transversales y específicos conforme a las actividades propias de la empresa. Como riesgo transversal seguramente deberán tomarse medidas contra el delito de defraudación tributaria o la corrupción en sus distintas formas (sector público y sector privado).

⁵⁴ Cfr. Bajo Fernández, M. (2012: 40).

⁵⁵ Cfr. Feijoo Sánchez, B. (2012: 106).

⁵⁶ Cfr. García Caverro, P. (2018: 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 unenaeor, 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. (2018: 45 y sig.).

⁵⁷ Cfr. González Cussac, J. L. (2015: 184 y sig.).

⁵¹ Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2018: 180), añadiendo que la persecución del lavado de activos puede perseguir la obtención de pruebas del delito-base, cuya sanción no se requiere.

⁵² Críticamente Blanco Cordero, I. (2015: 126).

⁵³ Cfr. De la Mata Barranco, N. (2013: 251). Como destaca García Caverro (2014: 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 es un riesgo transversal el lavado de dinero, que se convierte en riesgo específico según la actividad principal de la empresa (por ejemplo si interviene en el sector bancario). A este tipo de delitos se pueden sumar otros, como la financiación del terrorismo, los delitos societarios o los ambientales.

En los delitos aquí analizados el límite entre lo delictivo y lo lícito, el riesgo permitido y el prohibido, se traza con la ayuda de la normativa administrativa (a su vez derivada de la normativa internacional) que conforma estas materias. Sin embargo, no pueden ignorarse las disposiciones jurídicas de mayor jerarquía. En España deberán tenerse en cuenta las distintas directivas europeas reguladoras de estas materias y el Código Penal. Por las implicaciones prácticas que generan, también deberán ser atendidas las recomendaciones del GAFI/FATF. Se identifican los momentos o fases del lavado de dinero, según el GAFI/FATF. En primer término, se presenta la “introducción de los bienes contaminados” (bienes provenientes de un hecho delictivo) en el sistema financiero. En el segundo momento, se movilizan esos bienes para ocultar su origen ilícito. En el tercer momento, los bienes afloran con total apariencia de legalidad.

La administración española ha generado, a través de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales e infracciones monetarias, un “Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo” que identifica las operaciones peligrosas diferenciándolas según los distintos sectores: bancario, seguros, casinos, joyas y en particular sectores profesionales: abogados, notarios, registradores, asesores y auditores. No es posible abarcar toda esta casuística; sin embargo, es relevante una referencia a entidades de crédito y a determinadas actividades profesionales.

En relación con las entidades de crédito,⁵⁸ se consideran riesgosos los cambios inusuales y/o frecuentes en el tipo o naturaleza de los medios de pago, sin reflejo en cuenta del cliente, las operaciones atípicas con dinero en metálico, las actividades inusuales en cuentas bancarias, uso de estructuras societarias ficticias, movimientos internacionales atípicos, préstamos, líneas de crédito u operaciones de activo con o sin garantía, las actuaciones de personas con responsabilidad política que provienen de zonas de riesgo,

las carencias en los datos, falta de contacto deliberado con la oficina o despreocupación por la rentabilidad o ventajas de los productos, las cuentas de corresponsalía con entidades extranjeras insuficientemente conocidas y/o de paraísos fiscales o territorios designados y las actitudes inusuales de empleados y representantes de las instituciones financieras. La casuística tiende al infinito.

Con relación a los sectores profesionales,⁵⁹ los riesgos incorporan a los que se relacionan con la identificación del cliente y de personas jurídicas, actuaciones de representantes o administradores, empleados y profesionales vinculados, etcétera. Todas estas exigencias pasan en lo sustancial por exigir una adecuada identificación del cliente, comprobando su identidad —de personas físicas y jurídicas—, lo que se sintetiza en la necesidad de conocer al cliente. Debe recabarse toda la información, rechazando operaciones en las que no exista tal identificación o no se aporten las referencias requeridas. Debe indagarse el negocio concreto —seguimiento continuo— aplicando las medidas de diligencia normativamente dispuestas y, en su caso, rechazar la operación.

En el afán normalizador que guía el *compliance*, existen normas ISO específicas para la gestión de riesgos. Así, encontramos la norma ISO 31000:2018, que traza un nuevo marco de control del riesgo para organizaciones. Se marcan una serie importante de criterios que podrían ser considerados para valorar el riesgo de comisión de un delito (grado de exposición a un riesgo penal). Se trazan consecuentemente mapas de riesgos penales (altos, medios, bajos) e incluso de un riesgo penal inherente o bruto (alto grado de riesgo propio de la actividad de la corporación) y el riesgo residual o neto (el que resulta de la existencia de mecanismos de control bien diseñados; *compliance*).⁶⁰

El mapa de riesgos partirá de las bases comunes: las definiciones y características de los delitos de lavado de dinero adaptados a las peculiaridades de cada empresa (su concreta actividad, número de trabajadores, procesos productivos, sistema de cobros y pagos, etcétera). También deben preverse medidas de vigilancia y control similares a las que deben adoptarse para prevenir otros delitos, ajustadas a las peculiaridades

⁵⁸ https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor_sector_de_entidades_de_credito.pdf (10/04/2020).

⁵⁹ https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor_profesionales.pdf (10/04/2020).

⁶⁰ Cfr. Casanovas Ysla, A. (2017: 155 y sig.).

dades de los ilícitos aquí analizados (generación de canales de denuncia, mecanismos de sanciones internas, previsión de controles externos, códigos de conducta, *compliance officer*, etcétera).

En definitiva, estamos ante programas que garantizan la observancia de la ley y deben desarrollarse por escrito, identificando y gestionando las actividades de riesgo que puedan desarrollarse en la empresa conforme a su tipo de actividad. También debe identificarse con claridad el órgano encargado de su cumplimiento (*compliance officer*). Evidentemente, si se llega a la comisión de un delito el *compliance program* no ha funcionado plenamente en el caso concreto. Sin embargo, la exención de responsabilidad penal no exige un resultado que no se ha dado en la realidad, sino una valoración seria del programa, su idoneidad para prevenir delitos, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (riesgo residual).⁶¹

4. Bibliografía

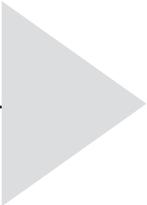
- Abel Souto, M. (2016). “La expansión mundial de los tipos penales contra el blanqueo de dinero”, en *La expansión penal del blanqueo de dinero*, México.
- Anaya Martín, F. (2018). “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en *AAVV La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: Aspectos prácticos*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- Bajo Fernández, M. (2001). “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEC sobre el artículo 179 LGT”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIV.
- Bajo Fernández, M. (2012). “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *AAVV*, 1ª ed. Ed. Civitas, Navarra.
- Blanco Cordero, I. (2009). “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, en *Eguzkilore*, Núm. 23, diciembre 2009, págs. 117-138, San Sebastián.
- Blanco Cordero, I. (2015). “Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos”, en *AAVV, Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 5ta. Edición, OEA Washington.
- Casanovas Ysla, A. (2017). *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 10601*, Navarra.
- De La Mata Barranco, N. (2013). “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en *AAVV, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- De La Mata Barranco, N. y Hernández, L. (2013). “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *AAVV, Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- Fabián Caparrós, E. (2015). “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta”, en *AAVV, Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5ta. Ed., OEA Washington.
- Feijoo Sánchez, B. (2012). “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C. (2012), 1ª Ed., Civitas, Navarra.
- Ferré Olivé, J. C. (2018). “Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A. y Ramírez Barbosa, P. A. (2020). *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, D. C.
- Galán Muñoz, A. (2017) “Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015”, Tirant lo Blanch, Valencia.
- García Caveró, P. (2018). “*Compliance* y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa”, en *AAVV, Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, México.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2000). *Curso de Derecho Administrativo II* (7ª edición). Ed. Aranzadi, Madrid.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*.

⁶¹ No siendo posible eliminar todo el riesgo de comisión del delito, por lo menos que se aprecien riesgos que no excedan de lo tolerable. Cfr. Galán Muñoz, A. (2017: 131 y sig.).

- Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 4ª. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Gómez Tomillo, M. (2017). “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”, en *Revista de Administración Pública*, 203, págs. 57-88.
- González Cussac, J. L. (2015). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en *AAVV, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. González Cussac), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Cussac, J. L. (2020). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Rus, J. J. (2014) “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *AAVV “Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica”* Ed. Dykinson, Madrid.
- Huergo Lora, A. (2007). “Las sanciones administrativas”. Ed. Iustel, Madrid.
- Martínez- Buján Pérez, C. (2016). “Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General”. 5º ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). “Derecho Penal. Parte General”. 9ª. Ed. Valencia.
- Nieto García, A. (2007). “Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Cuadernos de derecho local*, Núm. 14. Págs. 7-13.
- Palma Herrera, J. M. (2014). “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *AAVV, Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid.
- Pereira Menaut, A. C. (2019). “¿Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?”, en *AAVV, VIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ramírez Barbosa. P. y Ferré Olivé, J. C. (2019). *Compliance penal, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Tirant lo Blanch, Colombia.
- Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. (2005). “Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, en *Revista Estudios-Socio Jurídicos*, Vol. 7, Núm.1, enero/junio 2005. Bogotá.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en *AAVV Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- 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”. Ed. PPU, Barcelona.
- Zúñiga Díaz, G. y Vilca Ravelo, L. E. (2020). “La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas”, en *Derecho & Sociedad*, 1(54), pp. 397-412. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy-sociedad/article/view/22428>.



Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje



José L. González Cussac

*Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia*

RESUMEN: *Se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. Se estudia desde la filosofía del lenguaje y la ley positiva.*

PALABRAS CLAVE: *Responsabilidad criminal, criminalidad de empresa, criminal compliance, Vives Antón.*

ABSTRACT: *This article analyses the criminal liability of legal persons in Spanish law. It is studied from the philosophy of language and positive criminal law.*

KEY WORDS: *Criminal responsibility, company crime, criminal compliance, Vives Anton.*

SUMARIO: *1. Un modelo de autorresponsabilidad. 2. Fundamento. 3. Bibliografía.*

Rec: 15-04-2021 | **Fav:** 17-05-2021

1. Un modelo de autorresponsabilidad

Desde la filosofía del lenguaje, en concreto desde su aplicación al derecho penal desarrollada por Vives Antón,¹ se ha formulado ya una propuesta para interpretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Diversos autores, entre los que me encuentro,² han contribuido en esta dirección.³

Como corresponde a este lugar, un resumen de esta posición se puede formular en los siguientes puntos comunes.

El punto de partida descansa en una rotunda diferenciación entre lo que dice la ley positiva, y lo que debería decir, esto es, lo que podría decir y consideramos, en nuestra opinión, que tendría que regular.

De esta primera diferenciación de planos de análisis, con relación al texto español vigente se comparte una similar exégesis. Así, en relación con la discusión

¹ ANTÓN VIVES, T.: *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

² Con referencias en el último publicado: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2020.

³ Entre otros, especialmente referidos a esta temática: BUSATO, P. C.: *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2019; BUSATO, P. C.: "Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación", en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia (Tirant lo Blanch) 2019, p. 56; BUSATO, P. C.: "Lo que no se dice sobre criminal compliance", en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, p. 1 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C.: "La persona jurídica como sujeto activo del delito", en *LH al Profesor Diego Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, p. 595 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010*, CPC, 2ª Época, nº 101, 2010, p. 5 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C.: "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás S. Vives Antón* (Directores: Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia (Tirant lo Blanch) 2009, p. 301 a 322.; GÓRRIZ ROYO, E.: "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo", en *InDret*, núm. 4, 2019, p. 1 y ss.; GÓRRIZ ROYO, E.: "Compliance programs urbanísticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos sobre la ordenación del territorio", en *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (Directora A. Matallín Evangelio), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 113 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, 5ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2016, p. 608 y ss.; ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch), 8ª edición 2019, p. 318 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C.; FERREIRA CABRAL, R. L.: *Compendio de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, Valencia (Tirant lo Blanch/Emporio), 2017, p. 286 y ss.

sobre si consagra un régimen de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad, constata que no contiene ninguno en puridad, completa o de forma total. Pero desde la reforma de 2015 se ha acentuado la dependencia de la conducta delictiva previa cometida por la persona física. Esto, sin duda, acerca más el texto vigente a un modelo de heterorresponsabilidad y en consecuencia enciende las alarmas de riesgo de inconstitucionalidad, lo cual no significa afirmar que la regulación sea inconstitucional, sino que, dada su ambigua redacción, obliga a una aplicación extremadamente cautelosa. Lo exige para evitar una responsabilidad criminal de la persona moral automática, objetiva, vicaria y desproporcional.

Esta aproximación se extiende a la naturaleza y fundamento de los programas de cumplimiento, y desde luego a su régimen probatorio en términos constitucionales. De ahí que, con ironía, Carbonell Mateu ha calificado la interpretación que hace el Tribunal Supremo del modelo legal español de

(...) sistema de clara heterorresponsabilidad pero de manifiesta autoirresponsabilidad: la empresa puede hacerse con una auténtica patente de corso que le mantendrá libre de riesgos juridicopenales aunque en el supuesto concreto se haya evidenciado la ineficacia del sistema de control.⁴

De lo anterior se infiere la discrepancia con respecto a todas las posiciones que de forma directa o indirecta abogan por interpretaciones abiertamente fuera del tenor literal. Así, con los que niegan que, aunque se califique de responsabilidad penal no lo es, o en el extremo opuesto, con quienes aplican la ley desde sus modelos de autorresponsabilidad originados en construcciones sistémicas. Y de la misma manera, se hallarán elevadas coincidencias con las posiciones que podríamos denominar "limitadas" o moderadas, e incluso con algunos planteamientos de la llamada "vía intermedia".⁵

⁴ "La persona jurídica como sujeto activo del delito", cit. 2020, p. 600 y ss.

⁵ La discusión en Brasil puede seguirse, entre otras obras, en BUSATO, P. C.; y, GRECO, L. (coords.): *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Anais do III Seminário Brasil-Alemanha*. 2. Vols, Rio de Janeiro (Empório do Direito e Tirant lo Blanch), 2020; BUSATO, P. C. (organizador): *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Rio de Janeiro (Tirant lo Blanch Brasil), 2018; GALVÃO, F.: *Teoria do crime da pessoa jurídica*, Bello Horizonte-Sao Paulo (D'Placido), 2020.

El segundo punto común de los autores adscritos a esta corriente descansa en sostener que, desde la doctrina de la “acción significativa”, se puede construir y explicar satisfactoriamente un modelo teórico de auténtica autorresponsabilidad. Esta tesis la ha desarrollado fundamentalmente Carbonell Mateu. En su opinión, ninguna de las tesis que se manejan logra superar “un hiato entre acción y consecuencia jurídica”. De suerte que siempre acaba por aparecer una acción cometida por una persona física, es decir, un modelo de heterorresponsabilidad con todos sus riesgos de inconstitucionalidad. Y en este sentido, cualquier doctrina de la heterorresponsabilidad es incoherente con la consideración de la persona jurídica como sujeto de derecho.

Esta dependencia solo puede superarse si se permite atribuir acciones directamente a las personas jurídicas. Es decir, admitir la capacidad de acción y entonces poder afirmar: *societas delinquere potest*. Esta opción la brinda la concepción significativa de la acción gracias a la liberación de una parte del “lastre del soporte físico” y de otra de la dualidad cartesiana mente-cuerpo.⁶ De ahí el desarrollo de Busato exponiendo que la responsabilidad criminal de la persona moral debe justificarse en el desvalor de su acción, de su resultado y en la atribución subjetiva de su propio hecho.⁷ Lo que Martínez-Buján, desde este mismo enfoque, ha resumido afirmando que “deberá fundamentarse de modo similar al de las personas físicas, dado que lo que se imputa es —dicho sintéticamente— una conducta ilícita que ha de ser exigible personalmente”.⁸

Por consiguiente, los citados autores no afirman que el derecho positivo español contemple un modelo de autorresponsabilidad, sino que este sería el más coherente y menos problemático constitucionalmente, y que para ello un modelo teórico que lo puede justificar es desde la filosofía del lenguaje. De modo que todas las demás vías no dejan de ser remedios o parches que nunca logran sortear satisfactoriamente todos los riesgos de inconstitucionalidad.

El tercer punto en común reside en considerar que, franqueados los obstáculos dogmáticos tradicionales desde la concepción significativa de la acción, y con

ellos los de naturaleza constitucional, el debate no es tanto jurídico, sino esencialmente político-criminal.

2. Fundamento

La pregunta por el fundamento apunta a la razón que legitima la intervención punitiva. Las líneas que siguen buscan averiguar si la ley penal contiene un presupuesto suficiente para legitimar la sanción criminal a la persona jurídica. Pero este reto no es en absoluto sencillo. Aquí únicamente puedo presentar el punto de partida del debate.

Galán Muñoz se pregunta por el fundamento de castigar penalmente a las personas jurídicas por delitos cometidos por personas físicas de su entorno. La contestación que ofrece reside en que el Estado ha decidido obligarles a colaborar para prevenir delitos. De modo que ha dictado normas castigando a las entidades que al no cumplir con los citados deberes preventivos y precisamente por ello, facilita la comisión de los mismos en su actividad. Sin embargo, a su juicio requiere despejar dos cuestiones sucesivas: por qué responde del delito concretamente cometido y por qué lo hace por una conducta que la entidad no ha cometido.⁹ Al margen de las respuestas que ofrece el citado autor, tratemos aquí de analizar si pueden responderse desde la filosofía del lenguaje aplicada al derecho penal.

En este debate coincido con Busato al considerar que el modelo clásico, el de heterorresponsabilidad, practica una espuria importación del contenido teórico del derecho civil, con serias dudas de violación del principio de culpabilidad. Y por su parte, las propuestas modernas de autorresponsabilidad, sujetas al criterio del “defecto de organización”, tratan, sin éxito, de disimular la conexión de la responsabilidad de la persona jurídica con la conducta precedente de la persona física, pero no logran resolver satisfactoriamente el problema de la heterorresponsabilidad.¹⁰

Por ello, en su opinión, una verdadera autorresponsabilidad de la persona jurídica debe sustentarse en tres pilares: desvalor de acción, desvalor de resul-

⁶ CARBONELL MATEU, J. C.: “La persona jurídica como sujeto activo del delito”, cit., 2020, p. 595 y ss.

⁷ BUSATO, P. C.: *Tres tesis...*, cit., 2019, p. 89 y ss.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...*, cit., 2016, p. 614.

⁹ GALÁN MUÑOZ, A.: “Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del *compliance*: Una propuesta interpretativa”, cit., 2019, p. 253 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal*, cit., 2017, cit. p. 199.

¹⁰ BUSATO, P. C.: *Tres tesis...*, cit., 2019, p. 78 y ss.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje

tado y culpabilidad propias.¹¹ Así, debe imputarse una conducta realizada por ella, que se corresponda con el resultado antijurídico y que pueda serle atribuida como su propia acción, esto es, como su contribución subjetiva.¹² Para lograr esta explicación, sugiere que el camino más claro es seguir el paradigma de la filosofía del lenguaje desarrollado por Vives Antón. Y más en concreto se apoya en los trabajos de Carbonell Mateu, Martínez-Buján Pérez, y en los suyos propios, que aplican esta concepción de la “acción significativa” a la responsabilidad penal de la persona jurídica.¹³

Este camino debe partir de sus dos ejes centrales: la concepción de la acción y la teoría de la norma. Dos ejes que aquí no voy a reproducir y en los que remito a su formulación original.¹⁴

Pero aquí sí es posible ofrecer dos puntos básicos para la reflexión: el primero tiene que ver estrictamente con el fundamento; El segundo, con la noción de “infringir la ley penal”.

A) Fundamento: la tutela de bienes jurídicos.

En cuanto al primero, adelanto mi opinión sobre el fundamento de la responsabilidad criminal de la persona moral. Considero que no puede ser distinto al fundamento de la intervención punitiva en caso de personas físicas. Por consiguiente, mantengo la idea de un fundamento único para justificar el castigo, también respecto a las personas morales, que descansa en la función de tutela de bienes jurídicos orientada

a finalidades preventivas. No creo necesario recordar aquí su contenido; tampoco reproducir las profundas discrepancias con otras concepciones del derecho penal, que también en esta materia se muestran en el fondo de los planteamientos.

Por tanto, lo que sigue no trata de rebatir o convenir a los adscritos a otras concepciones básicas de la disciplina, únicamente persigue mostrar hasta donde permite llegar la opción aquí tomada, y quizás alertar de algunas incoherencias a quienes, compartiendo el fundamento último del *ius puniendi*, acuden a criterios en unos casos contradictorios con el mismo, en otros absolutamente innecesarios, y en el mejor de los casos secundarios.

En efecto, desde la perspectiva de la función de tutela de bienes jurídicos, y todo lo que esta concepción conlleva, se extraen tres consecuencias para fijar el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Una, los parámetros preventivos quedan subordinados a esta función previa y principal de tutela. Es decir, la idea de control de riesgos deriva de la preliminar necesidad de proteger derechos individuales y colectivos asignada al derecho penal. El mismo argumento es extensible a la idea de un deber genérico de cumplimiento de las normas, de colaboración con el Estado o de gestión de riesgos, o bien de una pluralidad de deberes preventivos transmitidos por el Estado a las sociedades. El razonamiento siempre es el mismo: es el reconocimiento previo de un derecho del que deriva el establecimiento posterior de una obligación.

La segunda consecuencia apunta a la categoría de “defecto de organización”. No la valoro en la formulación inicial de Tiedemann como parámetro de la culpabilidad de la empresa,¹⁵ sino si se trata de erigir en el fundamento de toda la responsabilidad. Y ello, porque desde la perspectiva de tutela, lo esencial es la protección de bienes, no si se está organizado o desorganizado. Este dato podrá sin duda ser de utilidad para desempeñarla mejor, pero nunca convertirse en la legitimación del castigo. En cierta manera, *mutatis mutandis*, guarda un inquietante parecido con el derecho penal de autor o por la conducción de vida. Lo que importa es el hecho delictivo, no el por qué o el cómo se ha llegado a ello.

¹¹ Se aprecia una notable cercanía con la propuesta desarrollada por GALÁN MUÑOZ y expuesta antes, como próxima a un modelo de autorresponsabilidad limitada.

¹² BUSATO, P. C.: *Tres tesis...*, cit., 2019, 89 y ss.

¹³ CARBONELL MATEU, J. C.: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del Setenta Aniversario del Prof. Tomás S. Vives Antón* (Dir. Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia (Tirant lo Blanch) 2009, p. 301 a 322; y, del mismo: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010*, CPC, 2ª Época, nº 101, 2010, pags. 5 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit. 2016, p. 612 y ss.; BUSATO, P. C.: *Tres tesis...*, cit., 2019.

¹⁴ Ampliamente en VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, cit. 2011; así como en sus trabajos posteriores, entre otros: *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal* (con M^a. L^a. Cuerda Arnau y E. Górriz Royo), Valencia (Tirant lo Blanch), 2017; “Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal”, en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 227 y ss.; y, *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.

¹⁵ TIEDEMANN, K.: *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima (Idemsa), 1999, p. 222 y ss.

La tercera consecuencia invita a desatender, siempre desde la óptica de la función de tutela, cualquier justificación del castigo que confunda derecho y moral. De modo que, al margen de evitar el renacimiento del privilegio de la autorregulación, resulta incompatible con esta concepción del *ius puniendi* una justificación que, abierta o subrepticamente, coloque la “ética” o la “cultura” empresarial por encima de las normas jurídicas emanada de la soberanía popular. No se puede justificar el castigo ni tampoco a la inversa la impunidad, desde la consideración de normas propias de naturaleza extra o metajurídicas. La sanción se fundamenta en la infracción de normas jurídicas porque dañan o ponen en peligro derechos, de acuerdo con un procedimiento democrático legítimo. Que por todo ello se antepone a un juicio sobre moralidad de la empresa y más a una autoevaluación.

Hasta aquí, con esta resumida exposición del fundamento unitario de la responsabilidad penal, creo coincidir con la expresada, aunque, en otros términos, por los autores antes citados, e igualmente partiendo de la filosofía del lenguaje.

Finalmente, opino que mantener un fundamento compartido con la responsabilidad criminal de la persona natural, radicado en la tutela de bienes jurídicos, se acomoda mejor a los valores constitucionales y a la vez permite una justificación política más racional.

B) Infringir la ley penal.

La segunda cuestión necesaria de desarrollo remite a una vieja discusión que ahora renace en esta temática. Me refiero al significado de “infringir la ley penal”. En otras palabras, si se castiga a las personas jurídicas es porque de alguna manera han contribuido a lesionar o a poner en peligro bienes jurídicos. Es decir, requiere comprobar un presupuesto que fundamente la sanción penal, y entonces es lo mismo que afirmar que las personas morales infringen la ley penal, y precisamente por ello son castigadas.

Al transitar este camino parece que el derecho vigente considera que la persona jurídica es destinataria de la norma y a la vez que está obligada por ella. Sin embargo, en la literatura penal tradicional que un sujeto sea destinatario de la norma penal remite a la capacidad de realizar una acción antinormativa. Mientras que estar obligado por la norma atiende a la capacidad de quebrantar un deber nacido de la ley.

Por consiguiente, en ambos sentidos puede hablarse de infringir la ley penal, tanto como equivalente a la capacidad de realizar conductas ilegales, como también a la capacidad de incumplimiento de deberes dimanantes de la ley.¹⁶

De modo que debe examinarse por separado la capacidad de acción y la capacidad de infringir la ley penal. Ambas cuestiones exigen un tratamiento que no tiene cabida en este trabajo.¹⁷

3. Bibliografía

- BUSATO, P. C.: “Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación”, en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia (Tirant lo Blanch) 2019, p. 56.
- BUSATO, P. C.: “*Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- BUSATO, P. C.: (organizador) *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Rio de Janeiro (Tirant lo Blanch Brasil), 2018.
- BUSATO, P. C. y GRECO, L.: (coords.) *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. *Anais do III Seminário Brasil-Alemanha*. 2. Vols, Rio de Janeiro (Empório do Direito e Tirant lo Blanch), 2020.
- BUSATO, P. C.: “Lo que no se dice sobre criminal compliance”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº. 1, 2017, p. 1-31.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “La persona jurídica como sujeto activo del delito”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, p. 595 y ss.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª Época, nº 101, 2010, p. 5 y ss.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del Setenta Aniversario del Prof. Tomás S. Vives Antón* (Directores: Carbonell Mateu;

¹⁶ Cfr. VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 341 y ss.

¹⁷ Puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y ...*, cit. 2020.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje

- González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia (Tirant lo Blanch) 2009, p. 301 a 322.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Madrid (La Ley), 2018.
- GALÁN MUÑOZ, A.: “Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del *compliance*: Una propuesta interpretativa”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Director): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, p. 243 y ss.
- GALÁN MUÑOZ, A.: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- GALVÃO, F.: *Teoria do crime da pessoa jurídica*, Bello Horizonte-Sao Paulo (D’Placido), 2020.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.: (Director) “Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho Penal y Política Criminal en tiempos convulsos. Libro Homenaje a la profesora Dra. María Isabel Martínez González* (coords. Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón), Valencia (Tirant lo Blanch) 2020, págs.109 a 119.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020 (ISBN 978-84-1355-663-5), 392 págs.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La capacidad de acción de la persona jurídica”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de la Profesora Dra. Elena Górriz Royo* (dir. José L. González Cussac; coord. José León Alapont), Valencia (Tirant lo Blanch), 2020 (ISBN 978-84-1378-016-0), p. 429 a 441.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C.; FERREIRA CABRAL, R. L. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, Valencia (Tirant lo Blanch/Emporio), 2017.
- GÓRRIZ ROYO, E.: “Criminal *compliance* ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *InDret*, nº. 4, 2019, p. 1 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18, 2016, <http://criminnet.ugr.es/reepe>
- LEÓN ALAPONT, J.: *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, 5ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2016, p. 568 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción* (y del CP español), Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- MATALLÍN EVANGELIO, A.: (Directora): *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.
- ONTIVEROS ALONSO, M.: (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2014.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch), 8ª edición 2019, p. 318 y ss.
- TIEDEMANN, K.: *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima (Idemsa), 1999.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.
- VIVES ANTÓN, T. S. Cuerda Arnau, Ma. La. y Górriz Royo, E.: *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “*Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal*”, en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 227 y ss.;
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.



La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia



Fernando Navarro Cardos

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España*

Daniel Montesdeoca Rodríguez

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

RESUMEN: La amenaza de la cibercriminalidad es recurrente en cualquier expresión de nuestra vida, manifestándose a través de distintas formas: sexual, económica, política, y ciberacoso, entre otras. Con la paulatina evolución del uso de estas tecnologías, se han ido también actualizando las conductas con reproche penal debido al fuerte incremento de las tasas de prevalencia de los ciberdelitos, especialmente aquellos que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales. En el presente artículo se aborda, desde una aproximación criminológica y dogmática, la descripción de este fenómeno, el reto de combatir la cibercriminalidad sexual juvenil, ofreciendo una mirada hacia el autor y víctimas menores de edad, y describiendo desde el derecho comparado, en concreta referencia al Código Penal español, los principales tipos penales.

PALABRAS CLAVE: Cibercriminalidad sexual juvenil, ciberdelitos, nuevas formas de delincuencia, ciberacoso sexual, embaucamiento de menores, venganza pornográfica.

ABSTRACT: The threat of cybercrime is recurrent in any expression of our life, manifesting itself through different natures: sexual, economic, political, and cyberbullying, among others. With the gradual evolution of the use of these technologies, behaviors with criminal reproach have also been updated due to the sharp increase in the prevalence rates of cybercrimes, especially those that violate sexual freedom and indemnity. This article addresses from a criminological and dogmatic approach, the description of this phenomenon, the challenge of combating juvenile sexual cybercrime, offering a look at the youths perpetrator and victims, and describing from comparative law, in specific reference to the spanish Penal Code of the main criminal types.

KEY WORDS: Juvenile sexual cybercrime, new forms of crime, stalking/cyberstalking, online child grooming, sexting, revenge porn.

SUMARIO: 1. *Perspectiva criminológica.* 1.1. *Aproximación.* 1.2. *Consideraciones en relación con las tecnologías de la información y la comunicación.* 1.3. *Sujetos protagonistas y respuestas del sistema penal.* 2. *Relevancia jurídico-penal.* 3. *Derecho comparado: principales tipos penales en el Código Penal español.* 3.1. *Acoso/ciberacoso (stalking/ciberstalking).* 3.2. *Ciberacoso sexual (online child grooming).* 3.3. *Embaucamiento de menores (sexting).* 3.4. *Venganza pornográfica (revenge porn).* 4. *Consideraciones finales.* 5. *Bibliografía.*

Rec: 01/04/2021 | Fav: 18/04/2021

1. Perspectiva criminológica

1.1. Aproximación

El auge ascendente de los usuarios de internet en Europa se refleja en los datos recogidos en las estadísticas publicadas por *Internet World Stats*, que con una población superior a los 835 000 000 de habitantes, ya cuenta con más de 728 000 000 de usuarios.¹

Este conjunto de usuarios forma parte del ciberespacio, conectando a millones de personas, facilitando el libre flujo de información, favoreciendo y potenciando la actividad social y económica. Pero esta rápida transformación digital trae nuevos desafíos en materia de seguridad.

Las cifras nos acercan a la realidad del crecimiento de la cibercriminalidad, situación que se ha visto reflejada en el marco normativo español con la redacción por parte de la Fiscalía General del Estado de cinco circulares sobre este ámbito específico.²

¹ Datos recuperados de <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>, en marzo de 2021.

² En el año 2019 la Fiscalía General del Estado redactó las siguientes circulares relacionadas con los delitos tecnológicos:

a) Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

c) Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

d) Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

e) Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

También ese mismo año, en la Orden PCI/487/2019, del 26 de abril, se publicó la denominada Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, que fue aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. En esta estrategia se afirma:

Actualmente, la importancia de la Cibercriminalidad va creciendo año tras año, como se demuestra con el aumento del número de hechos conocidos. Pero otro hecho, innegable es el peso proporcional que va adquiriendo dentro del conjunto de la criminalidad. (...) Hemos pasado del año 2016 donde nos situábamos en el 4,6% al año 2019 con el 9,9%.

En el cuerpo del referido documento se incorpora la conceptualización de cibercriminalidad, expresada como el

(...) conjunto de actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas; en función de la naturaleza del hecho punible en sí, de la autoría, de su motivación, o de los daños infligidos, se podrá hablar así de ciberterrorismo, de ciberdelito, o en su caso, de hacktivismo.

Asimismo, se alude a que:

(...) son tres los ámbitos en los que se desenvuelve la lucha contra la cibercriminalidad: (i) el ciberespacio como objetivo directo de los hechos delictivos, o de la amenaza; (ii) el ciberespacio como medio clave para su comisión; y (iii) el ciberespacio como medio u objeto directo de investigación de cualquier tipo de hecho ilícito.

La importancia que para el sistema penal tiene el ciberespacio se sostiene en los datos ofrecidos por las estadísticas oficiales. Cada vez y con mayor frecuencia se cometen hechos ilícitos en ese ámbito, y su persecución se vuelve más especializada. Esta lucha contra la cibercriminalidad debe realizarse con una adecuada política criminal que facilite la necesaria cooperación y coordinación entre las distintas instituciones de la administración de justicia, principalmente la judicial, policial y de la Fiscalía.

El objetivo final es que se debe alcanzar un uso seguro del ciberespacio, con niveles óptimos de ciberseguridad, desplegando la protección no solo desde el ámbito del tráfico socioeconómico, sino también dirigida a los usuarios con mayor vulnerabilidad, especialmente a los menores de edad, que, debido a su inmadurez, se convierten en víctimas objetivo de la ciberdelincuencia.

Esta preocupación ante el impacto del fenómeno del cibercrimen en menores se ha visto reflejada en la campaña “un solo click puede arruinarte la vida”, promovida por la Agencia Española de Protección de datos (AEPD), y que trata de alertar de los riesgos y peligros de la difusión de contenidos de carácter sexual o violentos.

En la citada campaña se pone el acento en los datos crecientes del uso de internet, que, según el Instituto Nacional de Estadística, más de 90% de la población entre 16 y 74 años es usuaria de manera frecuente, y de estos, alrededor de 65% utiliza regularmente las redes sociales.

Según la AEPD, el interés de la campaña se centra en un “click” que produce graves consecuencias, y que consiste en el reenvío in consentido de contenidos de carácter sensible, y que contribuye al ciberacoso o a la difusión de contenidos sexuales y violentos.

Con la finalidad de favorecer una respuesta eficaz a este fenómeno, la propia agencia dispone de un canal de denuncias a través del cual poder comunicar con mayor celeridad la difusión ilícita de estos contenidos sensibles, a la vez que facilita el proceso de solicitud del trámite encaminado a su eliminación. Esta vía está particularmente pensada, entre otras, para supuestos de acoso a menores, y no parece extraño cuando se establece que 60% de las niñas y adolescentes son objeto de ciberacoso, y de ellas, 42% afirma que, como consecuencia de ello, han perdido confianza en sí mismas, sumando a esto que, tras la vivencia trau-

mática, perciben que en el ámbito del ciberespacio, el acoso tiene mayor intensidad.

En este sentido, según el Instituto Nacional de Estadística en su *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2019*, el uso de las tecnologías de información y comunicación entre la población menor de edad está generalizado, siendo 89.7% la tasa de utilización de ordenadores, elevándose el porcentaje hasta 92.9% respecto de menores que usa internet³. En cuanto a la utilización de teléfono móvil, disponen de él 66% de la población de 10 a 15 años. Por diferencia entre sexos, son las niñas las que utilizan con mayor frecuencia las nuevas tecnologías, incrementándose su uso por encima de los 13 años.

Estos datos son importantes desde el ámbito criminológico. Al hilo de la cuestión, los resultados de estudios recientes en el ámbito internacional apuntan a cifras que estremecen. 58% de niñas afirman haber sufrido ciberacoso,⁴ y de estas 35% reconoce haber denunciado, pero la lentitud de las plataformas y operadoras de las aplicaciones en las que interactúan, ocasiona que sus ciberacosadores pueden crearse nuevos perfiles falsos, favoreciendo con ello su clandestinidad.

Sin duda, esto favorece la cifra oscura de la criminalidad, provocando un mayor desconocimiento del fenómeno, elevando la sensación de impunidad por parte del sujeto activo y cultivando el proceso de victimización, y con ello, el aislamiento y sensación de desprotección en las víctimas.

La adopción de medidas y estrategias de carácter preventivo de incremento del riesgo y de la motivación en la comisión delictiva se presentan como

³ En concreto, los datos recogidos en el estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística ofrecen el siguiente panorama en cuanto a usuarios de internet por edades: de 10 años un 86,7%; de 11 años un 92,2%; de 12 años un 92,4%; de 13 años un 93%; de 14 años un 95,2%; de 15 años un 98%.

⁴ La ONG Plan International ha realizado un estudio mundial titulado “(In)seguras online”, a partir de entrevistas a más de 14.000 chicas de entre 15 y 25 años de 22 países, y revela que las niñas se enfrentan a experiencias de acoso desde los 8 años, y es entre los 14 y los 16 años cuando lo sufren con mayor frecuencia. En el informe se establece que las menores y jóvenes usuarias de redes sociales están expuestas de forma habitual a esta forma de violencia, que incluye entre otros, la recepción de mensajes explícitos, imágenes de contenido sexual, ciberacoso, amenazas de violencia física y sexual.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

instrumentos adecuados en la lucha contra el cibercrimen⁵ que, sumados a programas de información específicos sobre este ámbito, ayudará a incrementar las denuncias y la visibilidad de estas conductas.⁶

Según concluye el estudio de la ONG Plan International, con independencia de la procedencia y del contexto socioeconómico, las menores de todo el mundo comparten “experiencias de acoso y discriminación en internet”.

1.2. Consideraciones en relación con las tecnologías de la información y la comunicación

Las tecnologías de la información y comunicación comprenden aquellas aplicaciones situadas al alcance de cualquier usuario del mundo digital, que se orientan a la comunicación, procesamiento y almacenamiento de información. Su uso cotidiano se ha ido extendiendo en nuestra vida personal y profesional y podemos afirmar que, sin ellas, la forma de vida que tenemos hoy en día, y la forma de gestionarla, serían muy complejas.

Esta internalización de la idea del uso de las tecnologías ha llevado en muy poco tiempo a provocar importantes consecuencias dispares: por un lado, la aparición de la conocida como brecha digital, y, en el otro extremo, las conocidas como generaciones digitales que ya tienen incorporado en sus patrones de conducta, desde muy temprana edad, el uso cotidiano de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Con la evolución del uso de estas tecnologías, se han ido también actualizando las conductas con reproche penal debido al fuerte incremento de las tasas de prevalencia,⁷ que se han visto multiplicados a golpe de *click*.

La amenaza de la cibercriminalidad es recurrente en cualquier expresión de nuestra vida, manifestándose a través de distintas naturalezas, sexual, económica, política, ciberacoso, entre otras.⁸

La progresión tecnológica ha supuesto también la aparición en el mercado de dispositivos portátiles con altas prestaciones y capacidades en la transmisión de datos a gran velocidad, siendo un factor criminógeno en la cibercriminalidad.

Parte de “culpa” la tienen las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea en las que, con millones de usuarios, pasan por ellas incontables datos que, transmitidos entre dispositivos, vuelan por la red a tal velocidad que los naturales límites geográficos han dejado de ser un obstáculo para el flujo de información.

En los últimos años se ha incrementado la utilización de herramientas de las TIC, fundamentalmente aquellas relacionadas con la comunicación, tanto síncrona, que nos permiten mantener una comunicación en tiempo real, como aquellas herramientas asíncronas, que nos facilitan mantener la conversación en momentos y tiempos diferentes, y que a través de mensajería instantánea permiten mantener una conversación sin límites de tiempo y espacio.

Estas herramientas, consideradas en su mayoría como redes sociales, permiten que dos o más usuarios mantengan un contacto ilimitado mutuo, directo y en tiempo real. Esta particularidad ocasiona que la información llegue a un gran número de personas de manera inmediata, perdiendo así el control del manejo y de la gestión de esos datos que envía el emisor original.

Esta información “vuela” todos los días en internet a través de aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, *Facebook Messenger* y *Telegram*, como las más conocidas y utilizadas en el ámbito mundial. Estas aplicaciones tienen la característica de que permiten a sus usuarios no solo recibir y enviar mensajes de texto, sino también información contenida en audios, videos o fotografías de forma masiva e instantánea.

⁵ AGUILAR CÁRDENES, M. M.: «Cibercrimen y cibervictimización en Europa: instituciones involucradas en la prevención del cibercrimen en el Reino Unido», *Revista Criminalidad*, n° 57 (1), 2015, pp. 121 y ss.

⁶ Para mayor profundidad en el estudio de la cuestión, Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.): *Derecho Penal informático*, Ed. Civitas, Pamplona, 2010.

⁷ Vid. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. 27° período de sesiones. Debate temático sobre las respuestas de la justicia penal para prevenir y combatir la cibercriminalidad en todas sus formas, en particular mediante el fortalecimiento de la cooperación en los planos nacional e internacional.

⁸ ESPINOSA SÁNCHEZ, J. F.: «Cibercriminalidad. Aproximación criminológica de los delitos en la red», *La Razón Histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las ideas*, n° 44, 2019, pp. 153 y ss.

Para que podamos entender la trascendencia de estas aplicaciones y su capacidad incuestionable para la comunicación masiva de la información que pasa por ellas, basta con hacer referencia al número de usuarios en este año 2020. *Facebook* tiene 2 449 millones de usuarios y su *Facebook Messenger* es utilizado por 1 300 millones de usuarios; *WhatsApp* alcanza los 1 600 millones de usuarios, mientras que *Telegram* tiene 400 millones de usuarios.

Estas cifras son sin duda sorprendentes y ofrecen el ejemplo de cómo cualquier dato que enviamos a través de estas herramientas pueden tener un alcance inestimable. Si, además, esa información posee naturaleza sensible, que afecte a la intimidad, incluyendo la conectada a la esfera sexual de una persona, el efecto y las consecuencias son devastadoras, por su magnitud, especialmente cuando los protagonistas, autor y víctima, son menores de edad.

1.3. Sujetos protagonistas y respuestas del sistema penal

El derecho penal no es ajeno a esta evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación y la criminalidad que se genera a través de ella, siendo un claro ejemplo los delitos que se han ido sumando al Código Penal, y que tienen su origen o están íntimamente relacionados con el uso de las tecnologías, y que fundamentalmente abarcan actos que atentan contra bienes jurídicos tan trascendentes como los que protegen la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, el honor y la intimidad.⁹

La respuesta más concreta de nuestro sistema penal al ataque a bienes jurídicos sufridos por acciones de ciberdelincuencia en menores se enmarca, por un lado, en la norma que intenta colmar de derechos y necesidades al sujeto pasivo, la Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y de otro, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Uno de los componentes diferenciadores del elemento objetivo de los tipos penales conectados a los ciberdelitos es el contacto con menores de 16 años. Respecto al elemento subjetivo, se requiere dolo

como forma de voluntad e intencionalidad en la conducta descrita.

Será sujeto pasivo todo menor de 16 años de edad. Este límite se introdujo tras la reforma del Código Penal en 2015, estableciendo una presunción de falta de capacidad para menores de 16 años respecto al posible consentimiento en las relaciones sexuales.

En estos delitos es frecuente la aparición de la victimización secundaria, unido a las propias consecuencias derivadas de la victimización.

Las víctimas directas,¹⁰ al ser menores de edad, se enfrentan a situaciones de sentimientos de culpabilidad por haber caído en una trampa, y es frecuente que nos encontremos con síntomas y consecuencias derivados del sufrimiento de estos hechos, y que pueden llegar a alcanzar el grado de trastorno por estrés post-traumático; por lo que los informes de profesionales de la medicina y la psicología forenses, a través de las respectivas evaluaciones realizadas en los institutos de medicina legal, son la primera fuente de carácter objetivo para medir el daño causado y cuantificarlo a efectos de la responsabilidad civil que se imponga, en su caso, en la ulterior sentencia. Para ello, nuestra legislación establece los criterios y pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de la práctica de esas pruebas, y que se encuentran recogidas en el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito.

¹⁰ En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se establece la categorización de víctimas directas y víctimas indirectas en su art. 2:

“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

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

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

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

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

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”.

⁹ CÁMARA ARROYO, S.: «La cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente», *Derecho y Cambio Social*, nº 60, 2020, pp. 470 y ss.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

En particular, se conmina a garantizar la vida de la víctima y sus familiares, su integridad física y psíquica, su seguridad y libertad, especialmente, la libertad e indemnidad sexuales, concretamente en el momento en que se les reciba declaración en la fase de instrucción, o bien a la hora de practicar las testificales en el desarrollo del juicio oral. En el caso de menores de edad, será el Ministerio Público quien vele por estas exigencias del derecho de protección de las víctimas.

En tal sentido, en la Ley 4/2015, de 27 del abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en su artículo 22, derecho a la protección de la intimidad, se establece la adopción de aquellas medidas que resulten necesarias para garantizar la protección de la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares, y concretamente, la finalidad de impedir la difusión de información que permita la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Estas medidas se describen en el artículo 25 del mismo cuerpo legal, y consisten en recibirles declaración en dependencias adecuadas para tal fin, y realizadas por profesionales que estén instruidos en las formas de reducción de los perjuicios secundarios a la víctima; especialmente, que sean realizadas por la misma persona, salvo en aquellos casos que debe tomarse el testimonio de las mismas por parte de un juez o fiscal.

En los supuestos que se traten de víctimas de violencia de género, y de aquellas que hayan sido objeto de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y también aquellas otras víctimas de trata con fines de explotación sexual, la toma de declaración se establece que se lleve a cabo por una persona del mismo sexo, si la víctima lo solicitare, salvo que con ello se pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un juez o fiscal.

En la fase de juicio oral, incluso durante la práctica de la prueba, podrán ser adoptadas, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aquellas medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, pudiendo usarse para tal fin las tecnologías de la comunicación.

Respecto a las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las anteriormente señaladas, se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas encaminadas

a reducir el impacto de la victimización secundaria. Para ello, y entre otras medidas, las declaraciones recibidas durante la fase de instrucción podrán ser grabadas por medios audiovisuales para ser reproducidas posteriormente, y en su caso, en la fase de juicio oral.

De otro lado, ya dejamos señalado en el apartado anterior que, en la mayor parte de los supuestos de conductas ilícitas relacionadas con el cibercrimen, el autor oculta su verdadera identidad, lo que impide en ciertas circunstancias la atribución directa y objetiva de los hechos a un autor determinado.

Cuando esto no ocurre, y sí es posible la identificación del autor, se debe evitar en la práctica de las diligencias el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, víctimas indirectas, con la persona investigada, procesada o acusada por estos hechos, todo ello, con arreglo a lo que establezca la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es claro que estos delitos, cuando salen a la luz y son conocidos, tienen un especial seguimiento en los medios de comunicación, por lo que serán necesarias aquellas medidas encaminadas a proteger la intimidad de las víctimas menores y sus familiares, con el objetivo de impedir su identificación. Ello se hace de la siguiente forma: recibiéndoles declaración a través de las exploraciones realizadas por profesionales con formación y capacitación para ello, que evite el contacto visual entre la víctima menor y el supuesto autor en la práctica de la prueba; por lo que el uso de las herramientas digitales de comunicación se presentan como una eficaz solución para lograr este objetivo, sin que sea entonces necesario que la víctima se encuentre físicamente en la sala de vistas. Estas declaraciones, si han sido recibidas en la fase de investigación, serán grabadas a través de medios audiovisuales, de tal forma que puedan tener el carácter de prueba preconstituida y ser reproducidas en el desarrollo del juicio. Todas estas formas de protección serán fundamentales para evitar el incremento de los efectos de la victimización secundaria.

La victimización, especialmente en este tipo de delitos, es una experiencia impredecible, en gran parte inevitable y a menudo inesperada. Las víctimas pueden sentirse confundidas, temerosas, frustradas, desean saber por qué ocurrió y por qué les sucedió, y a esto se le añade que, a menudo, ignoran qué hacer y a dónde acudir tras sufrir el delito.

Su inseguridad y el no saber en quién confiar ayudan a aumentar la búsqueda de apoyo y comprensión. No solo sufren físicamente, sino que los planos emocional y psicológico también se ven afectados, añadiendo a lo anterior la complejidad del sistema de justicia penal. Incluso en aquellos hechos considerados como menos graves, pero con relevancia penal, la victimización que deviene de estos delitos puede ser devastadora para la vida de una persona.

Pero no solamente afecta directamente a estas, sino también a familiares, amigos y otras personas que se preocupan por la víctima, que pueden verse afectadas cuando un delito se haya cometido. Las víctimas sienten por lo general un fuerte rechazo a todo lo que rodea su victimización, rechazo hacia su ofensor y su entorno; rechazo al propio sistema de justicia penal; e incluso hacia ellas mismas, como vivencia de una sensación de sentimiento de culpa por lo ocurrido.

A la vez, podemos encontrarnos con los efectos de los juicios paralelos mediáticos y sociales, en los cuales las víctimas son poco afortunadas por la opinión pública, responsabilizándolas en ocasiones directamente del delito. Esta situación es frecuente en delitos de naturaleza sexual.

Podemos decir que es casi imposible predecir cómo una persona es capaz de responder a la victimización. Según el *Manual sobre Justicia para las Víctimas* de la Oficina de las Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas y Prevención de la Delincuencia (2009), las reacciones comunes se pueden dividir en varias etapas: una primera etapa que estaría compuesta por sentimientos de miedo y culpa; una segunda etapa, en donde se revive lo sucedido a través de pesadillas o recuerdos y, una última, en la que se normaliza la situación, y es cuando se comienza a aceptar el hecho traumático y sus consecuencias.

Sin embargo, los límites entre estas diferentes etapas no son tan claras. En la medida en que las personas (víctimas, testigos, familiares, miembros de la comunidad) puedan verse afectados por un delito, sus reacciones variarán considerablemente entre ellas. A medida que su visión de la vida cambia de manera significativa por el delito, algunas de las víctimas ven limitadas sus posibilidades de reconquistar el sentido de su recuperación y superación, sobre todo en aquellos casos en donde las personas perjudicadas por el delito se ven expuestas ante los medios de comunicación, en ocasiones sin ocultar su aspecto físico, su voz

e, incluso, sus datos de identificación; o en aquellos otros casos en donde el trato de la propia administración de justicia genera una victimización secundaria.

En este sentido, consideramos necesario realizar una precisión en relación con la pretensión del legislador de procurar la evitación de la “segunda experiencia traumática” de la víctima. No es sencillo elevar y ampliar la esfera de protección de la víctima, a pesar del vehemente interés y de las bondades que se destilan en la norma. En este caso en concreto, nos mostramos convencidos que la eliminación de la victimización secundaria y de sus factores desencadenantes en el transcurso de la práctica de la justicia penal son realmente imposibles.

Esta afirmación deviene motivada porque, en la práctica, la realidad de esta situación es normal y constante. Desde el momento en que la víctima toma contacto personal, telefónico o por vía telemática, con las autoridades, ocasiona efectos adversos extraordinarios, desencadenando el nacimiento del cauce que conformará la victimización secundaria.

La experimentación del sufrimiento en cada individuo será dispar y heterogéneo, pero sí es seguro que esta vivencia traumática estará presente desde el primer momento y será gestionada por cada perjudicado, no con elementos jurídicos, sino con aquellos inherentes a la capacidad individual, y atendiendo al tipo de personalidad de cada uno.

Si la declaración o exploración de la víctima menor de edad es necesaria para apuntalar la carga probatoria en contra del investigado, procesado o acusado, y que los requisitos que se le exigen en sus manifestaciones vertidas en calidad de perjudicada por los hechos que son objeto de persecución penal, vienen determinados por la “ausencia de incredibilidad subjetiva, el análisis de credibilidad objetiva de su testimonio y la persistencia en la incriminación”, difícilmente podrán cumplirse estas máximas si no es por la vía de la reiteración de sus manifestaciones y por tanto, evidentemente, por el necesario contacto con la administración de justicia.¹¹

De ahí la importancia de la incorporación de la prueba preconstituida, al objeto de evitar las continuas repeticiones en el relato ofrecido por los sujetos pasivos menores de edad.

¹¹ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa», *Revista Penal*, nº 47, 2021, pp. 153 y ss.

No obstante lo anterior, estos criterios no son parte integrada de una prueba tasada, sino que son elementos de valoración de la misma, conforme a lo establecido en los artículos 701 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es también destacable, para mayor claridad del nivel de complejidad de la cuestión, que el hecho de que el testimonio de una víctima supere estos tres requisitos no implica necesariamente que revista valor incriminatorio, sino que podrá ser tomada en consideración como medio de prueba y posterior análisis de la valoración de esta.

De otro lado, en los cibercdelitos de carga sexual, la conducta del autor se encamina a la intención de atraer la atención y ganarse la confianza del menor, a través de habilidades ya entrenadas con carácter previo, dotadas de la sofisticación suficiente para ser empleadas de modo satisfactorio, generalmente a través de las redes sociales, con el inequívoco propósito de satisfacer sus deseos libidinosos por cualquier medio, valiéndose del anonimato que ofrece internet y ocultando con frecuencia su verdadera identidad.¹²

Con el fin de alcanzar su objetivo, el autor crea y configura un perfil falso en las redes sociales, inventando una vida y una edad que no son reales. En este sentido, son capaces de prolongar conversaciones para ganarse la confianza del menor y así pedirle fotografías o videos de contenido sexual explícito, cayendo el menor en la trampa, ya que el victimario acosará y chantajeará, sometiéndolo bajo amenazas de compartir y publicar sus imágenes si no claudica a sus deseos. El primero de los pasos puede desembocar en un encuentro físico, garantizado así el control moral, lo que lleva en ocasiones a fases posteriores consistentes en delitos de mayor gravedad.

No obstante, su consideración de menor de edad le lleva a responder ante el sistema penal a través de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La esencia de los principios de esta ley penal del menor se encuentra en la exigencia de la responsabilidad para aquellos jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, y cuyo fundamento se conecte con principios y fines orientados

hacia la reeducación de los menores, conforme a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Estos criterios orientadores son los establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional en sus SSTC 36/1991, del 14 de febrero, y 60/1995, del 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que deben extenderse en los procedimientos seguidos en los Juzgados de Menores, y en la adopción de la imposición de medidas con un carácter preventivo-especial, encaminadas a una rehabilitación y reinserción efectivas y al superior interés del menor.

Con arreglo a esas orientaciones, la ley dispone para los menores infractores de un amplio catálogo de medidas con la perspectiva puesta en el binomio sancionador-educativo en función del caso concreto y de la evolución personal del menor sancionado en el desarrollo de la ejecución de la medida.

Se excluye de la aplicación de esta ley, a aquellos menores de 14 años, que no se les exigirá responsabilidad penal, y que se estará a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores que se prevean en la legislación civil y demás disposiciones vigentes.

La reparación del daño causado y las vías de conciliación con la víctima adquieren importancia, ya que en el supuesto que el menor infractor y la persona perjudicada lleguen a un acuerdo, que sea asumido y cumplido por el ofensor, daría como resultado la conclusión del conflicto jurídico incoado por su causa.

2. Relevancia jurídico-penal

Es claro entonces que la “vida virtual” conlleva riesgos que pueden desembocar en conductas que lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídico-penales protegidos, y que progresivamente se han ido sumando al catálogo de hechos ilícitos en nuestro ordenamiento jurídico-penal.¹³

Es el caso de aquellos integrados en la criminalidad sexual cometida a través de internet, y más concretamente a menores de edad. La preocupación existente al respecto posee gran importancia, hasta el punto de que en nuestro entorno europeo se ha consolidado el establecimiento de programas, de distintos

¹² MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «El delito de aproximación a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y comunicación», *Diario La Ley*, nº 9762, 2020, pp. 1 y ss.

¹³ Vid. la distinción en tres amplios bloques de conductas delictivas relacionadas con la criminalidad informática en la Instrucción 2/2011 de la Fiscalía General del Estado.

niveles de prevención, con el objetivo de enfrentarse con garantías a estas amenazas.

Ejemplo de ello es la incorporación al catálogo de delitos de la aproximación a menores con fines sexuales. El citado delito se introdujo en la reforma operada por la LO 5/2010 del 22 de junio, pero fue en la LO 1/2015, del 30 de marzo, cuando se situó bajo el abrigo del artículo 183 ter del Código Penal, cumpliendo de esta forma con los antecedentes de las directrices emanadas del Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, y que será objeto de atención en el epígrafe siguiente.

En la Directiva 2011/92/UE se considera de manera preliminar que los delitos de naturaleza sexual en menores, en donde se incluye la pornografía infantil, componen escenarios graves de violaciones de derechos fundamentales, especialmente de los derechos de los menores de edad a la protección y cuidados necesarios encaminados a satisfacer su bienestar, en el marco de lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Concretamente, en el apartado 2 del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se indica que, en aquellas medidas relativas a la infancia adoptadas por las autoridades o instituciones privadas, la consideración esencial sea el interés superior del menor. En el mismo tenor, en el Programa de Estocolmo se marca el camino para sentar las bases de un plan de trabajo en la Unión Europea en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En esta estrategia se velará por la mejora de la cooperación policial y judicial en el ámbito penal, entre otras, y con especial atención a la lucha contra la delincuencia transfronteriza, como la conectada al abuso sexual, explotación sexual de menores y pornografía infantil.

En este último aspecto, el de la pornografía infantil, se significa como “aquellas imágenes de abusos sexuales a menores, y otras formas especialmente graves de abusos sexuales y explotación sexual de la

infancia”, haciendo una especial referencia a que la magnitud de este fenómeno criminal se encuentra en expansión como consecuencia del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Uno de los principales inconvenientes se ubica en aquellos casos en donde los contenidos no se encuentran en territorio de la Unión, lo que dificulta los procesos dirigidos a su eliminación, obstaculizando también las diligencias de investigación.

En tal sentido, se presenta necesaria una adecuada coordinación entre las autoridades públicas, con el objetivo de proceder a la eliminación y bloqueo del material que contenga abusos contra menores en el espacio de internet, respetando los derechos que le asisten al usuario como investigado en el proceso penal, así como el cumplimiento de las exigencias establecidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Se insiste en la directiva que los actos graves de abusos y explotación sexuales a menores han de atacarse con penas efectivas, con la adecuada proporcionalidad, pero con el suficiente rango disuasorio. Entre ellas, se hacen referencia especialmente a aquellas que se manifiestan por el uso de las herramientas propias de las tecnologías de la información y de la comunicación, como las que nos ocupa, que encierran conductas dirigidas expresamente a embaucar con fines sexuales a menores a través de redes sociales y programas o aplicaciones de conversaciones en línea.

Se concreta en la directiva que debe tipificarse el acceso voluntario e intencionado a la pornografía infantil. Por tanto, para ser declarado responsable, el autor debe acceder a sabiendas a una dirección en internet en el que se muestre pornografía infantil, a la par que debe conocer que es posible encontrar material gráfico y audiovisual de contenido sexual con menores como víctimas protagonistas.

Estos delitos forman un fenómeno con características complejas en el ámbito de internet, ya que ofrece al autor la posibilidad de actuar ocultando deliberadamente para tal fin su verdadera identidad y datos tan significativos como la edad, que suele ser también simulada como gancho de conexión a las víctimas.

Para el esclarecimiento de los hechos, debe facilitarse el procedimiento de las diligencias policiales y la instrucción judicial con instrumentos de investi-

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

gación eficaces, adecuándolas al principio de proporcionalidad y al carácter grave de los hechos que sean objeto de investigación.

Particularmente, esencial en el ámbito de los ciberdelitos de naturaleza sexual lo constituye la figura del “agente encubierto informático”.¹⁴ A este agente policial, en la atribución de sus funciones, se le permite la obtención de imágenes y grabación de conversaciones conforme a la preceptiva autorización judicial que establece el artículo 588 quater de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, puede acceder a sistemas y canales cerrados de comunicación al objeto de proceder a la investigación de la comisión de hechos ilícitos, pudiendo enviar o intercambiar archivos de carácter ilícito como consecuencia de su contenido en la fase de instrucción, siempre que esta función se realice bajo el abrigo de la correspondiente autorización judicial.¹⁵

Un importante elemento normativo lo constituye el Convenio sobre el Ciberdelincuencia,¹⁶ que resulta esencial en la investigación y la lucha contra los ciberdelitos. Este convenio tiene como objetivo la armonización de los elementos de los delitos conforme al derecho sustantivo de cada Estado y las disposiciones relacionadas en materia de delitos informáticos; la adopción de las vías de investigación de los citados delitos; así como también otros hechos ilícitos cometidos mediante sistemas informáticos; o las pruebas relacionadas con estos que se hallen en formato electrónico; todo ello conforme a los criterios del derecho procesal penal de cada Estado.

3. Derecho comparado: principales tipos penales en el Código Penal Español

3.1. Acoso/ciberacoso (*stalking/ciberstalking*)

Regulado en el artículo 172 ter CP, fue introducido con la reforma 2015, es llamado acoso, hostigamiento o acoso persecutorio (ciberacoso, acoso en línea o ciberhostigamiento, en su modalidad telemática),¹⁷ y es objeto de profunda discusión en la doctrina, la cual alcanza a todos sus extremos.

El fundamento de su inclusión es hacer frente a conductas graves que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas, bien porque no llegaba a producirse el anuncio explícito de la intención de causar algún mal (amenazas), o no se producía el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones). En definitiva, colmar una laguna de impunidad.¹⁸

Esa opinión no es, empero, pacífica en la doctrina, al punto de sostenerse, más allá de la razonable crítica a la configuración típica, que se está ante una “criminalización de la molestia”, castigando conductas inocuas o, en cualquier caso, subsumibles en tipos penales ya existentes, producto de una actividad legiferante que responde a un “patrón criminalizador” caracterizado —como acabamos de apuntar— por tipificar conductas de dudosa necesidad. Quedaría como justificación de su existencia alguna conducta residual (como el acoso grave de los denominados *paparazzi*) que, dada la redacción del tipo, tampoco justifica su existencia.¹⁹

La doctrina hace girar el debate acerca del bien jurídico-penal protegido en torno al derecho fundamental a la libertad. Ciertamente, esta modalidad delictiva

¹⁴ La figura del agente encubierto se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico penal a través de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

¹⁵ SANTOS MARTÍNEZ, A. M.: *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, *passim*.

¹⁶ El Convenio y su Informe explicativo fueron aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 109ª reunión (8 de noviembre de 2001) y el Convenio fue abierto a la firma en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, con motivo de la celebración de la Conferencia Internacional sobre la cibercriminalidad.

¹⁷ Sobre la denominación, vid. MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», en Cuerda Arnau, M.L. (dir.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 324 a 330. Sobre acoso persecutorio se refiere GÓMEZ RIVERO, pp. 27 y ss.

¹⁸ Entre otros, SOLA RECHE, E.: «Delitos contra la libertad», en Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 157; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 379.

¹⁹ MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», cit., pp. 332 a 337, 332; BAUCCELLS LLADOS, J.: «La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21, 2014, pp. 1 y ss., 3. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», cit., pp. 379 y ss.

está inserta en el capítulo que tutela algunas de sus manifestaciones, que pueden aglutinarse, como bien jurídico categorial, en la libertad de la voluntad.²⁰ Así, como apunta Muñoz Conde, se tutela la libertad de actuación en sentido amplio,

(...) como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas.²¹

En concreto, es clásica la opinión de que en las amenazas se protege la fase de conformación de la voluntad, mientras que en las coacciones, su materialización.

En su determinación debiera evitarse el error epistemológico y axiológico de pretender la identificación del objeto jurídico a partir del tipo, para a continuación interpretar este. No dejaría de ser una falacia lógica en tanto argumento circular.

Si lo que se pretende es dar respuesta a esos insoportables casos donde, de modos muy diversos, se genera alrededor de la víctima un clima de tal hostilidad que termina imposibilitando la toma de decisiones libres, de modo que al final lo que se busca es subyugar la voluntad de la persona “haciéndole el aire irrespirable”, pudiera parecer que nos movemos más en la esfera de la conformación de aquella. Ello no es óbice, ni conceptualmente hablando, para que el clima de asfixia impida que, incluso las decisiones tomadas libremente, puedan también libremente materializarse.²²

Planteado en estos términos, ahora sí nos acercamos al tipo y verificamos que, en tanto la dinámica comisiva es tributaria de una situación con cierta per-

manencia en el tiempo de acoso, con el plus de antijuricidad de alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima —con independencia de los sucesos, ordinarios o extraordinarios, que también la puedan alterar—, la duda planteada acerca de lo que en concreto se protege cobra pleno sentido. Más aún, ello no impide descartar, de modo indefectible, que en la dirección de ataque no se encuentre, aun de modo mediato, la dignidad de la persona, lo que nos situaría en la esfera de la integridad moral²³.

A la dificultad para identificar lo que en concreto se protege, se añade una configuración típica con destacados desaciertos. Responde a la estructura de un delito mixto alternativo, si bien se identifican unos elementos comunes, el acoso a una persona —elemento nuclear del tipo— sin estar legitimamente autorizado, la insistencia o reiteración, y la grave alteración del desarrollo de su vida cotidiana.²⁴

No deja de sorprender la exigencia de que el acoso solo sea típico cuando se carezca de autorización, como si fuese en algún caso legítima una situación de acoso.²⁵ Como con acierto apunta Matallín Evangelio,²⁶ tal previsión deriva de la consideración de este delito como modalidad específica de las coacciones. No obstante, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la previsión en el tipo genérico de las coacciones carece aquí de virtualidad (elemento normativo de carácter negativo, causa de justificación

²⁰ CUERDA ARNAU, M. L.: «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 161.

²¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 143.

²² STS 554/2020, de 28 de octubre, FD 3º, apdo. 3.2 (Ecli: ES:TS:2020:3551): “El contenido de las conversaciones mantenidas entre Doña María Luisa y el recurrente a través de WhatsApp, ... ha permitido constatar al Tribunal el continuo hostigamiento al que era sometida Doña María Luisa por parte del recurrente violentando hasta el extremo su libertad y tranquilidad personal, haciéndole saber continuamente que conocía donde y con quien estaba al tiempo que le efectuaba reiterados reproches y profería variados insultos”.

²³ En igual sentido, GÓMEZ RIVERO, C.: «El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio», en Martínez González, M.I. (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 31y ss.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacosos*», cit., p. 342.

²⁴ Sobre la crítica al recurso al verbo acosar, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», cit., p. 384. No puede pasar desapercibido que, en realidad, lo que el legislador pretende es delimitar penalmente el concepto, dotarlo de contenido, pues no se discute que el sentido y fin del precepto es la criminalización del acoso, el cual no se encuentra referido en la rúbrica del capítulo en el que se encuentra inserto. Se entiende mejor este debate teniendo en cuenta el contexto criminológico y comparado, siendo de obligada cita al respecto el trabajo monográfico de VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

²⁵ Entre otros, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 159; SUÁREZ-MIRA, C.: «Delitos contra la libertad», en Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 197. *Vid.* una perspicaz formulación alternativa en VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», cit., pp. 385 y 386, a partir de su propuesta de “perseguir” como verbo típico.

²⁶ MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacosos*», cit., p. 360.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

específica, superflua previsión en tanto remite a una causa de justificación genérica, etcétera), pues, reiteramos, en ningún caso es admisible una situación de acoso.

La insistencia y reiteración son conceptos jurídicos indeterminados, pero es forzoso admitir que no son tan extraños en la parte especial del derecho penal —al menos la reiteración, ni la insistencia si la equiparamos a habitualidad, pensando claramente en el tipo previsto en el artículo 173.2 CP—, aunque no tan fáciles de dotar de contenido, aun teniendo presente la finalidad político-criminal del tipo y su propia dinámica comisiva. Es cierto, como apuntó en su momento el Consejo Fiscal en su informe al anteproyecto de ley, que hay supuestos donde pudiera haber bastado una sola ocasión (caso de la colocación de un anuncio que somete a la víctima a continuas llamadas), del mismo modo que se podría dudar de si bastan dos llamadas telefónicas, o dos envíos de *WhatsApp*²⁷, para entender que se está acosando a una persona²⁸. Según la STS 324/2017, del 8 de mayo, FD 4º [Ecli: ES:TS:2017:1647]:

(...) no es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP.

Tesis que reitera la STS 554/2020, FD 4º, apartado 3.2.

Un sector de la doctrina viene exigiendo un mínimo: más de dos o tres hechos de acoso;²⁹ sobre todo, porque como apunta acertadamente Baucells Lladós, hay actos que aisladamente considerados resultan

inocuos, neutros, llegando en ocasiones a ser, incluso, socialmente adecuados.³⁰ De cualquier modo, como apunta con acierto Villacampa Estiarte:

(...) se incrimina un *patrón de comportamiento* compuesto por conductas que consideradas singularmente pueden no tener un efecto coartador de la libertad de obrar de la víctima pero que, por la reiteración e insistencia y observadas en su conjunto, necesariamente es exigible que la tengan para apreciar el delito.³¹

En relación con la duda de si la reiteración tiene que ser de la misma modalidad, o puede ser el producto de una combinación de ellas, ni dogmática ni político-criminalmente existen cortapisas, cuando menos *prima facie*, para su no admisión.³² De hecho, la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido (STS 324/2017, FD 4º).

También se delimita temporalmente el acoso. Así, algunos autores exigen que la insistencia o reiteración tenga lugar en un relativo espacio corto de tiempo,³³ siendo de otra opinión la sala casacional (STS 324/2017, FD 4º).

Respecto a los sujetos, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo puede ser un menor de edad. En el caso del primero, obviamente, mayor de edad penal; respecto del segundo, en tanto se entienda como modalidad de coacciones, se requerirá que tenga capacidad de obrar.³⁴

No obstante lo anterior, la conducta de acoso puede ser realizada a través de terceras personas, lo que abre al abanico de los posibles títulos de imputación personal.

En lo que se refiere a la delimitación de las modalidades, es objeto de severa crítica, al punto de afirmar Matallín Evangelio que:

²⁷ Sobre la palabra *wasap*, vid., en línea, en la Fundéu RAE, <https://www.fundeu.es/recomendacion/wasap-y-wasapear-grafias-validas/>. Último acceso: marzo de 2021.

²⁸ Crítica VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», cit., p. 385, en plena coherencia con su construcción del tipo, que la insistencia y reiteración parece que van referidas a las distintas modalidades, no al acoso en sí. Otra inteligencia podría ser posible si se entiende, por el contrario, como antes apuntamos, que lo que el legislador pretende es definir el acoso, motivo por el que emplea como verbo típico precisamente acosar. En este otro contexto semiótico, podría cobrar sentido tal conformación.

²⁹ En el primer caso, MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacosos*», cit., p. 346; en el segundo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 159.

³⁰ BAUCCELLS LLADÓS, J.: «La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal», cit., p. 5.

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», cit., p. 391.

³² En sentido contrario, MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacosos*», cit., pp. 348 y 349. Sostiene que, atendiendo al criterio gramatical, la reiteración debe serlo de la misma modalidad, sin perjuicio de que cumplida la exigencia típica, puedan acumularse otras.

³³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 159.

³⁴ En este sentido, SOLA RECHE, E.: «Delitos contra la libertad», cit., p. 153.

(...) el carácter abierto del acoso típico (...) supone una flagrante vulneración de las garantías derivadas del principio de legalidad, que dejará al ciudadano en una suerte de inseguridad jurídica, desde la que buena parte de su actuación (ejemplo, actos de cortejo reiterado no deseados por el destinatario) será susceptible de encajar fácticamente en el nuevo delito de acoso personal.³⁵

Siendo rigurosamente cierto, no lo es menos —por fortuna— que, como bien dice la citada autora, se trataría de una relevancia meramente ontológica, que no alcanzaría sin más la trascendencia jurídico-penal, pues el juicio de tipicidad, como también ha advertido con otras palabras la Profa. Matallín, requiere la verificación axiológica de un resultado material y de un resultado jurídico.

Atendiendo al sesgo de la presente publicación, ciberdelincuencia sexual, obviamente no todas las modalidades típicas tendrían relevancia. Naturalmente, habría que dejar al margen aquellas que demanden una presencia o actividad física, si bien es fácilmente imaginable una situación de hostigamiento empleando medios telemáticos, como de hecho ocurre precisamente entre menores. Obviamente, cabe pensar en una cibervigilancia vía la instalación subrepticia de algún programa de seguimiento en el terminal móvil de la víctima (STS 717/2020, del 22 de diciembre [Ecli: ES:TS:2020:4434]), como el ciberacoso mediante el recurso también a las paradójicamente aún llamadas “nuevas tecnologías”, destacadamente entre menores, “nativos digitales” caracterizados por el alto consumo de aquellas.³⁶

En otro orden de cosas, parece que no es pacífica la opinión de que el delito, atendiendo al criterio clasificatorio del vínculo entre la conducta y el resultado, esté conformado como delito de resultado. Solo en este caso la consumación dependerá de que se produzca la grave alteración de la vida cotidiana de la persona acosada.³⁷ La jurisprudencia, por su parte, sostiene que sí lo es, traduciendo la exigencia típica como “afectación importante de las actividades y rutinas de la víctima o de su entorno a consecuencia

de aquella situación” (SSTS 554/2017, del 12 de julio, FD 4º (Ecli: ES:TS:2017:2819); 554/2020, FD 4º, apdo. 3.2).

También este elemento ha sido fuente de energías críticas. De entrada, por el recurso lingüístico empleado para la descripción del resultado: alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Claro que no está refiriéndose a generar molestias, por muy incómodas que sean, ni a hechos que puntualmente sí que lleguen a aquella alteración, ni parece tan difícil de delimitar la vida cotidiana, que incluye rutinas y excepcionalidades, tan propias del día a día unas y otras. No puede pasar inadvertido el dato típico de la insistencia y reiteración dolosas. Y todo ello con independencia de otros resultados que puedan concurrir, como un trastorno de ansiedad o una depresión que, por supuesto, van a alterar la vida rutinaria de una persona, y con seguridad de otras de su entorno, sea la víctima un menor o no (por ejemplo, introduciendo pruebas y visitas médicas, actividades alternativas terapéuticas, etcétera). La STS 324/2017, FD 4º, cita como ejemplos la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio.

Existe unanimidad a la hora de exigir una interpretación restrictiva del tipo, como no podía ser de otro modo. Y por supuesto que, en tanto se entienda como delito de resultado, el resultado fáctico-material, sobre el que construir el juicio de causalidad, es, precisamente, la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana. No obstante ello, nada impide, ni dogmática ni político-criminalmente, exigir su objetivación, de modo que sea objetivamente evaluable, lo que conduce, como es común en la teoría del delito, a la posición de la persona media.³⁸ La jurisprudencia acoge las tesis de que el tipo requiere algo más que la generación de meras molestias y que sean objetivamente evaluables (STS 554/2017, FD 4º).

Cuestión bien distinta se nos antoja que es la actividad probatoria precisa para acreditar la propia situación de acoso y, por supuesto, el resultado y su vínculo causal. Incluso entre menores, donde tienden a ser menos cuidadosos y, por ende, a dejar mayores rastros, se hace difícil la prueba, que no la propia existencia de los hechos.

³⁵ MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», cit., p. 345.

³⁶ Expresión que se contrapone a la de «inmigrantes analógicos», en referencia a quienes hemos accedido al uso de las tecnologías de la información y la comunicación aprendiendo nuevos modos y hábitos.

³⁷ CUERDA ARNAU, M. L.: «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», cit., p. 186.

³⁸ GALDEANO SANTAMARÍA, A.: «Acoso-*stalking*»: art. 173 ter», en Álvarez García, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 567 y ss., 569.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

En cuanto a la previsión agravatoria del párrafo segundo del apartado primero (víctimas especialmente vulnerables), se afirma con acierto que es innecesaria, dada la agravante genérica de abuso de superioridad del artículo 22 CP.³⁹

Por último, también es fuente de polémica el apartado tercero (concurso real con los delitos que se conformen por los actos de acoso), al punto de tener que apurar su interpretación para evitar la conculcación del principio *non bis in idem*. En este sentido, si las conductas de acoso conforman actos ejecutivos de otros delitos, se postula que este debiera perder su autonomía.⁴⁰ Ejemplos paradigmáticos en el contexto de esta publicación es su relación con el ciberacoso sexual del artículo 183 ter.1, como ha apuntado la doctrina. La previsión del artículo 172 ter.3 obliga, como sostiene Matallín Evangelio, siempre que se cumplan las exigencias típicas, a castigar el ciberacoso sexual y el ciberacoso genérico, por así llamarlo, respecto de los actos reiterados de contacto por internet con el menor para concertar el encuentro sexual. Pero no solo con este; también hay que ponerlo en relación con el tipo previsto en el apartado 2 del artículo 183 ter, el embaucamiento para que facilite material pornográfico. Es dable la creación de una situación de hostigamiento incardinable en el artículo 172 ter, dirigida a conseguir que el menor facilite material pornográfico.

En todos los casos, es a todas luces evidente que, atendiendo a la regla concursal, se va a producir una exasperación punitiva, difícil —o imposible— de conciliar con el principio de proporcionalidad. Y no deja de sorprender que esta previsión, en tanto norma especial, desplaze la lógica aplicación de la regla del concurso medial cuando el ciberacoso sea delito medio. Más aún, en el caso del juego de los artículos 172 ter.3 y 183 ter.1, palmario *bis in idem*, que debiera resolverse vía concurso de normas.

³⁹ MATALLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», cit., p. 362; tesis a la que se suma SUÁREZ-MIRA, C.: «Delitos contra la libertad», cit., p. 200.

⁴⁰ Entre otros, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 159 y 160; MATALLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», cit., p. 363 a 365; CUERDA ARNAU, M. L.: «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», cit., p. 186; BAUCCELLS LLADÓS, J.: «La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal», cit., p. 14; GALDEANO SANTAMARÍA, A.: «Acoso-stalking: art. 173 ter», cit., p. 574.

3.2. Ciberacoso sexual (*online child grooming*)

Regulado en el artículo 183 ter.1 CP, también es llamado embaucamiento de menores o propuesta sexual telemática. Se prevé un tipo básico y un tipo agravado, y como todas estas nuevas figuras delictivas, no solo su redacción, sino su propia previsión son objeto de controversia, al punto de que se sostiene que estas tipificaciones son más producto de los pánicos morales que de las evidencias empíricas.⁴¹

Fue introducido por la reforma 2010, antes se ubicaba en el artículo 183 bis, y la actual redacción proviene de la reforma 2015. Esta ha consistido en elevar la edad de los 13 a los 16 años en el apartado 1 y ha introducido el apartado 2.

Nace por exigencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía de menores. La elevación de la edad hasta los 16 años responde, según un sector doctrinal, a exigencias de la directiva 2011/93/UE que sustituye a la decisión marco citada.⁴² Por el contrario, otro sector critica dicho aumento, en contra de la realidad social del país, así como de los países de nuestro entorno, del derecho comparado, y de la propia directiva que invocaba la citada reforma para ese incremento, pues no lo exigía.⁴³ En todo caso, parece haber consenso generalizado en torno a la idea de exceso, de modo que la mayoría de edad penal sexual tenía que haber quedado en los 14 años. Prueba de dicho exceso es la necesidad de introducir el artículo 183 quarter CP, pues como apunta Ramos Vázquez, se hace difícil de casar que sea posible, aunque excepcional, contraer matrimonio a los 14 años, pero los cónyuges no puedan mantener relaciones sexuales hasta cumplidos los 16.⁴⁴

⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J.: «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18, 2016. Vid. también GÓRRIZ ROYO, pp. 217 y ss., 220 y ss. Para un análisis en profundidad del delito, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁴² BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 206.

⁴³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 224 y 225.

⁴⁴ Sobre esta previsión, vid. un magnífico análisis crítico en

Pudiendo ser el sujeto activo un adulto u otro menor, en tanto el sujeto pasivo es un menor, el objeto jurídico de protección no es la libertad sexual, en cuanto carece de ella provisionalmente (es decir, carece de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual). Es, de acuerdo con la opinión muy mayoritaria, la indemnidad sexual, entendida como “la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual”;⁴⁵ en otras palabras, sus procesos de formación y socialización.⁴⁶

En todo caso, como advierte Orts Berenguer, se está hablando de edad biológica, no de edad mental; y esta se determina de momento a momento.

El tipo objetivo requiere la concurrencia de tres elementos: contactar con un menor de 16 años por medio de cualquier tecnología de la comunicación; una propuesta para concertar un encuentro con el propósito de cometer o el delito previsto en el artículo 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años) o en el artículo 189 (pornografía infantil);⁴⁷ y que dicha propuesta “se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”, reza el precepto. Se trata, pues, de un delito mixto cumulativo, de modo secuencial hay que contactar, proponer y acercarse.⁴⁸

Siguiendo a Boldova Pasamar, no se hace referencia a la prostitución de menores porque el artículo 188.4 prevé con pena mayor la solicitud de una relación sexual retribuida, lo que puede tener lugar, claro está, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación.⁴⁹

RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quater CP», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 629 y ss., 630.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 204.

⁴⁶ ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 227.

⁴⁷ Remisión *in totum* a todas las modalidades del art. 189 CP criticada por toda la doctrina.

⁴⁸ GÓRRIZ ROYO, E. M.: «“On-line child grooming” desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 236 y 237.

⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis

Parece que hay consenso en la doctrina en que el contacto requiere contestación del menor para que la posterior propuesta siga en la senda de la tipicidad. Del mismo modo, se acepta por un sector doctrinal que el primer contacto pueda ser presencial, siempre que luego se continúe vía telemática;⁵⁰ aun cuando la literalidad del precepto parece apuntar en otro sentido, esto es, en que ya la conducta inicial de contacto debe efectuarse de modo telemático.

Así conformado, se están castigando actos preparatorios de los delitos previstos. Sin esta expresa previsión, sostiene Orts Berenguer que difícilmente serían calificables como tentativas de los delitos previstos:

La simple acción de contactar con un menor por medio de alguno de los medios citados, por más que esté impregnada de deseos sexuales, mal puede denominarse tentativa de violación o de abuso, etcétera (salvo a los ojos de quienes, bajo una u otra argumentación, están empeñados en castigar las intenciones), porque la realización de los distintos tipos de acción no ha comenzado ni el ataque al bien jurídico, tampoco.⁵¹

Bien es verdad que, como el propio autor admite, el precepto añade el plus de antijuricidad de la exigencia de “actos materiales encaminados al acercamiento”, lo que eleva el peligro de lesión del bien jurídico.

Este adelantamiento de la barrera de punición lleva a Muñoz Conde a hablar no solo de peligro abstracto, sino incluso de delito de sospecha, dado que, aun requiriendo el acercamiento, no siempre es fácil determinar hasta qué punto se hace realmente para cometer algún delito.⁵² De hecho, el precepto no da ni orientaciones acerca de qué actos en concreto pueden ser (ni cómo concretar ese necesario “acercamiento”, si bien se admite como criterio general delimitador el que se trate de propósitos serios de encuentros, *v.gr.*, concretando lugar, día y hora del encuentro).⁵³ No es

años», cit., p. 206.

⁵⁰ GÓRRIZ ROYO, E. M.: «“On-line child grooming” desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo)», cit., p. 260.

⁵¹ ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», cit., p. 237.

⁵² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 228.

⁵³ DÍAZ MORGANO, C.: «Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Corcoy Bi-

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

menos cierto, sin embargo, al menos *prima facie*, que la exigencia de que la propuesta de concertar un encuentro vaya acompañada de dichos actos materiales tendentes a ello, parece acercar la formulación a la técnica de tipificación del peligro hipotético; al tiempo que el hecho de que se trate de meros actos preparatorios la aleja del peligro concreto.

Lo cierto es que el castigo de estas conductas tendrá lugar siempre que no se produzca o un contacto real o que se determine efectivamente al menor. Así, una cosa es contactar y la otra captar: si se produce el contacto, entra en juego la previsión concursal. Si lo que se produce es la captación, de acuerdo con Boldova Pasamar, debe apreciarse un concurso de leyes con la captación con fines exhibicionistas o pornográficos, a resolver por el criterio de la consunción (art. 8.3)⁵⁴. No obstante ser la solución más acorde cuando menos con el principio de proporcionalidad, no es esa la expresa previsión del artículo 183 ter.1 objeto de nuestro comentario, pues también estos supuestos resultan afectados por la regla contemplada del concurso real.

La citada previsión concursal (“sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”) es, en efecto, objeto de crítica, pudiendo entenderse que se está ante un supuesto de progresión delictiva. De hecho, así lo entendieron las SSTS 864/2015, del 10 de diciembre, FD 1º (Ecli: ES:TS:2015:5809) y 109/2017, del 22 de febrero, FD 2º, apdo. 3 (Ecli: ES:TS:2017:692), que consideraron este delito un caso de progresión delictiva, de modo que queda absorbido por el abuso o agresión sexual posterior. No obstante, el “Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 08-11-2017, sobre tratamiento concursal del delito de *child grooming* (artículo 183 bis CP) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual”, sostiene que cabe concurso real con los previstos en los artículos 183 y 189.

En relación con el tipo subjetivo, se apunta por algún autor que el tipo exige el ánimo libidinoso como

elemento subjetivo del injusto;⁵⁵ entendiendo que tal *animus* está concretado en el elemento tendencial “a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189”.⁵⁶ En todo caso, debe concurrir dolo, siendo técnicamente posible el error de tipo, en relación con la edad del menor, en tanto elemento normativo.

A pesar de resultar indiscutible que, dogmáticamente hablando, se trata —como dijimos más arriba— de actos preparatorios, y de que político-criminalmente supone una infracción del principio de subsidiariedad, se admite por un sector de la doctrina, ciertamente que admitiendo tales objeciones, la tentativa en los supuestos en que se intenta ganar la confianza del menor, pero finalmente no se logra concertar el encuentro aceptado por el menor.⁵⁷ En realidad, es la consecuencia del debate teórico no cerrado acerca de la admisibilidad de la tentativa inacabada en el ámbito de los delitos de mera actividad —quedando reservada la admisión de la tentativa acabada para los delitos de resultado, dicho *grosso modo*—.

Por último, al final del apartado 1, dedicado a este delito de ciberacoso sexual, se prevé un tipo agravado “cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

3.3. Embaucamiento de menores (*sexting*)

Viene tipificado en el artículo 183 ter.2 CP, y como indicamos en el apartado anterior, fue introducido por la reforma de 2015.

El bien jurídico-penal protegido es el mismo que en el ciberacoso sexual, de modo que nos remitimos a lo dicho más arriba.

Según un sector de la doctrina, se introduce porque esta conducta no quedaba subsumida en el supuesto de hecho previsto en el apartado primero.⁵⁸ Para otro

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 207.

⁵⁶ Entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 441; ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», cit., p. 237.

⁵⁷ DÍAZ MORGANO, C.: «Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 690.

⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad

dasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 689, apunta otros ejemplos: reservas habitaciones o ir a buscar al menor.

⁵⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 207.

sector, aunque no estaba prevista de modo expreso, era punible vía delito de utilización de menores para elaborar material pornográfico (art. 189 CP) en grado de tentativa. Ítem más, opina estos autores que, dada la remisión al artículo 189 CP contenida en el apartado 1, podría entenderse contenida esta otra previsión⁵⁹.

La secuencia típica en este caso es la siguiente: contacto con un menor y posterior realización de actos tendentes al embaucamiento —a fin de que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas—.

El contacto debe realizarse por medio telemático, con independencia de la tecnología empleada. Aquí podría reproducirse, *mutatis mutandi*, lo que en relación con el ciberacoso sexual planteó Górriz Royo y reproducimos: en el caso de que haya una secuencia de contactos, que el primero de ellos sea presencial, y los ulteriores por medio de cualquier tecnología de la comunicación.

Otra importante matización respecto del contacto la introduce Ramos Vázquez, y es que, en su opinión, solo se entenderá típico si el menor responde, de suerte que no supera el juicio de tipicidad el mero envío del mensaje sin ulterior contestación.⁶⁰

El embaucamiento va ciertamente unido a la idea de engaño. Tal es así que el precitado autor entiende que no basta cualquier engaño, sino que ha de acreditarse que, en el caso concreto, “existieron actos dirigidos a un aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor y un riesgo serio para su bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación en estas lides”.⁶¹ Siendo entendible la vocación delimitadora que preside esta propuesta, no deja de suscitar la duda de si, en realidad, está conformando un elemento subjetivo del injusto, y no puede soslayarse que ya prevé el tipo uno expresamente, como abordamos más abajo.

e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 207.

⁵⁹ Vid. DÍAZ MORGADO, «Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 690. Añade esta autora que la delimitación entre ambas figuras es la inexistencia de contacto físico, dado que en la segunda no concurre la propuesta de encuentro. Vid., de igual modo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», cit., p. 624; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 461.

⁶⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», cit., p. 624.

⁶¹ RAMOS VÁZQUEZ, ibidem, p. 624.

El sujeto activo puede ser un adulto u otro menor, mayor de edad penal —en cuyo caso, no resulta de eventual aplicación el artículo 183 *quater*, pues como acertadamente apunta Ramos Vázquez, el “consentimiento libre” de ese precepto es incompatible con el embaucamiento típico de esta modalidad—;⁶² y el sujeto pasivo un menor de 16 años. Sobre la determinación de la edad, nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior. Un importante matiz, el menor que aparece en las imágenes puede ser el propio sujeto pasivo o un tercero. Esto último, así como el hecho de que las imágenes pueden consistir en una representación virtual, ha llevado a Orts Berenguer a cuestionarse el objeto jurídico en esta modalidad delictiva.⁶³ Sostiene, en este sentido, lo siguiente:

Posiblemente la idea del legislador era proteger a los menores frente a conductas que pueden afectar a su proceso de formación y a su tranquilidad que puede resultar perturbada por chantajes, etcétera, por parte de quienes obtienen sus imágenes, pero lo cierto es que hay supuestos *a priori* subsumibles en el tipo comentado carentes por completo de lesividad, salvo para los moralistas ultraconservadores recalitrantes.⁶⁴

El delito se consuma sin necesidad del envío; es decir, no se requiere que obtenga el material o le muestre las imágenes. Boldova Pasamar entiende que basta la solicitud, de modo que el acto posterior de envío o muestra del material pornográfico forman parte de la fase de agotamiento del delito.⁶⁵ No obstante, no puede pasar desapercibido que el tipo no se conforma solo con el contacto vía teléfono, internet,

⁶² RAMOS VÁZQUEZ, ibidem, p. 624. Esta conclusión le resulta altamente criticable, dado que el sexting es una práctica entre los adolescentes españoles, y, con todo, la intervención del derecho penal puede resultar contraproducente; opinión que compartimos, sobre todo, cuando, como el propio autor apunta en el comentario al art. 183 *quater* (pp. 629 y ss.), lo cierto es que los menores se relacionan sexualmente con asiduidad antes de los 16 años. Se suma a la crítica al precepto, por las mismas razones, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 456, si bien admite el juego de la cláusula de exoneración (p. 457).

⁶³ En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», cit., p. 625.

⁶⁴ Vid. ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», cit., p. 238.

⁶⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., p. 207.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

etcétera, sino que se requiere que, además, “realice actos dirigidos a embaucarle” (v.gr., haciéndose pasar por otro menor).

Inferimos que el precitado autor distingue como momento ulterior al envío el de la efectiva recepción. Muñoz Conde sostiene que, si el autor llega a conseguir el material o las imágenes, este delito entraría en concurso de leyes con el correspondiente delito relativo a la explotación sexual y corrupción de menores, resolviéndose en favor de la pena más grave.⁶⁶ Boldova Pasamar entiende, por su parte, que si las imágenes recibidas por el autor de este delito las emplea para elaborar material pornográfico, cometerá también el delito previsto en el artículo 189 CP; es decir, sería de aplicación las reglas del concurso de delitos.

Cuestión distinta es que el menor envíe imágenes de un tercero.⁶⁷ También aquí hay discrepancia entre los citados autores. El primero de los citados autores estima que, como quiera que el menor víctima ha sido embaucado, su conducta debiera quedar impune.⁶⁸ El segundo opina que cometería el delito de tráfico de pornografía infantil del artículo 189 CP.⁶⁹ Solo resulta impune, en su opinión, si se trata de imágenes del propio menor, “lo que en rigor significa *sexting*, es decir, el envío a través de las tecnologías de la comunicación de mensajes que contienen imágenes eróticas o pornográficas del propio emisor”⁷⁰.

Respecto al tipo subjetivo, además del dolo, hay también en esta modalidad delictiva acuerdo doctrinal en torno a la consideración como elemento subjetivo del injusto la finalidad de obtener por parte del menor que facilite o muestre material pornográfico. Y también aquí es técnicamente posible la concurrencia de error de tipo en relación con la edad del menor.

Una última consideración respecto a la consecuencia jurídica. La pena respecto al ciberacoso sexual es inferior porque el autor no se propone un acercamiento o encuentro con el menor para cometer un delito

sexual, de modo que es potencialmente menos lesivo. Se limita a embaucarle.⁷¹

3.4. Venganza pornográfica (*revenge porn*)

Esta modalidad delictiva está prevista en el artículo 197.7 CP, y también es producto de la reforma de 2015.

Guarda cierta similitud con el embaucamiento de menores (*sexting*), si bien un sector de la doctrina entiende que la razón de la incriminación de esta conducta es la rápida expansión que ha experimentado, especialmente entre menores;⁷² de modo que estos no solo ocupan la posición de víctimas, sino también de autores, como en esa otra modalidad. No se nos escapa el hecho concreto que motivó o aceleró esta incorporación legislativa, así como otros hechos más cercanos en el tiempo, probablemente con mayor carga dramática. En cualquier caso, es lo cierto que, con la legislación anterior, en tanto había mediado el consentimiento en la grabación, la difusión era impune; del mismo modo que la propia denominación anglosajona apunta, en el sentido destacado por la doctrina, de actos de venganza tras rupturas de parejas.⁷³ Así y todo, un sector de la doctrina se muestra muy crítico con esta incorporación, entre otros motivos, porque no tiene sentido la intervención penal frente a quien había renunciado a la privacidad previamente, y porque está expedita, en su caso, la vía civil.⁷⁴

El bien jurídico-penal protegido es el derecho a la intimidad, derecho fundamental consagrado constitucionalmente (art. 18.1 CE), y que, sin duda alguna, la creciente incorporación de las nuevas tecnologías a la vida cotidiana y a las relaciones interpersonales hace que, también a través de ellas, se puedan violentar espacios vitales como los íntimos.

⁷¹ BOLDOVA PASAMAR, *ibidem*, p. 207; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», cit., p. 626.

⁷² Vid., entre otros, ROMEO CASABONA, C. M.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 268.

⁷³ COLÁS TURÉGANO, A.: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 663 y 664.

⁷⁴ Vid. MORALES PRATS, F.: «La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 461 y ss.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 229.

⁶⁷ Si las envía de sí mismo y por propia iniciativa, es obvia la atipicidad de la conducta.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 229.

⁶⁹ De la misma opinión, criticándolo, no obstante, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», cit., p. 625.

⁷⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», cit., pp. 207 y 208.

Está incardinado dentro del capítulo dedicado al descubrimiento y revelación de secretos, pero guarda su autonomía respecto de los demás tipos previstos, lo que tiene incidencia en su exégesis. Es más, este delito prevé su propio tipo básico y varios tipos agravados (o, si se prefiere, un tipo agravado mixto).

Al igual que anteriores delitos que hemos visto, su estructura típica es secuencial: la captación personal y previa por el sujeto activo con el consentimiento de la víctima de imágenes o grabaciones audiovisuales suyas, y la ulterior difusión, revelación o cesión a terceros sin su consentimiento. Es decir, el sujeto pasivo ha prestado su anuncio a la grabación, pero no a la difusión.

Como resultado de lo anterior, parece que queda excluida del ámbito de punición la grabación que haya efectuado el propio sujeto (una autograbación) y luego otro, al que aquel se la ha remitido, haya procedido a la difusión. Se requiere, pues, que sea el mismo sujeto el que capte o grave —o participe en la grabación— y el que difunda.⁷⁵ Por eso sostiene González Cussac que también es atípica la difusión de imágenes o grabaciones enviadas por error por la propia víctima.⁷⁶ Y también lo es, en opinión doctrinal, la posterior difusión una vez producida la divulgación.⁷⁷

Se trata de un tipo mixto alternativo, pues prevé tres posibles conductas: difundir, revelar o ceder.

El injusto queda acotado por dos exigencias; la primera, el lugar de grabación; la segunda, el resultado lesivo. En efecto, exige el tipo que la toma de las imágenes haya tenido lugar “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. Lo del domicilio no plantea especiales

problemas, pues, en la medida en que no exige que haya sido en el de la víctima, puede ser también en cualquier otro. Más problemático es, sin duda alguna, la concreción de lo que haya de entenderse por un lugar lejos de la mirada de terceros. En opinión de Muñoz Conde, no hay inconveniente en que sea, incluso, un espacio público apartado, caso de una playa desierta.⁷⁸

La otra delimitación es que no basta con la afectación del derecho tutelado, de modo que solo resultará típica la divulgación cuando “menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”. Como acertadamente apuntan Morales Prats y Romeo Casabona, es un elemento normativo-valorativo de difícil medición, que en gran parte quedará en manos del denunciante, y de la ulterior decisión del juez.⁷⁹

Además, como quiera que se advierte que el grave menoscabo lo es de la intimidad personal de la víctima, no hay inconveniente en incluir grabaciones en las que aparezcan otras personas, cuya intimidad no entienden afectada —o, por el motivo que fuere, no denuncian, condición de procedibilidad prevista en el artículo 201 CP—.

El objeto del delito son solo imágenes (*v.gr.*, fotografías) o grabaciones audiovisuales, de modo que la intimidad proyectada sobre otro medio no queda aquí tutelada. Se deduce, pues, que los audios quedan excluidos.

En relación con el tipo subjetivo, a diferencia de otras modalidades delictivas aquí vistas, en esta el

⁷⁵ Entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 297; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 262; ROMEO CASABONA, C. M.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 269. *Cfr.* COLÁS TURÉGANO, A.: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», cit., p. 668, que incluye los supuestos en los que la propia víctima ha proporcionado las imágenes que luego son difundidas.

⁷⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 297.

⁷⁷ CASTELLÓ NICÁS, N.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 502; COLÁS TURÉGANO, A.: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», cit., p. 668.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 262. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «II. Descubrimiento y revelación de secretos», en Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 282, pone otros ejemplos, caso de los baños de un aeropuerto o estación de trenes o los probadores de un centro comercial.

⁷⁹ MORALES PRATS, F.: «La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP», cit., p. 462; ROMEO CASABONA, C. M.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 269. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «II. Descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 282, aporta como acotación que debe circunscribirse a situaciones verdaderamente íntimas, de modo que grabaciones en el marco de actos concurridos como una celebración navideña o un cumpleaños quedan excluidas. En expresión de COLÁS TURÉGANO, A.: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», cit., p. 668, “imágenes sensibles”, aunque en opinión de BOLEA BORDÓN, C.: «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 743, el tipo no queda circunscrito al núcleo duro de la intimidad.

La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia

dolo no es necesario que vaya acompañado de un elemento subjetivo del injusto; sin que sea exigible dolo directo, de modo que cabe también el dolo eventual.

Se prevé como tipo agravado que el sujeto pasivo sea la pareja, un menor de edad o una persona necesitada de especial protección; o cuando se haya realizado con ánimo de lucro.

4. Consideraciones finales

La importancia que para el sistema penal tiene el ciberespacio se sostiene en los datos ofrecidos por las estadísticas oficiales. Cada vez y con mayor frecuencia se cometen hechos ilícitos en ese ámbito, y su persecución se vuelve más especializada, al objeto de poder hacer frente a la cibercriminalidad.

La amenaza de la cibercriminalidad es recurrente en cualquier expresión de nuestra vida, manifestándose a través de distintas naturalezas, sexual, económica, política, ciberacoso, entre otras. Con la paulatina evolución del uso de estas tecnologías, se han ido también actualizando las conductas con reproche penal debido al fuerte incremento de las tasas de prevalencia de los cibercrimes, que se han visto multiplicados a golpe de “click”.

Es claro entonces que la “vida virtual” conlleva riesgos que pueden desembocar en conductas que lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídico-penales protegidos. El derecho penal no es ajeno a esta evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación y a la criminalidad que se genera a través de ella, siendo un claro ejemplo los delitos que se han ido sumando al Código Penal, y que tienen su origen o están íntimamente relacionados con el uso de las tecnologías. Abarcan, fundamentalmente, actos que atentan contra bienes jurídicos trascendentes, pero de modo primordial al conectado con la protección de la libertad e indemnidad sexuales.

La respuesta penal debe servir, en términos de prevención general, para alcanzar el uso seguro del ciberespacio, con niveles óptimos de ciberseguridad, desplegando la protección no solo desde el ámbito del tráfico socioeconómico, sino también dirigida a los usuarios con mayor vulnerabilidad, especialmente a los menores de edad, que, debido a su inmadurez, se convierten en víctimas objetivo de la cibercriminalidad.

Este fenómeno criminal ha supuesto la entrada de nuevas formas de delincuencia de naturaleza sexual, protagonizadas por menores de edad, y relacionadas con el uso de las tecnologías de la información y comunicación, incorporándose al catálogos de delitos en el Código Penal español: el acoso/ciberacoso (*stalking/ciberstalking*), el ciberacoso sexual (*online child grooming*), el embaucamiento de menores (*sexting*) y la venganza pornográfica (*revenge porn*).

5. Bibliografía

- AGUILAR CÁRDENES, M. M.: «Cibercrimen y cibervictimización en Europa: instituciones involucradas en la prevención del cibercrimen en el Reino Unido», *Revista Criminalidad*, n° 57 (1), 2015.
- ÁVILA SILVA, J.: «Los menores víctimas de la cibercriminalidad, medidas preventivas en el ámbito internacional», *Advocatus*, n° 15 (31), 2018.
- BAUCELLS LLADÓS, J.: «La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de código penal», *Revista General de Derecho Penal*, n° 21, 2014.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016.
- BOLEA BORDÓN, C.: «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CÁMARA ARROYO, S.: «La cibercriminología y el perfil del cibercriminal», *Derecho y Cambio Social*, n° 60, 2020.
- CASTELLÓ NICÁS, N.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- COLÁS TURÉGANO, A.: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comenta-*

- rios a la Reforma del Código Penal de 2015, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUERDA ARNAU, M. L.: «Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.): *Derecho Penal Informático*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.
- DÍAZ MORGANO, C.: «Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ESPINOSA SÁNCHEZ, J. F.: «Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red», *La Razón Histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, nº 44, 2019.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A.: «Acoso-stalking: art. 173 ter», en Álvarez García, F. J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ RIVERO, C.: «El Derecho Penal ante las conductas de acoso persecutorio», en Martínez González, M. I. (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GÓRRIZ ROYO, E. M.: «‘On-line child grooming’ desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MATALLÍN EVANGELIO, A.: «Nuevas formas de acoso: *stalking/ciberstalking-acoso/ciberacoso*», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MEGÍAS QUIRÓS, I.; RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, E.: *Jóvenes en el mundo virtual: usos prácticas y riesgos*, Ed. Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud, Madrid, 2018.
- MINISTERIO DEL INTERIOR: *Estudio sobre la Cibercriminalidad en España 2019*, Madrid, 2019.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «El delito de aproximación a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y comunicación», *Diario La Ley*, nº 9762, 2020.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el uso de las tecnologías de la información y comunicación: especial referencia a la mensajería instantánea», *Diario La Ley*, nº 9770, 2020.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa», *Revista Penal*, nº 47, 2021.
- MONTESDEOCA RODRIGUEZ, D.: *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MORALES PRATS, F.: «La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, E.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quater CP», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROMEO CASABONA, C. M.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016.

- SANTOS MARTÍNEZ, A. M.: *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017.
- SOLA RECHE, E.: «Delitos contra la libertad», en Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «Delitos contra la libertad», en Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «II. Descubrimiento y revelación de secretos», en Suárez-Mira Rodríguez, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J.: «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18, 2016.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de *stalking*», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

Miguel Ángel Núñez Paz Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva.
Miguel Rojano García Abogado

RESUMEN: Es obvio que la víctima del delito ya no se resigna a ser sujeto pasivo de la acción antijurídica, y quedar preterida de la respuesta penal a la agresión sufrida, salvo la facultad procesal de la acusación particular. La actividad jurídica procesal de la víctima no siempre tiene la suficiente relevancia como para restaurar la humillación y las lesiones sufridas. En una agresión mantenida en el tiempo es entendible una respuesta más inmediata y efectiva, si ello fuera posible. Y en la dinámica acción-reacción suele surgir la controversia de la legalidad de la respuesta. La legítima defensa, su estricta regulación normativa y su variada aplicación —comprensible por la abundante casuística— no siempre es acogida en la jurisprudencia con igual comprensión.

PALABRAS CLAVE: Víctima, violencia, género, legítima defensa, venganza, simultaneidad, agresión-defensa.

SUMMARY: The victim of the crime, obviously, is no longer resigned to being a passive subject of the unlawful action, and to be excluded from the criminal response to the aggression suffered, except for the procedural power of the private prosecution. The procedural legal activity of the victim is not always relevant enough to restore the humiliation and injuries suffered. In an aggression maintained for a long time, a more immediate and effective response is understandable, if possible. And in the action-reaction dynamic, the controversy of the legality of the response usually arises. The right of self-defence, its strict normative regulation and its varied application —understood by the abundant casuistry— is not always received in the jurisprudence with equal understanding.

KEY WORDS: Victim, violence, gender, right of self-defence, revenge, simultaneity, aggression-defence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La víctima del delito y su participación en la respuesta penal. 3. El Estatuto de la víctima del delito. 4. Concepto legal de víctima. 5. Derechos de las víctimas. 6. La Victimología: ¿Hacia un nuevo concepto de justicia penal? 7. La legítima defensa de la víctima en la violencia de género. 8. La legítima defensa como exclusión de la venganza. 9. Consideración final.

1. Introducción

El enorme problema estructural de la violencia sobre las mujeres es abordado en este trabajo solo en una de sus líneas (defensa de la víctima), para lo cual nos parece propio comenzar reconociendo a la mujer como una víctima peculiar cuando nos referimos a la violencia machista, acudiendo necesariamente, como punto de partida, al recuerdo del llamado “ciclo de la violencia”¹ que, en un estudio sobre mujeres maltratadas, realizara originariamente la psicóloga americana Lenore Walker y al que dedicó valiosos trabajos posteriores. Se trata de una teoría según la cual el maltrato conyugal continuado generaría en la mujer un trastorno patológico de adaptación denominado *battered woman syndrome* (síndrome de la mujer maltratada) y en el que “maltratada” correspondería a una mujer que ha sido víctima de violencia física, sexual y psicológica (o incluso social) en varias ocasiones.² Se trata de un modelo realizado sobre la base de las experiencias de esas mujeres que han sido sometidas a violencias repetitivas de mano de sus parejas masculinas y que se puede concretar en un conjunto de efectos que hacen incapaz a la mujer de responder de forma inmune a episodios de violencia, sintiéndose presa de la situación hasta llegar incluso al punto de ocultar tales situaciones por miedo a que se produzca una agresión directa más intensa hacia ella o indirecta hacia sus seres más cercanos.

Solamente a partir de este conocimiento de la victimización femenina, podremos plantearnos si existe una hipotética responsabilidad penal de las mujeres que reaccionan a la violencia cometiendo delitos, y cuáles serían los argumentos para defender tal responsabilidad o negarla con base en la aplicación de la eximente de legítima defensa. Lo que puede llevar a debate la interpretación tradicional de los requisitos de la causa de justificación que quizá no se hallen en consonancia con la realidad de la violencia de género, y responder tal vez a una aplicación sexista del derecho, ignorando la verdadera posición de la mujer en tales situaciones y permitiendo acudir ocasionalmente, como alternativa, a la aplicación del “miedo

insuperable” que permite reconocer una ausencia de responsabilidad o, al menos, una responsabilidad parcial de esas mujeres, si bien de una forma menos significativa. Esta posibilidad no desvinculará a la víctima de tal relación envenenada y del mecanismo de violencias físicas y sociológicas, ni reconocerá la realización de las violencias repetidas o el carácter “legítimo” de la defensa de la mujer, sino que solamente permitirá valorar la situación como una reacción incontrolada frente a un miedo aislado y singular.

2. La víctima del delito y su participación en la respuesta penal

La dogmática sobre la respuesta penal a las conductas antijurídicas aún gira en nuestros días, fundamentalmente, en torno al delincuente y a la pena. El *ius puniendi* del Estado, a través del cual se pretende defender a toda la sociedad, parece que —en ocasiones— constituye en único ofendido al Estado mismo como ente que representa a todos los ciudadanos. Y en esa teorización de la defensa de todos, puede llegar a olvidarse de la protección del sujeto pasivo concreto, víctima de un determinado delito. En ocasiones, a la víctima solo le queda el recurso procesal de la acusación particular. La víctima del delito ha sido hasta hace poco, y lo es todavía en gran medida, la gran olvidada del derecho penal y de otras ciencias auxiliares. La misma terminología doctrinal que la denomina “sujeto pasivo”, es indicativo de su papel “no activo” en la respuesta penal (salvo en la posible actividad procesal ya apuntada). Todo ello genera una falta de confianza de las víctimas en el sistema penal, y la victimización secundaria que tienen que soportar en el caso de la violencia de género puede explicar en parte el fenómeno de la retirada de las denuncias de muchas mujeres maltratadas.³ Puede que la solu-

³ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, UNED, Madrid, 2003, Documento electrónico:

<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDeDerechoPenalYCriminologia-2003-12-5090&dsID=Documento.pdf>, quien señala: “Ello puede observarse precisamente en las conocidas campañas dirigidas a la mujer en las que se pone el énfasis en que ella denuncie o “hable”. Estas campañas, por un lado, responsabilizan implícitamente a la mujer de su situación, puesto que sitúan el acento en lo que ella debe hacer, se dirigen a ella, y con ello contribuyen a alimentar la imagen que la cesación de la violencia depende de sus esfuerzos. Por otro lado, al insistir en que la mujer denuncie, acuda al sistema penal, como si ello fuera la solución a los malos tratos que ella está sufriendo, acentúan como único

¹ Vid. WALKER, L. *The Battered Woman*, Perennial Library, Harper & Row Publishers, New York, 1979.

² WALKER, L. *The Battered Woman*, cit. p. 26: “Any woman may find herself in an abusive relationship with a man once. If it occurs a second time, and she remains in the situation, she is defined as a battered woman”.

ción al problema de la violencia de género no esté en la creación de nuevos tipos penales, o en hacer creer que una elevación de las penas mejorará la situación de las mujeres víctimas de maltrato. Esas erróneas expectativas generarán una mayor defraudación que confianza, y al final se producirá una desafección al sistema. Es necesario prestar atención a las víctimas para que confíen en el procedimiento penal, y para ello es necesario reflexionar sobre cómo debe ser esa intervención.

En los últimos años se ha ido generalizando una preocupación social por la protección de las víctimas de los delitos, relegadas hasta entonces a un segundo plano. En el ámbito doctrinal de la ciencia penal se han plasmado corrientes que ponían su atención en la persona del sujeto pasivo de la acción delictiva, exhortando al Estado a realizar una intervención positiva dirigida a corregir la preterición en la que se encontraba la víctima en la respuesta penal, y a restaurar a las víctimas en su situación anterior al delito, o al menos paliar sus efectos.⁴

camino lo que sólo es una estrategia de la mujer en su intento de librarse de los malos tratos.

Esta insistencia en la denuncia como «objetivo» comporta finalmente que, en este tema, como sucede en la violencia sexual, quien no denuncia o tarda en hacerlo aparece como implícitamente tolerando una situación. En segundo lugar, enfatizar la necesidad de que la mujer denuncie y apueste de forma decidida por la intervención penal puede conllevar una defraudación de las expectativas que se le han creado (por ejemplo, porque el sistema penal absuelve en ocasiones incomprensiblemente o no consigue protegerla adecuadamente). Esta defraudación de expectativas también tiene efectos simbólicos y reales, pues la desesperación aumenta al ver cómo esta vía tampoco funciona y esta experiencia tiende a comunicarse a otras mujeres que actúan en consecuencia. En tercer lugar, el sistema penal puede favorecer la creación de estereotipos que la perjudican. Por ejemplo, se repite el mito de lo irracionales que son las mujeres que pretenden desistir del proceso penal, en aras de una reconciliación o en un intento de minimizar la violencia; se alude a la maldad de las mujeres que denuncian penalmente sólo para conseguir ventajas en la separación; o, contrariamente, se señala el absurdo proceder de las mujeres que denuncian y luego no quieren separarse. Como puede verse, es difícil librarse de alguna etiqueta negativa, puesto que el sistema penal sólo reconoce una actuación como convencional y etiqueta al resto como desviadas o incomprensibles⁵.

⁴ Vid. sobre Victimología en el Derecho Penal alemán, HASSEMER, WINFRIED. “Consideraciones sobre la víctima del delito”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, pp. 241-260. Idioma: español. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46360> Indica: “La protección de bienes jurídicos y la orientación hacia el autor se presentan últimamente desde otra perspectiva que proviene de la discusión jurídico-penal y político criminal del tradicional contrario del autor: la víctima. Las reflexiones que se hacen de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal podrían, posiblemente, cambiar a medio plazo y de forma efectiva el

Este tradicional olvido se pretende corregir por el legislador mediante la promulgación de leyes específicas de protección a las víctimas de un delito. La ley 4/2015 del 27 de abril⁵ del Estatuto de la víctima del delito viene a reconocer la necesidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito, y ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible no únicamente jurídica, sino también social a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en la esfera moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

clima político-criminal. Experiencias de otros países dan una idea provisional pero clara y fidedigna de este extremo” y “C) APRECIACIONES VICTIMOLÓGICAS: El desarrollo de la victimología, es decir, de la doctrina criminológica sobre la víctima, ha influido en la teoría del Derecho penal y del Derecho procesal penal. No se puede ver todavía, sin embargo, ningún cambio de tendencia en el «redescubrimiento» de la víctima por la teoría del injusto. En la actualidad, las propuestas de procedimiento no penal en los delitos de bagatela, aunque estén orientadas a la víctima, deben ser consideradas más bien como pautas que tienen que superar un examen crítico sobre garantías jurídico-penales y constitucionales. Lo que está claro hoy es que las reflexiones crecientes sobre la víctima pueden traer cambios importantes tanto en el Derecho penal como en el proceso penal y, desde luego, en la Política criminal. Tales cambios habrá que apreciarlos y valorarlos, al menos, en forma provisional”.

⁵ Vid. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101 de 28 de abril del 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606> que señala en su Exposición de motivos: “Los antecedentes y fundamentos remotos del presente Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

Respecto de España, este Informe destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo”.

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

Y se admite que ningún Estado miembro de la Unión Europea⁶ había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacando la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado estatuto.

Por tanto, la víctima, a pesar de ser la titular del bien jurídico protegido, no ha tenido un papel activo en la respuesta penal al hecho antijurídico. Puede que por el legislador y la doctrina se considerase que una mayor protección penal de la víctima iría en detrimento de los derechos y garantías del autor del hecho criminalmente responsable, teniendo como consecuencia un derecho penal vengativo y no un derecho penal civilizado y justo. Sin embargo, superada ya por la evolución histórica del derecho penal el exceso de la necesidad de la autotutela personal de la víctima, siendo sustituida por la tutela social del Estado, el delito pasó de ser una cuestión privada⁷ a tener una repercusión pública monopolizando, el Estado moderno, el derecho a castigar. Pero en este cambio de objetivos preferentes la víctima quedó relegada a sujeto pasivo del delito, una especie de víctima propiciatoria, de relevancia limitada para alcanzar la paz social, cuando, en realidad, el delito es la constatación más evidente del fracaso del Estado en el cumplimiento de su función de mantenimiento de la paz, la seguridad y la justicia.

El positivismo de finales del siglo XIX y principios del XX, ya dedicó atención doctrinal a la indemnización y atención a las víctimas del delito,⁸ pero en un

plano económico, sin abordar aún la visibilización y protagonismo de la víctima en la respuesta penal, como en épocas más contemporáneas sí se está afrontando.

Y es sintomático que el único título del Código Penal que regula la responsabilidad personal del autor hacia la víctima concreta (título IV del Libro primero arts. 109 a 126) se denomine “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales”,⁹ relegando la restitución, la reparación del daño, y los perjuicios materiales y morales inferidos a la víctima del delito a una cuestión económica, civil, cuya cuantía será determinada por el juez.

Esta invisibilización de la víctima del delito, cuyo protagonismo en la respuesta penal ha sido asumido exclusivamente por el Estado, está siendo contestada en los últimos años a la vista de fenómenos criminales de especial gravedad y repetitivos, como son los

España Moderna / Revista Ibero-Americana, 1905. Documento digital: <http://fama2.us.es/fde/indemnizacionALasVictimas.pdf>, señala el autor: “Diariamente escuchamos voces que se levantan a favor de aquellos que, acusados de un delito, han sido arrestados y sufrido una larga prisión, antes de que se haya celebrado el juicio. En los Parlamentos se discuten proyectos de ley encaminados a compensar pecuniariamente las prisiones preventivas no justificadas por sentencia alguna definitiva de un juez o de un tribunal. Pero mientras esto sucede, pocas son las personas que se preocupan de un problema que reviste un interés social no inferior sin duda al de los anteriores, a saber: el problema de la indemnización a las víctimas de los delitos.

Y, sin embargo, la verdad es que esta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delinquentes, que parece ser la única de que los actuales legisladores se preocupan.

Si la razón primera de la existencia del Estado es la tutela de los derechos de los ciudadanos, parece que cuando dicha tutela ha resultado inútil, deba aquella institución hacer algo por reparar el mal que no supo impedir, no obstante que, precisamente para impedirlo, perciba los impuestos y límite de mil maneras la libertad individual. El Estado es injusto si abandona a aquéllos que, confiados en la prometida garantía de los poderes sociales, no se previnieron contra las agresiones de los malhechores, como lo habrían hecho si hubiesen vivido en sociedades peor organizadas y menos civilizadas”.

⁹ Vid. “Art. 109 CP: 1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

“Art. 110 CP: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

⁶ Vid. DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo: “La Unión está comprometida con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia, y el Consejo ha adoptado la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (4). En el marco del Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (5), adoptado por el Consejo Europeo en su sesión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, se solicitó a la Comisión y los Estados miembros que analizaran cómo mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo para la protección de las víctimas, centrándose en prestar asistencia y reconocimiento a todas las víctimas, incluidas las víctimas del terrorismo, con carácter prioritario”.

⁷ Cfr. PANERO GUTIERREZ, R. Sobre los delitos privados en el Derecho Romano, “*delicta privata*”. *Derecho Romano. La justicia privada y su evolución*, *Esfera Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 134.

⁸ Cfr. Vid. DORADO MONTERO, P. “Indemnización a las víctimas del delito”, Traducción y estudio crítico de “Riparazione alle vittime del delitto” de GAROFALO, R. (1887), *Revista La*

delitos de terrorismo y violencia de género. Solo la compasión a la víctima¹⁰ no le otorga justicia, y únicamente la indemnización civil tampoco. Las asociaciones de víctimas del terrorismo y de violencia de género han forzado la visibilización social de quienes han padecido la acción de delinquentes que en muchas ocasiones han truncado la vida física, familiar, moral, y psicológica de miles de personas inocentes, provocando no solo una victimización primaria, sino una victimización secundaria por los efectos traumáticos del hecho lesivo, y una revictimización en el tiempo durante el largo trámite procesal legal.

Y esta nueva realidad social ha propiciado que la victimología, como disciplina que aborda el estudio multidisciplinar de las peculiaridades, necesidades, situación procesal y protección de la víctima (definición según RAE),¹¹ se haya situado en un lugar de preferente atención en los estudios penales y criminológicos.

2. El estatuto de la víctima del delito

La ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, no es el primer intento legal especial de protección a la víctima de delito. Con anterioridad a este cuerpo legal, existían algunas normas encaminadas a la protección de las víctimas de determinados delitos. Entre ellas:

- Ley 29/2011, del 22 de septiembre, de Reco-

nocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.¹²

- Ley 35/1995, del 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.¹³
- Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.¹⁴
- Real Decreto 1109/2015, del 11 de diciembre, por el que se desarrolla la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.¹⁵

Y la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (norma ya citada), que ha sido traspuesta a nuestra ley 4/2015, que comentamos.

Pero es con la ley 4/2015 con la que se pretende una regulación sistematizada de los derechos de las víctimas desde las dependencias policiales hasta la ejecución de la pena, lo que supone la participación activa de funcionarios, profesionales e instituciones como jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia, funcionarios de instituciones penitenciarias, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, abogados, médicos forenses y las oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

La estructura de la ley 4/2015 de 27 de abril consta de un título preliminar seguida de cuatro títulos, dos disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y seis disposiciones finales. El título pre-

¹⁰ Cfr. GRACIA IBÁÑEZ, J. “Justicia y política de la compasión en relación con las víctimas”.

Revista de Victimología | Journal of Victimology, Online www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com DOI 10.12827/RVJV.7.03 | N. 7/2018 | P. 77-106, quien indica: “Ser víctima de delito implica dolor y sufrimiento. Ante ello, la mera racionalización, aunque indispensable, parece quedarse corta. No obstante, la simple emocionalización tampoco resuelve nada: no se trata de limitarnos al reconocimiento del sufrimiento ajeno, sino de ayudar a superarlo interviniendo para recuperar la vida anterior al hecho que lo provocó en la medida de lo posible.

Al plantear, como solemos hacer a menudo, una separación entre compasión y justicia estamos tal vez minusvalorando el papel que la emoción compasiva tiene en la formación de un juicio acerca del sufrimiento de los demás. La compasión, al permitir colocarnos en la posición del otro y sentir en alguna medida el dolor que éste siente, es una forma de conocimiento que implica tanto percepción como imaginación. Aunque puede estar muy mediatizada por el prejuicio, ser inconstante y voluble u ocultar un cierto menosprecio fundado en una superioridad moral mal entendida. En cualquier caso, en su mejor versión, posee una dimensión social y política evidente”.

¹¹ Fuente: RAE. <https://dej.rae.es/lema/victimolog%C3%ADa>

¹² Vid. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. BOE núm. 229 de 23 de septiembre del 2011. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039>

¹³ Vid. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. BOE núm. 296 de fecha de 12 de diciembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26714>

¹⁴ Vid. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313 de fecha 29 de diciembre del 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

¹⁵ Vid. Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. BOE núm. 312 de fecha 30 de diciembre del 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14263

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

liminar contiene la definición del concepto de víctima y de sus derechos. El título I los derechos básicos, el título II la participación de la víctima en el proceso penal, el título III la protección de las víctimas y el título IV, bajo la denominación de disposiciones comunes, versa sobre las oficinas de asistencia a las víctimas, la formación, la cooperación y buenas prácticas y la obligación de reembolso de ayudas y subvenciones.

Tanto con la ley 1/2004, como con la ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito, se han introducido reformas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (como cuerpos legales penal y procesal), que pretenden proteger a la víctima (en el caso que nos ocupa, víctima de violencia de género) tratando de evitarle la revictimización a través de la carga administrativa, judicial y procesal que la denunciante debe soportar, y prestarle la asistencia social y económica que, como consecuencias del delito, pueda estar necesitando.

Desde la óptica social y pública, la víctima del delito se ha hecho visible. El legislador ya no puede legislar de espaldas a las víctimas. Sea por razones políticas electorales, sea por convencimiento moral, sea por la presión pública nacional o internacional, o por exigencia del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales suscritos por España, lo evidente es que el ordenamiento jurídico ya no puede preterir a la víctima del delito.

3. Concepto legal de víctima

El artículo 2 de la ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito,¹⁶ facilita un con-

¹⁶ Vid. Artículo 2. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima: “Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

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

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

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

cepto dual de víctima: “la víctima directa, persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”;¹⁷ y la “víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, (salvo que se trate de los responsables de los hechos)”, entre los que incluye a cónyuge, o persona unida por análoga relación de afectividad, hijos, progenitores, y otros parientes cercanos. El alcance de este concepto legal, que comprende a un número determinable de personas, nos ofrece un panorama compuesto, en cada delito concreto, por un conjunto indeterminado de víctimas a quienes, en ausencia de legislación especial, se relegaría al papel de sujetos pasivos a quienes el delincuente solo les “adeuda” una indemnización económica civil, fijada por los juzgados y tribunales (art. 115 CP).

4. Derechos de las víctimas

El artículo 3 de la ley 4/2015, “Derechos de las víctimas”,¹⁸ hace un relato descriptivo de una serie

se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

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

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”.

¹⁷ Cfr. ECHEBURÚA E. y CRUZ-SÁEZ, M.S. “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología | Journal of Victimology*. Online www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com DOI 10.12827-RVJV-1-03 | p. 83-96, ofrecen un concepto de víctima, donde destaca el daño físico y el trauma moral, inferido por el agresor, con las secuelas psicológicas que ambas agresiones puedan acarrear. “La víctima de un delito violento es un ser humano que sufre un malestar emocional a causa del daño intencionado provocado por otro ser humano. En esta definición hay dos componentes: el hecho violento en sí (agresión sexual, violencia contra la pareja, acoso, acto terrorista, tortura, entre otros) y el daño psicológico sufrido por la víctima, que se experimenta de forma inmediata (lesión psíquica) o que puede incluso cronificarse (secuelas emocionales)”.

¹⁸ Vid. “Artículo 3. Ley 4/2015, cit., Derechos de las víctimas:

1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o

de derechos, y empieza por el de protección, información, apoyo, asistencia y atención, participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios.

Puede que sea motivo de reflexión, cuando no de cierta perplejidad, observar que la norma tiene que recordar a autoridades y funcionarios (es decir, empleados públicos, es decir el Estado) que deben tratar a la víctima del delito con respeto, profesionalidad y de forma no discriminatoria (como si antes de este mandato legal existiera la constatación de que ese trato básico no existiera o no fuera exigible).

Continúa el citado precepto:

(...) y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

Justicia restaurativa, aquí la ley 4/2015 introduce un derecho que sí tiene relevancia en la visibilización penal sustantiva de la víctima del delito, en el presente trabajo, en el delito de la violencia de género.

En el preámbulo de la ley se hace una referencia a la inclusión de una posible actuación de los servicios de justicia restaurativa,¹⁹ afrontando la necesidad de superar las reticencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor, por la desigualdad moral que existe entre ambos. La actuación de esos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, teniendo como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima, el previo re-

no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

2. El ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y en las normas procesales que resulten de aplicación”.

¹⁹ Vid. Ley 4/2015, cit. “Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”.

conocimiento de los hechos esenciales por parte del autor, y la asunción del cumplimiento de la pena legal aplicable. Excluyendo, claro está, cualquier situación de riesgo para la seguridad de la víctima o de la causación de otro perjuicio.

El texto legal que comentamos vuelve a citar en los artículos 3, 5, 15, y 29²⁰ la pretensión legal de la justicia restaurativa, como derecho de la víctima, con las salvedades del consentimiento previo y ausencia de riesgo ya apuntado. Pero es de apreciar que en un cuerpo legal tan reciente en el tiempo (año 2015), y con el carácter de norma especial, no solo no se obvia esta forma de justicia penal, sino que se aborda expresamente reconociéndolo como derecho de la víctima, lo que, de aceptarse por ella, visibilizaría a la víctima en el proceso penal confiriéndole un papel activo en la respuesta penal que no suele ostentar, salvo en el orden procesal.

²⁰ Vid. Artículo 3. Ley 4/2015, cit. Derechos de las víctimas: Arts. 1 y 2, cit.

Artículo 5.1 k) Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes

“...//...k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible”

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

“1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

Artículo 29. Funciones de apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal.

“Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan”.

5. La victimología: ¿Hacia un nuevo concepto de justicia penal?

La determinación de un juicio de responsabilidad penal se construye con la identificación de una acción atribuible a un individuo —el sujeto activo— que atenta contra un bien jurídico de titularidad ajena —el sujeto pasivo— víctima del delito. La simplicidad de este planteamiento esconde, sin embargo, una mayor complejidad cuando se pretende, por razón de justicia restaurativa, que la víctima tenga una mayor relevancia en la respuesta penal. El derecho penal ha girado, fundamentalmente, sobre el estudio del autor del injusto y la amenaza legal de la pena que tal acción lleve aparejada, es decir, el delincuente y la pena han sido los protagonistas de esta rama del derecho. Pero últimamente, por la gravedad y repetición de determinados delitos, la víctima ha adquirido una relevancia que ya no es posible obviar en la respuesta penal.

Esta visibilización de la víctima ha propiciado que sea objeto de estudio como un campo escindido de la criminología,²¹ en cuanto referido a una realidad más amplia y especial que la general de la criminalidad, encontrados lógicamente en el interés común del estudio de las implicaciones del acto delictivo.

Aunque a principios del siglo pasado la escuela positivista²² ya destacó la importancia de incluir a la víctima en la política criminal, ha sido mucho más tardíamente cuando la atención por la víctima ha encontrado eco en la doctrina y en la legislación. Es sintomático que el primer cuerpo legal de protección integral de la víctima del delito sea del año 2015. El fenómeno de la criminalidad de masa ha obligado al criminólogo a enfrentarse con una dimensión del delito que había sido descuidada hasta bien entrado el siglo pasado. El terrorismo y la violencia de género,

junto a otros delitos repetitivos y graves, han propiciado un cambio de dirección doctrinal hacia la investigación victimológica, con un reflejo en la política criminal de los últimos años. Si al ciudadano le está prohibida la realización arbitraria del propio derecho, conforme regula el artículo 455 del CP,²³ si el delito ha dejado de ser un fenómeno privado para convertirse en público; si la venganza personal no tiene cabida en un Estado democrático y de derecho; y hasta la legítima defensa que es una reacción natural y entendible está reglada minuciosamente por el derecho penal —hasta el punto de que rebasados ciertos límites la víctima incurre en responsabilidad criminal— es indudable que debe ser el propio Estado quien se ocupe de las víctimas al igual que se ocupa de la represión del actuar injusto.

Los párrafos finales del apartado II del preámbulo de la ya citada Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, son un reconocimiento expreso y público de la falta de atención legislativa hacia la víctima, incluso de desatención hacia ella.²⁴ Y lo hace en unos

²³ Vid. Art. 455 CP: “1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

²⁴ Vid. Preámbulo II, final, de la Ley 4/2015:

“Así pues, el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado.

Efectivamente, con ese foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición.

El horizonte temporal marcado por dicha Directiva para proceder a su incorporación al derecho interno se extiende hasta el 16 de noviembre de 2015, pero como quiera que esta norma europea, de carácter general, está precedida de otras especiales que requieren una transposición en fechas más cercanas, se ha optado por abordar esta tarea en el presente texto y añadir al catálogo general de derechos de las víctimas otras normas de aplicación particular para algunas categorías de éstas.

Asimismo, se considera oportuno, dado que uno de los efectos de la presente Ley es la de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal, incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.

²¹ Cfr. PETERS, T. “Criminología y Victimología”, Resumen de la Mesa redonda: *Aportaciones de la Criminología a la Victimología*, Katholieke Universiteit Leuven. Documento digitalizado: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/10+-+Criminologia+victimologia.pdf>, quien señala: “El título de la mesa redonda, *Aportaciones de la Criminología a la Victimología*, pone el acento en la victimología en cuanto ciencia independiente referida a una realidad más amplia que la realidad de la criminalidad.

Ciertamente hay un desarrollo en la Victimología que se ocupa en general de los problemas de las víctimas de diferentes acontecimientos, entre los que la delincuencia se presenta como un mero aspecto”.

²² Vid. DORADO MONTERO, P., “Indemnización a las víctimas del delito”, Traducción y estudio crítico de “Riparazione alle vittime del delitto” de GAROFALO, R., (1887), cit.

términos de los cuales se desprende que las víctimas ya no van a ser relegadas de la respuesta penal, por cuanto dicho texto legislativo pretende no solo responder a las exigencias mínimas que fija el legislador europeo (ver la directiva 2012/29 UE ya citada), sino de un objetivo más ambicioso, trasladando las demandas y necesidades de la sociedad española, “en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”. La aceptación de esta realidad legislativa, de preterición de la víctima en la respuesta penal, obliga a reconocer (en el texto legal que comentamos) una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición, pretendiendo ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas del delito.

Hace tan solo unos años era impensable ver juntos, en una misma sede física judicial, un órgano de enjuiciamiento del presunto autor del hecho delictivo, y una oficina de asistencia a la víctima (en Andalucía, las sedes del SAVA). Esta visibilización social de la víctima ha propiciado que la doctrina penal, y la criminología en particular, reflexionen sobre los sujetos del delito, que no es solo el autor del injusto, sino también el titular del bien jurídico dañado. Y abordado el estudio desde este nuevo presupuesto, las aportaciones de la criminología a la victimología parecen importantes, pero también la aportación de la victimología a la criminología, al haber ampliado, de una manera fundamental, el alcance, el análisis y la investigación de la delincuencia. La reacción social contra la delincuencia, desde el primer contacto entre víctima y policía, hasta la fase jurisdiccional y procesal, plantean nuevos retos en orden no solo a la represión, sino a la prevención de las conductas antijurídicas. Ya no es asumible una política criminal obviando a la víctima de la respuesta penal. Solo el derecho al ejercicio de la acusación particular, como facultad procesal, no resulta suficiente. No es infrecuente asistir a la conformidad del acusado con los hechos y pena de la acusación pública, para conseguir una sustancial rebaja de la pena (y la posible suspensión condicional de la pena para no ingresar en prisión), y al no existir acusación particular, dictarse sentencia firme. Y en el caso de existir acusación particular, con petición de

mayor pena dentro de los tramos legales, dictarse sentencia de acuerdo con la petición de la acusación pública aceptada por el acusado, aunque con el derecho a recurrir por la acusación particular. En ambos casos, dejando a la víctima asumiendo sola su propia acción reivindicativa procesal.

La figura de la negociación de la pena, y la conformidad con la misma por parte del acusado, el *Plea Bargaining*,²⁵ propia del derecho procesal norteamericano, asumida también en el derecho procesal español fundamentándolo en la simplificación y economía procesal, no siempre es favorable a la víctima. A veces, las rebajas de la pena llegan a extremos mínimos y muy frecuentemente encaminados a evitar la entrada en prisión del agresor con la concesión de la suspensión condicional de la pena de privación de libertad, significando en la práctica que se aplica una justicia penal dispositiva —contraria a su prohibición— y propiciando una perversión de la justicia penal, de la cual no es precisamente la víctima la beneficiaria, sino el agresor.

La víctima no puede seguir siendo la gran olvidada, la cenicienta del derecho penal.²⁶ El derecho victimal, a nivel internacional, tiene su punto de partida en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/34, del 29 de no-

²⁵ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C. “El ‘Plea Bargainin’, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades ‘low cost’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>, donde el autor “analiza el fundamento y características del sistema de conformidad o ‘plea bargaining’ de origen norteamericano, tanto en sus aspectos positivos como negativos. En particular se estudian los requisitos de la conformidad, su voluntariedad y su naturaleza jurídica. Se analiza el desplazamiento del juez como eje sustancial del procedimiento y la problemática de la condena a inocentes. También se hace referencia a la influencia de este sistema en el proceso penal español”.

²⁶ Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA, L. “Derecho victimal y victimodogmática”, en *Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Núm. 26. pp. 131-141, <https://www.ehu.es/documents/1736829/2177136/R+ManzaneraEguzkilore+26-15.pdf> quien mantiene que “en la última década del siglo xx, proliferan en todo el mundo las disposiciones legales que reconocen derechos a las víctimas, que en este siglo van llegando a gozar de una progresiva cobertura muy apreciable (México ha realizado ya cuatro reformas constitucionales, mejorando sustancialmente la situación jurídica). Los principios que guían al Derecho Victimal marcan su diferencia respecto del Derecho Penal, y son necesarios para lograr el respeto a la dignidad de la víctima, su efectivo acceso a la justicia, la creación de la necesaria legislación y su adecuada interpretación y aplicación”.

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

viembre de 1985.²⁷ Actualmente, la dogmática penal evoluciona hacia la victimología,²⁸ hacia una nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz.²⁹

²⁷ Vid. “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Victim-OfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

“Acceso a la justicia y trato justo.

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzará, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.

²⁸ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A. “La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, *in dubio pro reo*; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)”. Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminológica, Universidad del País Vasco, N° 1 (agosto-diciembre), 2008, indica: “En la dogmática penal del ayer, el axioma *in dubio pro reo* significó un avance importante en la historia de la dogmática penal y ciencias afines, pues cercenó la violencia, la agresividad, la venganza, etc. La dogmática penal de hoy pretende, desde diversos puntos de vista, superar la dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas. Muchos gobernantes, políticos, sociólogos, juristas y teólogos no reconocen a las víctimas toda su dignidad ex post, por el hecho de su victimación. La hermenéutica victimal considera a las víctimas, en estas y/o similares circunstancias, como “protagonistas axiológicas” porque son sujetos activos de valores e intereses superiores.

²⁹ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A. “La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz”. *Derecho Penal Contemporáneo*:

No se trata de volver a la justicia privada cuando se propugna el protagonismo a la víctima. Pero sí es necesaria la conciliación de la respuesta penal y la participación activa de la víctima, puesto que es la titular del bien jurídico protegido, y la represión penal del autor (con el efecto preventivo que conlleva) le atañe muy directamente. Las víctimas no son sujetos pasivos, sino sujetos activos de valores e intereses superiores, protagonistas axiológicos. La mujer que defiende su libertad, su integridad, su dignidad, y resulta agredida por un machismo injusto, y ve conculcados esos bienes jurídicos no puede ser considerada sujeto pasivo ni en la dogmática ni en la política criminal.

Quizás debamos reflexionar sobre la necesidad de elaborar un nuevo concepto de justicia penal. La ciencia penal y el desarrollo del Estado moderno proscribieron la venganza, el ojo por ojo, y todas las respuestas primitivas al actuar injusto. Y aportaron a la política criminal y a los códigos penales, hasta nuestros días, un modelo de justicia penal que ha civilizado y humanizado la pena aportando garantías procesales y principios penales de intervención mínima, presunción de inocencia, y de *in dubio pro reo*, entre otros que conforman los pilares de un derecho penal moderno. Pero, al final, puede observarse que la respuesta penal al delito ha venido girando en torno al “dueto” delincuente-pena. A la víctima, como sujeto pasivo de la acción antijurídica, se le otorgaba el derecho procesal de la acusación particular, y al resarcimiento económico. Pero en un proceso evolutivo de la delincuencia grave y repetitiva, (terrorismo, violencia de género), y de una concienciación social de los perjuicios personales (y colectivos) de esa criminalidad incontrolable, surge la voz de las víctimas, organizadas en asociaciones civiles, políticas, y en movimientos sociales y mediáticos que han obligado a los poderes públicos a reelaborar la política criminal con cuerpos legislativos de protección integral de las víctimas (entre ellas, la ya reiterada ley 1/2004), y a la doctrina abordar el estudio de la victimización como cuerpo científico sustantivo.³⁰

Revista Internacional, N° 14, 2006, pp. 65-86, en este sentido expresa que “Las visiones tradicionales de ética, conocimiento, justicia y paz, no han producido los resultados esperados dentro del conflicto penal. El desarrollo de la sociedad obliga a evolucionar las soluciones, razón por la cual, se deben buscar nuevas cosmovisiones y herramientas forjadoras de la naciente justicia restaurativa y la nueva paz”.

³⁰ Cfr. TAMARIT SUMALLA. “El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars Iuris Sal-*

Ya no es concebible una dogmática penal, o criminológica, sin mención alguna al estudio de la victimología, movimiento victimológico en expresión de la doctrina.³¹ La ecuación clásica castigo legal es

manticensis: aís: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, Vol. 1, Nº. 1, 2013, pp. 139-160. Se refiere a “1. UN NUEVO CONCEPTO DE JUSTICIA: Desde finales del siglo xx los programas de justicia restaurativa han tenido un amplio desarrollo a nivel mundial. También han proliferado las críticas y se han publicado diversas evaluaciones empíricas, que invitan a una reflexión serena sobre sus potencialidades y sus límites. La irrupción de la justicia restaurativa nos ofrece la oportunidad de revisar la visión del mundo propia de la justicia penal convencional y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia. Pero la justicia restaurativa tiene variados y poderosos enemigos y debe asumir el reto de acreditarse ante las voces críticas o escépticas. La aprobación de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen los contenidos mínimos comunes del estatuto de la víctima, constituye una ocasión para revisar sus aspectos más problemáticos. Esta norma comunitaria, de obligado cumplimiento por los Estados miembros de la Unión Europea, expresa tanto las cautelas existentes en ciertos sectores ante estas nuevas prácticas de justicia como la voluntad de darles un decidido impulso. En este artículo vamos a examinar algunos de esos aspectos, con el objetivo de establecer las necesidades que se plantean ante la nueva Directiva, en particular en el contexto español.

Tras un análisis de la evolución que ha experimentado la teoría y la práctica de la justicia restaurativa, entiendo que esta sigue siendo una opción válida. En el mercado de los conceptos alternativos de justicia han surgido muchos competidores, bajo fórmulas como «jurisprudencia terapéutica», «justicia procedimental», «justicia comprensiva» o «colaborativa», o los «tribunales de resolución de problemas». La aparición de «nuevos paradigmas» no ensombrece la luz que aporta la idea de justicia restaurativa, sino que confirma la validez de su intuición original y refuerza su solidez, destacando como la solución más probada y que mejor soporta la crítica.

La justicia restaurativa se ve obligada a abrirse camino frente a las arraigadas concepciones en que se basan las viejas y todavía poderosas formas de la justicia penal.

La justicia restaurativa antepone las necesidades reales de los sujetos, la comunicación emocional, la ética del cuidado o los objetivos de pacificación sobre la concepción idealista de la justicia”.

³¹ Cfr. LANDROVE DIAZ, G. “Las víctimas ante el Derecho español. El movimiento victimológico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 21, 1998. pp. 173 y ss.

https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4106/pg_173-214_penales21.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Landrove introduce una reflexión histórica, dura pero cierta, sobre el apartamiento de las víctimas de la repuesta penal: “Como es sabido, el nacimiento de la Victimología se vincula a la preocupación de algunos cultivadores de la Criminología y de la Sociología criminal por la víctima del delito, su personalidad y, sobre todo, sus relaciones con el victimario. Hasta entonces la víctima había sido ignorada por el Derecho Penal y Procesal, la Política criminal y la Criminología.

En concreto, el Derecho penal ha estado —y sigue estando, en gran medida— orientado hacia el delincuente. Con cierta crudeza ha llegado a esquematizarse la situación en los siguientes términos: en un caso de homicidio, por ejemplo, preocupa el homicida, su captura, enjuiciamiento, condena y rehabilitación. La víctima, por el contrario, no plantea problema alguno: basta con enterrarla.

igual a justicia, debería ser revisada para incluir en un concepto integral de justicia la reparación adecuada a la víctima. Ya no se sostienen intelectualmente ni una política criminal, ni unas reflexiones doctrinales, sin un acercamiento positivo y emocional a la víctima del delito.

Tampoco puede el Estado moderno invocar que un cambio en el concepto de justicia integral fuese una aventura injustificada, arriesgando una estructura de respuesta penal ya consolidada y con unos efectos óptimos para la paz social. Las víctimas han renunciado a la venganza, pero no a ser oídas. Y mientras se clame por “justicia para las víctimas”, no puede hablarse de paz social. Más de mil mujeres asesinadas entre los años 2003 y 2019 a manos de sus parejas, como delitos de violencia de género, no es precisamente una acreditación de paz social que el Estado pueda invocar para no evolucionar en el tratamiento penal de estas actuaciones antijurídicas.

Por otra parte, la presión internacional a través de instrumentos de aplicación directa o de trasposición necesaria no permite que los Estados puedan inhibirse

Tal estado de cosas no es fruto de la casualidad; como subraya HASSEMER, el Derecho penal nace —precisamente— con la neutralización de las víctimas. En efecto, la concepción de la pena como garantía de un orden colectivo cuyo mantenimiento corresponde al Estado, no aparece, obviamente, hasta el siglo xviii y rompe con las fórmulas punitivas anteriores, al habilitar el enjuiciamiento de los delitos desde un punto de vista colectivo, ajeno a toda idea de odio o venganza contra el delincuente. Con anterioridad al reconocimiento del “ius puniendi”, estatal el castigo de los hechos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada y en un régimen de autotutela; en la administración de la justicia penal la víctima o sus allegados desempeñaban un papel protagonista. Así concebida la reacción penal, su crueldad se fue aminorando con el paso de los tiempos e instituciones que hoy parecen salvajes y primitivas, como el Talión, supusieron plausibles intentos de superar criterios pretéritos para los que la aplicación de la pena se hacía en forma absolutamente arbitraria por las propias víctimas.

En cualquier caso, el protagonismo de la víctima se va difuminando hasta casi desaparecer desde el momento en que el Estado monopoliza la reacción penal, prohibiendo a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses. Incluso instituciones tan obvias como la legítima defensa aparecen hoy minuciosamente regladas: la víctima de un ataque antijurídico puede defenderse —y en ocasiones con grave daño de su agresor—, pero la ley impone el respeto de ciertos límites que, rebasados, acarrearán indefectiblemente responsabilidad criminal.

Paralelamente, entre los temas de estudio de la Escuela clásica (el delito, la pena y el procedimiento), de la positiva (el delincuente, sobre todo), y de la correccionalista (obsesionada con la corrección del delincuente), no se hizo un lugar a las víctimas de los hechos criminales. Abandono que habría de durar hasta bien entrado el siglo xx, tanto en la especulación criminológica como en la jurídico-penal. Y en España hasta casi el siglo xxi”.

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

de legislar sobre la adecuada protección a las víctimas y su protagonismo en la respuesta penal.

6. La legítima defensa de la víctima en la violencia de género

Los delitos de maltrato sobre la mujer por su pareja (maltrato no ocasional, sino mantenido en el tiempo durante la relación y después de ella) en sus dos vertientes típicas penal, maltrato físico y psíquico (art. 153 CP) pueden convertir a la víctima en un rehén del maltratador, en una especie de secuestrada emocional con importantes consecuencias, y secuelas físicas y psíquica para la víctima. Esta agresión ilegítima, como otras que puedan producirse en el mapa delictivo general, puede tener el efecto de acción-reacción en forma de legítima de defensa por parte de la víctima, con una previsión legal de exención de responsabilidad criminal conforme al artículo 20.4° CP.

Sin embargo, tanto de las exigencias del tenor literal del precepto, como de la interpretación jurisprudencial que lo complementa, no parece, al menos *a priori*, susceptible de ser aplicado de manera pacífica a la reacción en un momento de no confrontación directa entre agresor y víctima. Los requisitos que exige la norma para la correcta aplicación de la eximente no son compatibles, a partir de la simple lectura de su literalidad, con la reacción en un momento distinto en el tiempo al de la agresión.

Se requiere agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del defensor. Estos tres elementos deben concurrir en la reacción del defensor agredido ilegítimamente, conforme a la doctrina clásica, para la aplicación de la eximente completa. A falta de alguno de ellos (generalmente, la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para impedirlo o repelerla), podría ser causa de una eximente incompleta, aplicándose como atenuante del artículo 21-1ª CP.

No obstante, lo que aparentan ser tres requisitos claros y determinados, en la práctica judicial puede dar lugar a interpretaciones subjetivas, especialmente al momento de la valoración de la “racionalidad” del medio para impedirlo o repelerlo, y de la simultaneidad en el tiempo de la agresión-defensa. El requisito de la proporcionalidad constituye un juicio de valor entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la

agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos.

La Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 8 de enero 2019, número 699/2018, revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en la que se aplicó solo una eximente incompleta a una mujer que se defendió de una agresión de su pareja.³² La parte contraria alegaba que al haber cesado

³² Vid. Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 8 de enero 2019, número 699/2018, que revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección segunda: “SEXTO. - El tercer motivo del recurso de Penélope, como se ha anunciado, reclama que la legítima defensa se aprecie en su condición de eximente y no como mera atenuante. Se cumplirían todos los requisitos legales, incluida la necesidad racional del medio que es lo que llevó a la Audiencia a no aplicar el art. 20 CP, sino el 21.1. En posición antagónica el otro recurrente niega que pueda ser apreciada ni en su forma completa ni en la incompleta: la agresión habría cesado ya. Por tanto, no puede hablarse de legítima defensa; sino en todo caso de vindicación. Las actitudes amenazadoras o las mismas amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato pueden integrar la agresión ilegítima recogida en el art. 20.4° CP como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa, si las circunstancias que las rodean son tales que permiten llevar al amenazado a la razonable creencia de un acometimiento o ataque cuya inminencia no es descartable (SSTS 11 de octubre de 1986; 22 de enero de 1987; 14 de febrero de 1989; 3 de abril de 1992). En este caso la agresión que se estaba llevando a cabo se había interrumpido. No afirma el hecho probado que hubiese finalizado. El adverbio momentáneamente que se consigna al referir cómo el agresor deja el cuchillo, parece sugerir que no se trataba, al menos en apariencia, en la percepción que pudiera tener Penélope, de un abandono del arma por darse por finiquitado el episodio. Eso lleva a la Audiencia con acierto a considerar que estábamos ante una agresión actual a los efectos del art. 20.4 CP. Todavía no podía considerarse cesada. Hay que combinar eso con las amenazas que acababan de salir de labios del agresor y que se referían a un futuro muy próximo o inmediato, así como con las circunstancias de lugar y tiempo que invitaban a creer en la real posibilidad de que ese propósito anunciado fuese efectivamente cumplido. La agresión padecida unida a la amenaza emitida (y percibida como factible de ser culminada enseguida) componen un escenario en el que se puede hablar con rigor y propiedad de la agresión ilegítima erigida en presupuesto esencial de una legítima defensa. Estas consideraciones hacen claudicar la objeción del recurrente (STS 205/2017, de 28 de marzo).

SÉPTIMO. - Mejor destino aguarda a la queja de la recurrente. Ciertamente si nos atenemos rigurosamente al hecho probado no puede hablarse de desproporción en la reacción. La necesidad racional del medio ha de ser medida no como en un laboratorio, sino “in casu”, situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias (alternativas, situación, posibilidades). Aquí exigir de la víctima, de menor fortaleza física que el agresor, arrojada al suelo y anulada por Gumersindo, otro medio de defensa que el que se le presentó cuando se percató de que el cuchillo que había tenido situado en el cuello fue soltado por el agresor, no parece ponderado. No es sencillo imaginar otra acción defensiva idónea. Máxime si se tiene en cuenta —en apreciación que ha llevado a la Sala a modificar el título de imputación considerando que son unas lesiones— que solo causó una herida leve y que tras comprobar que la agresión, ya sí, debía tenerse por cesada y el

la agresión (la de él), no podía hablarse de legítima defensa (la agresión de ella), sino de vindicación, por lo que no cabría, en su opinión, causa de eximente en ninguna de sus dos tipicidades, completa o incompleta.

El caso de esta sentencia abre la puerta para la apreciación de la legítima defensa, como causa de justificación o exclusión de la antijuridicidad, incluso en los supuestos de respuesta en los que la agresión ilegítima ha quedado interrumpida o cesada.

La doctrina clásica³³ postula que la agresión ilegítima debe ser presente o actual, no pudiéndose apreciar legítima defensa cuando la agresión ha cesado o aún no ha comenzado. Por lo que la necesidad de defensa justificativa solo se daría cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedir la. Ilustrándose con el repetido caso de quien mata al agresor cuando este huye, disparándole por la espalda.

Sin embargo, en los delitos de violencia de género de maltrato habitual la víctima puede estar sumergida en una situación de permanente agresión o de inminente agresión (física o psicológica) lo que no permite *prima facie*, descartar absolutamente la aplicabilidad de la eximente en caso de respuesta proporcionada. Las actitudes amenazadoras constantes, las amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato, puede integrar la agresión ilegítima del artículo 20-4º CP como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa (Sentencia TS 699/2018 ya citada).

Por tanto, analizando el requisito de la contemporaneidad de la agresión ilegítima-respuesta con *animus defendendi*, y no necesariamente vindicativo, y pudiendo apreciarse que en algunos casos (especialmente en los de maltrato habitual que aquí estudiamos), puede no concurrir esa sincronización en el tiempo agresión-respuesta, se abre un portillo (quizás discutible en algún sector de la doctrina científica) para apreciar la legítima defensa en acciones llevadas a cabo por la víctima de violencia de género sin mediar, solo en ese preciso y único instante, la agresión

peligro conjurado, depuso esa actitud sin intentar realizar nuevos apuñalamientos y auxiliando a Gumersindo (vid. STS 593/2009, de 29 de mayo). Hay razones para apreciar la eximente del art. 20.4 CP y absolver a la recurrente, acogiendo así también la adhesión que a este punto ha exteriorizado el Fiscal”.

³³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 349.

ilegítima que sirve de base, como uno de los requisitos legales, a la exclusión de la antijuridicidad.

Y precisamente, por cuanto estaríamos ante supuestos de legítima defensa, y no de exculpación, es por lo que la respuesta de la víctima también tendría amparo doctrinal en la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcado por la agresión antijurídica.³⁴ Cuando el Estado, que por tener la exclusividad del poder sancionador, y que por ello asume el deber de asegurar la paz social y la seguridad de los ciudadanos, no alcanza a impedir los actos continuos y repetitivos de violencia de género, no puede exigirle a la víctima una actitud pasiva a la espera solo de la respuesta judicial que en su momento llegue. Cuando los mecanismos preventivos públicos fallan, es comprensible la aparición de casos en los que la respuesta se aparte de los modelos tradicionales estudiados tanto por la ciencia del derecho penal como por la jurisprudencia.³⁵

En casos extremos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 166/2010, de 8 de noviembre del 2010,³⁶ del Tribunal del Jurado, absuel-

³⁴ Vid. En ese sentido MUÑOZ CONDE, F. “*La legítima defensa, fundamento y naturaleza*”, op. cit., p. cit.

³⁵ La exigencia legal y jurisprudencial (esta última, aunque con variantes, en función de los hechos concretos enjuiciados), se fundamentan, básicamente, en alejar de la legitimidad jurídica de la acción de defensa a la acción de venganza. Echeburúa (op. cit., p.cit), desarrolla también una reflexión en torno a esta misma reacción.

³⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 166/2010, de 8 de noviembre del 2010.

“Hechos probados:

De conformidad con la valoración que de la prueba practicada en Juicio oral y público han realizado los 9 miembros del Jurado y ateniéndome al resultado del acta de votación leída en audiencia pública, y que recoge su veredicto, debo declarar y declaro probados los siguientes hechos: 1.- La acusada, M.P.M.R., contrajo matrimonio canónico con J.A.G.S. el 20 de octubre de 1965, cuando tenía 19 años y se encontraba embarazada, y ambos convivían en el domicilio sito en la CALLE000 NUM001, de la localidad de Tafalla. 2.- Desde el principio del matrimonio la Sra. M.P.M.R. ha venido recibiendo por parte de su marido múltiples agresiones físicas y vejaciones morales de todo tipo y condición. 3.- Dichas agresiones y vejaciones se extendieron hasta la madurez de sus cuatro hijos mayores, con diferente intensidad según los casos. 4.- M.P.M.R. no se atrevió nunca a formular denuncias ante la Policía ni a solicitar la separación o divorcio, debido a la educación recibida y profundas convicciones religiosas.

5.- Entre las 21 horas y las 21:40 horas del día 2 de noviembre de 2009 M.P.M.R. y su esposo, J.A.G.S., mantuvieron una fuerte discusión en su domicilio de la CALLE000 nº NUM001 de la localidad de Tafalla. 6.- Durante la expresada discusión J.A.G.S. propinó a M.P.M.R. una fuerte bofetada con la mano derecha. 7.- Dicha bofetada hizo que hizo que M.P.M.R. perdiese el equilibrio

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

ve a una mujer víctima de malos tratos, que causa la muerte de su marido.

Las situaciones en las que viven muchas mujeres maltratadas, de permanente o intermitente agresión física o psíquica, obliga a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la posible respuesta de la víctima. La inexistencia al tiempo preciso de la respuesta de una agresión ilegítima no puede excluir automáticamente la legítima defensa, aunque no es descartable que pueda concurrir un miedo insuperable, por ejemplo, debiendo quizás apreciarse una causa de exculpación,

y se golpeará con la mesa. 8.- M.P.M.R. no inició ni provocó en ningún momento la pelea que acaeció en el domicilio. 9.- Acto seguido M.P.M.R., sin buscarlo a propósito, cogió un cuchillo de cocina que se encontraba casi al lado de donde ella se apoyó. 10.- M.P.M.R. cogió el cuchillo con ánimo de defenderse y, tratando de conseguir que J.A.G.S. desistiera de la agresión, le manifestó “no me vuelvas a poner otra vez la mano encima”. 11.- En ese momento J.A.G.S. se abalanzó nuevamente sobre su esposa y ésta, para evitar que continuara la agresión, estiró el brazo derecho con el cuchillo en la mano, causándole una lesión erosiva en la cara antero externa del brazo izquierdo. 12.- J.A.G.S. agarró a M.P.M.R. del brazo derecho -en cuya mano llevaba el cuchillo-, causándole dos hematomas. 13.- A continuación, M.P.M.R., cambiándose el cuchillo de mano, retiró hacia atrás el cuchillo que mantenía en alto y él le propinó un nuevo empujón que le desplazó hasta la zona de la fregadera de la cocina. 14.- Una vez allí el Sr. J.A.G.S. la agredió nuevamente en el brazo izquierdo causándole un hematoma más. 15.- Como consecuencia de estos hechos la acusada sufrió unas lesiones consistentes en un hematoma en tercio inferior de brazo izquierdo, hematoma en cara lateral externa de la rodilla izquierda de 4 por 5 cms, herida peringuneal de 0,2 de longitud en dedo de mano derecha y dos hematomas en el brazo derecho. Lesiones que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa y que tardaron en curar 5 días sin secuelas y sin incapacidad para sus ocupaciones habituales. 16.- En el curso de la discusión descrita, M.P.M.R. creyó fundadamente que J.A.G.S. iba a agredirle y actuó en todo momento para evitar que J.A.G.S. le agrediera, sintiendo tal temor al pensar que iba a hacerlo en ese momento que ello le provocó una leve disminución de su voluntad. 17.- M.P.M.R. ejecutó directa y materialmente, por sí misma, la acción de clavar un cuchillo, de los utilizados para cortar el pan, con una longitud total de 25 cm., 13 cm. de empuñadora y 12 cm. de filo, en la zona del pulmón izquierdo, concretamente en la línea medio clavicular del segundo espacio intercostal, de J.A.G.S., causándole la muerte por hemorragia masiva ocasionada por la sección del paquete vascular pulmonar del pulmón izquierdo. 18.- M.P.M.R. llamó al 112 comunicando los hechos sucedidos. 19.- Dicha llamada se produjo antes de que se hubiera iniciado ningún tipo de procedimiento policial o judicial contra M.P.M.R. 20.- Inmediatamente de haberse producido los hechos, M.P.M.R. taponó la herida de su marido con trapos y toallas, tratando de evitar la muerte de éste, solicitando por teléfono la presencia de una ambulancia. 21.- M.P.M.R. ha resarcido íntegramente los perjuicios morales y económicos producidos a los 5 hijos por la muerte de su padre. Asimismo, con arreglo al veredicto emitido por el Jurado, no ha sido probado: ni que durante la discusión y forcejeo relatados la acusada hubiese dirigido el cuchillo contra J.A.G.S.; ni que se hubiese representado como altamente probable o como posible que durante el forcejeo se clavara el cuchillo en el pecho de J.A.G.S.”.

o incluso un estado de necesidad, todavía dentro de la exclusión de la antijuridicidad.

La doctrina, abordando el análisis de la legítima defensa en la violencia doméstica,³⁷ considera que la falta de la actualidad de la defensa (con respecto a la agresión), no es un requisito autónomo, sino exclusivamente una forma de precisar la necesidad de la defensa. La casuística brinda supuestos en los que la acción de la víctima de maltrato habitual, movida por el *animus defendendi*, lleva a cabo su defensa cuando le es posible defenderse, quizás en la única ocasión que pueda hacerlo, habida cuenta de su inferioridad física y dependencia psíquica, y en otros órdenes, del maltratador.

En el ámbito territorial interamericano, conformado en la Organización de Estados Americanos (OEA), la “Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI”,³⁸ sobre legítima defensa y violencia

³⁷ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho penal”, *Rev. Jueces para la democracia*, nº 23, 1994.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598> “... diversas autoras penalistas han reaccionado preguntándose en base a qué razones el marido que ha estado apalizando a su mujer puede alegar lo “inesperado” del ataque.

Finalmente, es también destacable la insuficiente fundamentación con la cual los Tribunales rechazan la alegación de la eximente de legítima defensa.

En todas las sentencias consultadas he podido ver que los casos más dramáticos en los que la mujer ha matado para protegerse y especialmente para proteger a sus hijos, el Tribunal ha considerado normalmente la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio para producir una atenuación o exención de la pena.

Ello es indudablemente un recurso expeditivo. Sin embargo, quisiera observar que con ello se hurta el debate de si la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, mata a su marido, está justificada, excusada, o ninguna de las dos, por el Derecho.

Esta problemática queda relegada al ámbito de la patología individual y con ello las mujeres aparecen, tras su paso por el sistema penal “trastornadas”.

El argumento más usado para negar la legítima defensa es la falta de la actualidad de la agresión. La sorpresa, en este caso ya menor, que produce este razonamiento es similar a lo expuesto en las dos notas anteriores. ¿Cómo puede exigirse que la agresión sea actual, en el sentido de estar produciéndose, y pretender que la mujer acabe con vida? Con razón ha declarado el Tribunal Supremo norteamericano que exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer maltratada a “una muerte a plazos”.

³⁸ Vid. *Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará* (MESECVI), de la OEA, 1994, Documento digital: <http://www.oas.org/es/mese cvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (sitio de su adopción en 1994), define la violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

contra las mujeres, ha reconocido que la violencia contra las mujeres en la región continúa siendo una realidad, particularmente visible en lo que respecta al feminicidio, y especialmente, aunque no exclusivamente, a la violencia cometida por parejas o exparejas sentimentales en contra de las mujeres.³⁹

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, también conocida como la Convención de Belém do Pará⁴⁰, entró en vigor en 1995. La convención afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y que limita de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres. La convención, además, define la violencia como “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Y en ese marco de reconocimiento de la violencia contra las mujeres, aborda el análisis de la respuesta judicial ante la aplicación de la eximente de legítima defensa, llamando la atención el comité de la situación que se viene produciendo en el caso de que muchas mujeres, que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de violencia de género (es decir, de respuesta ante una agresión ilegítima) resulten procesadas por el delito de homicidio o de lesiones, a pesar de haber actuado en legítima defensa, propia y de la de sus hijos.⁴¹ Ade-

Propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

³⁹ Vg. En México, según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre enero y julio de 2019, se produjeron 1610 “presuntas víctimas mujeres de homicidio doloso: tendencia nacional”.

<https://drive.google.com/file/d/1BrVmYqC4oVTWYlAxiPabX71hWaWOaB5/edit>

⁴⁰ Vid. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 1994.

<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPA-NOL.pdf>

⁴¹ En el apartado C del informe de la Convención, cit., “Valoración de pruebas con perspectiva de género aplicada a procesos penales y legítima defensa”, se concluye: “El CEVI llama la atención sobre la necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres, que les impide gozar de sus derechos en pie de igualdad con los hombres. Esto demanda un esfuerzo en la valoración de las pruebas en situaciones de legítima defensa; especialmente, cuando la legítima defensa se alega

más de los problemas estructurales en el acceso a la justicia de mujeres en diversas regiones. Destacando el comité la necesidad de llamar la atención de las organizaciones gubernamentales que componen la OEA de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en esos juicios.⁴²

en el marco de relaciones abusivas y en el ámbito doméstico. No valorar las pruebas de un caso con un enfoque de género apropiado conlleva a reproducir sesgos que invisibilizan la violencia contra la mujer, contribuyendo a la imperante impunidad que rodea este fenómeno. Esto es sumamente problemático si se tiene en cuenta que la impunidad perpetúa estereotipos negativos sobre las mujeres que terminan, de alguna manera, culpabilizándolas o victimizándolas de su propia agresión.... Y en el apartado D. Conclusiones y recomendaciones: “Aplicar la perspectiva de género en los procesos de juzgamiento donde las mujeres víctimas de violencia son acusadas de matar o lesionar a sus agresores en legítima defensa de sus derechos o de terceros (esto último incluye cuando las mujeres defienden la vida o integridad física de sus hijos, hermanos, madres y está relacionado con el femicidio en relación, ya que como sabemos el agresor en vez de matarla a ella intenta matar a personas de su círculo íntimo como acto de sufrimiento hacia la mujer), exige un cambio de paradigma o cristal con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley penal y procesal, erradicando de todo razonamiento la aplicación de estereotipos de género que imperan en nuestra sociedad y en el sistema de justicia en particular. Es decir, incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, ya que la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial de juzgamiento. Para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser una herramienta útil”.

⁴² Diversos Tribunales han identificado estas situaciones y han aplicado dicha perspectiva en sus sentencias, tomando nota del contexto de violencia de género en el que se encontraban las mujeres. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha sido enfática en que las mujeres que sufren violencia doméstica y enfrentan cargos penales por haber agredido a sus victimarios deben ser juzgadas con perspectiva de género. La Convención, en su artículo 4, menciona el derecho de las mujeres a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral, así como su derecho a la “igualdad de protección ante de la ley y de la ley”. Asimismo, en su artículo 7 menciona la obligación de los Estados Parte de tomar todas las medidas necesarias para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, así como la obligación de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Asimismo, en repetidas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado la obligación de análisis de pruebas con perspectiva de género.

El CEVI analizará las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención de asegurar el acceso de las mujeres a la argumentación de la legítima defensa en aquellos casos en los que, como respuesta a la situación de violencia vivida, hayan incurrido en dicha conducta. Para ello, primeramente, se analizarán los requisitos para la configuración de legítima defensa de acuerdo a la teoría del derecho penal desde el derecho comparado tomando en cuenta resoluciones emitidas por tribunales nacionales en la región, así como a la luz de los estándares de la Convención. Seguido, se hará énfasis en la valoración de la prueba con perspectiva de gé-

Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?

En ese sentido, es destacable la sentencia de fecha del 16 de Noviembre de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México.⁴³ En dicha sentencia, en su disposición 12, dispone que la investigación deberá incluir una perspectiva de género y emprender líneas de investigación específicas respecto a la violencia sexual, realizado por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a las víctimas de discriminación y violencia por razón de género.

7. La legítima defensa como exclusión de la venganza

La exigencia legal y jurisprudencial (esta última, aunque con variantes, en función de los hechos concretos enjuiciados), se fundamentan, básicamente, en alejar de la legitimidad jurídica de la acción de defensa a

nero y, por último, se presentarán conclusiones y recomendaciones sobre las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención en el tema referido.

⁴³ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf Donde se resuelve: “El Estado deberá, conforme a los párrafos 452 a 455 de esta Sentencia, conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices:

i) se deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;

ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;

iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y

iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso”.

la acción antijurídica de venganza. Sin embargo, el deseo de venganza, siendo como es una reacción psicológica de la víctima en muchos casos inevitable, y hasta comprensible, es una acción que imposibilitaría la paz social, debiendo transformarse el deseo de venganza en deseo de justicia. Y en justa correspondencia a la renuncia a la venganza, como inevitable obligación social, debe nacer un concepto de justicia sin preterición de la víctima.

Pero el problema radica en si la justicia se consigue con mayor pena del agresor⁴⁴ o con mayor atención social de la víctima, debiendo considerarse como dos respuestas diferenciadas: la penal, conforme a su estructura normativa y dogmática actual, y la atención social de la víctima con un sistema integral de protección.

La renuncia a la venganza personal es algo superado por la historia. Entre la legítima defensa y la venganza media el contrato social⁴⁵ y el monopolio de la violencia por el Estado como respuesta pública en una sociedad moderna y civilizada. Pero es innegable que el derecho penal y la doctrina han experimentado una mayor atracción socio-jurídica por los delincuentes que por las víctimas. La preocupación científica por la victimología es de época reciente, mientras que el estudio del delito, el delincuente y la pena han sido los objetos de estudio clásicos desde siglos atrás.

En el actual Código Penal hay algunas previsiones legales, como la reparación del daño inferido a la víctima, como atenuante de la pena para el agresor, conforme al artículo 21.5^a CP, que tiene su fundamento en la política criminal tendente a minorar el efecto en la víctima de la acción antijurídica. Es una disposición de la norma sustantiva de protección de la víctima, persiguiendo la reparación posible del daño, con el correlativo beneficio para el agresor de una menor punición. La sentencia del TS, Sala segunda de lo Penal, de fecha 24 de Marzo de 2010, número 239/2010,⁴⁶ recoge los requisitos que deben concurrir

⁴⁴ Cfr. CERESO MIR, J. “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, *Revista Penal*, n.º 22, Julio 2008. Documento digital: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11987/Reflexiones.pdf?sequence=2>

⁴⁵ Vid. ROUSSEAU, J. J. “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”. Documento digitalizado:

<http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20E1%20Contrato%20Social.pdf>

⁴⁶ Vid. STS Sala segunda de lo Penal, de fecha 24 de marzo del 2010, número 239/2010, donde se señala: “El elemento sustancial

para su apreciación, pero presta especial atención al fundamento último de la atenuante, que es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

La indemnización civil de los artículos 110 al 115 CP no es una respuesta penal suficiente (y a veces, imposible por insolvencia del autor) reparadora de la humillación sufrida por la víctima, ni de las lesiones o secuelas físicas o psíquicas permanentes que arrastrará posiblemente durante toda su vida. No es mala combinación normativa reparación vs. pena, sobre la que quizás no sea ocioso profundizar y acercarnos a la justicia restaurativa por vía normativa, a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Podría significar un reconocimiento activo de la víctima en la respuesta penal, sin el temor de convertir un acto de justicia reparadora en venganza.

Caso aparte es la violencia de género feminicida.

La visibilización de la víctima del delito, en el caso que nos ocupa, de violencia de género, es irreversible. La concienciación social sobre el estado de la víctima de esa injusta agresión va en aumento y de forma imparable. Esta presión de la opinión pública irá con-

de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS. 1112/2007 de 27.12 ... Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003 de 28.2 *entre otras muchas posteriores*) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad”.

figurando un nuevo tratamiento doctrinal que encauce una política criminal sin excesos, pero sin olvidos injustos. A veces las víctimas resultan “incómodas” en una sociedad de bienestar,⁴⁷ donde es menos inquietante pensar que esas cosas solo les ocurre a “los otros”, hasta que ponen una bomba en un supermercado (en delitos de terrorismo), o un familiar o vecina es objeto de maltrato, o asesinada. La comunidad debe ser solidaria con las víctimas, y esa solidaridad debe abarcar todos los aspectos de la respuesta legal al delito.

8. Consideración final

La necesidad de la autotutela personal de la víctima está claramente superada por la evolución de la sociedad tras alcanzar un alto nivel de convivencia pacífica ordenada por la ley. La respuesta al delito ya no es una cuestión privada, pero es innegable que el Estado no llega de manera eficaz hasta los últimos lugares de su territorio ni puede controlar las conductas de todos sus ciudadanos. En los casos más extremos asistimos a los denominados Estados fallidos donde las organizaciones criminales sustituyen a los poderes públicos. Y en ellas pueden pulular sujetos marginados⁴⁸ nada recatados a la hora de cometer actos delictivos, a los cuales la amenaza legal de la pena no les impide ningún actuar. Sean considerados enfermos, sectarios, gentes sin honor, o incursos en cualquier clasificación social, resulta fácilmente pronosticable que no van a asumir como valor propio el respeto a la igualdad de hombre y mujer, y atentar contra la vida o integridad de la mujer puede no causarles ninguna reserva. Y cuando el Estado no alcanza a proteger al ciudadano, este tiene el derecho y el deber de protegerse para dejar de ser víctima.

La violencia de género en su fase previa de maltrato continuado, con alto riesgo de un final letal, puede ser respondida. Y la ley no es ajena a esa reacción a

⁴⁷ Vid. ECHEBURÚAY REDONDO, E. “De ser víctima a dejar de serlo: un largo proceso”, op. cit., p. cit., señala: “En una sociedad de bienestar económico las víctimas son incómodas para la gente porque recuerdan la fragilidad del ser humano y exponen con toda su crudeza la falta de límites de la crueldad humana. La normalidad de la vida cotidiana de una persona puede verse rota de modo abrupto y sin sentido alguno. Las víctimas han sido desatendidas porque la fascinación por el agresor y la atracción morbosa por la violencia son una cortina de humo que ha ocultado a la víctima”.

⁴⁸ Cfr. NUÑEZ PAZ, M.A. y ALONSO PÉREZ, F. Concepto de “marginado” en *Nociones de Criminología*, Colex, Madrid, 2002, pp. 355-358.

la acción injusta. Con la medida y proporcionalidad que la norma exige puede explicarse, y en casos especiales justificarse, una reacción como respuesta a la acción antijurídica.

9. Bibliografía

- BERISTAIN IPIÑA, A. “La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)”, Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, Universidad del País Vasco, nº 1 (agosto-diciembre), 2008.
Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística
- BERISTAIN IPIÑA, A. “La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz”, *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, nº 14, 2006.
Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional
- CEREZO MIR, J. “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, *Revista Penal*, nº 22 -Julio 2008.
<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11987/Reflexiones.pdf?sequence=2>
- DORADO MONTERO, P. “Indemnización a las víctimas del delito”, Traducción y estudio crítico de “Riparazione alle vittime del delitto” de GAROFALO, R. (1887), *Revista La España moderna / Revista Ibero-Americana*, 1905.
<http://fama2.us.es/fde/indemnizacionALasVictimas.pdf>
- ECHEBURÚA Y REDONDO, E. / CRUZ-SÁEZ, M. S. “De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso”, *Revista de Victimología | Journal of Victimology*. DOI 10.12827-RVJV-1-03.
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
- 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*. RECPC 20-06, 2018.
<http://criminolnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>
- GRACIA IBÁÑEZ, J. “Justicia y política de la compasión en relación con las víctimas”, *Revista de victimología | Journal of Victimology*, DOI 10.12827-RVJV-1-03.
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
- HASSEMER, W. “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46360>
- LANDROVE DIAZ, G. “Las víctimas ante el Derecho español. El movimiento victimológico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 21, 1998.
https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4106/pg_173-214_penales21.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª. Época, nº 12, 2003.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216928>
- LARRAURI PIJOAN, E. “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho penal”, *Rev. Jueces para la democracia*, nº 23, 1994.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598>
- MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍAARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NÚÑEZ PAZ, M. A. y ALONSO PÉREZ, F. Concepto de “marginado”, en “*Nociones de Criminología*”, Colex, Madrid, 2002.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. “Sobre los delitos privados en el Derecho Romano ‘delicta privata’”, en *Derecho Romano. La justicia privada y su evolución. Esfera Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004
- PETERS, T. *Aportaciones de la Criminología a la Victimología “Criminología y Victimología”*, Katholieke Universiteit Leuven.
Documento digitalizado: <https://www.ehu.es/documentos/1736829/2030810/10+-+Criminologia+victimologia.pdf>
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. “Derecho victimal y victimodogmática”, *Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº 26, Encuentro Internacional “Hacia una Justicia Victi-

mal”. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, 2012.

<https://www.ehu.es/documents/1736829/2177136/R+ManzaneraEguzkilore+26-15.pdf>

ROUSSEAU, J. J. “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”.

Documento digitalizado: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20EI%20Contrato%20Social.pdf>

TAMARIT SUMALLA, J. “El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 1, nº1, 2013.

Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, ISSN-e 2340-5155, Vol. 1, Nº. 1, 2013, págs. 139-160

WALKER, L. *The Battered Women*, Harper & Row Publishers, New York, 1979.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

Ramón Ortega García*

Instituto Nacional de Ciencias Penales

RESUMEN: En el presente artículo se describen los grandes rasgos de dos concepciones del debido proceso legal en materia penal: la formal o procedimental, por un lado, y la sustantiva, por el otro. La primera lo reduce al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento como parte fundamental de la llamada garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución mexicana; la segunda, en cambio, lo eleva a la categoría de los derechos fundamentales a partir de su conexión con los valores y principios que rigen actualmente al derecho penal mexicano.

PALABRAS CLAVE: Formalidades esenciales del procedimiento, exacta aplicación de la ley, revalorización del derecho penal, caso Cassez, discrecionalidad judicial.

ABSTRACT: In this article the most important features of two different conceptions on due process of law are described. On the one hand, the formal or procedural conception; on the other, the substantive view. While the former consists in the so called "legal formalities" within the criminal process, the last one recognizes it as a true fundamental right in deep connection with the whole range of principles and values that actually rules the Mexican criminal law.

KEY WORDS: Procedural legal formalities, straight application of legal norms, revalorization of criminal law, Cassez case, judicial discretion.

SUMARIO: 1. Objetivo. 2. El debido proceso legal en materia penal bajo un enfoque meramente procesal: las formalidades esenciales del procedimiento. 3. Revalorización del derecho penal mexicano: principios, derechos y debido proceso. 4. El "caso Cassez" o la concepción material del debido proceso legal en materia penal: observaciones preliminares. 5. Bibliografía.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

1. Objetivo

En este trabajo me propongo describir a grandes rasgos dos concepciones sobre el debido proceso legal en materia penal muy diferentes entre sí: por un lado, la concepción “clásica” o “tradicional”, caracterizada porque el debido proceso, más comúnmente llamado entre nosotros “garantía de audiencia”, se reduce al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento conforme a lo prescrito por el artículo 14 de la Constitución y a las “garantías del acusado”, enunciadas en el artículo 20 constitucional; esta concepción posee un carácter meramente procesal o formal, pues en ese conjunto de formalidades radica la esencia misma del debido proceso.

La segunda concepción, por el contrario, a la que llamo “sustantiva”, a falta de un mejor nombre, dota al debido proceso de un auténtico contenido material al ponerlo en conexión directa con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, y lo hace inteligible a la luz de los principios de justicia que rigen la dinámica del proceso penal como el de intermediación, concentración, igualdad ante la ley y el de igualdad entre las partes, entre otros; de suerte que esta visión sustantiva del debido proceso no lo simplifica a una cuestión de mera formalidad procesal, sino que lo eleva a la categoría de los derechos fundamentales. Esto espero que resulte claro a partir de una serie de consideraciones que encuentran apoyo en el “caso Cassez”, al que me referiré más adelante.

Debo resaltar que la concepción sustantiva es producto de la revalorización del derecho penal mexicano, entendida como la acción de incorporar a él contenidos materiales (valores, principios y derechos) o de ampliar los ya existentes, ocurrida a partir de las reformas constitucionales y legales de los últimos años.

2. El debido proceso legal en materia penal bajo un enfoque meramente procesal: las formalidades esenciales del procedimiento

De acuerdo con lo que denomino concepción clásica del debido proceso legal en materia penal, la manera de entenderlo se reduce a su configuración como “garantía de audiencia”, tal como está prevista en el artículo 14 de la Constitución mexicana, y cuyo núcleo consiste en el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento.

Este artículo, cuya redacción apenas si ha variado desde el Proyecto de Reformas a la Constitución Política de 1857 que presentara don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro en diciembre de 1916,¹ reza así:

Artículo 14. ...

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.

No aparece en esta transcripción el concepto de debido proceso, de ascendencia claramente anglosajona: el *due process of law*, con antecedentes en el derecho inglés y más tarde consagrado en la enmienda v de la Constitución norteamericana, que traducida al español informa:

“... [a] ninguna persona se le podrá quitar la vida, la libertad ó la propiedad, sin las debidas formas de la ley...”²

Más ha predominado en nuestro derecho la influencia hispánica del debido proceso, que sintetizado en la idea general de “ser oído y vencido en juicio”, tiene raíces en la Constitución de Cádiz de 1812, y ya entre nosotros, en la primera Constitución promulgada al calor de la independencia, la de Apatzingán de 1814, cuyo artículo 31 consignó en forma expresa:

“Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado sino después de haber sido oído legalmente”.

Un estudio histórico del contenido del artículo 14 de la Constitución actual va más allá de los propósitos de este trabajo; por eso me limitaré a referir el antecedente inmediato de dicho precepto, correspondiente al mismo numeral del texto de 1857.

Producto del liberalismo de la primera mitad del siglo XIX, la carta magna de aquel año dispuso, en la

¹ Digo que apenas si ha variado porque en 2005, con motivo de la abolición de la pena de muerte en México, el artículo fue reformado para suprimir a “la vida” de entre los bienes básicos de los que nadie puede ser privado sin un juicio previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Véase la edición del *Diario Oficial de la Federación* del 9 de diciembre de 2005, disponible en: DOF - Diario Oficial de la Federación. Consultado el 17/12/2020.

² Véase Story, Joseph, *Comentario abreviado a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América*, Imprenta del Comercio, de Dublín y Cía., Calle de los Cordobanes, núm. 8, México, 1879, p. XXVIII.

parte que interesa, que: “Artículo 14. [...] Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley”.

Es un hecho que los constituyentes de aquellos años, los más patriotas y valientes de nuestra historia, no imaginaron que la redacción del precepto transcrito daría lugar a uno de los debates constitucionales más encendidos de finales del siglo XIX. Daré breve cuenta de él para poder comprender los alcances del artículo 14 constitucional que actualmente nos rige.

La discusión fue motivada por el uso de la expresión “leyes exactamente aplicadas al caso”. Al respecto, ¿qué significa que una ley sea exactamente aplicable?, ¿puede entenderse que este mandato constituye una garantía constitucional a favor del gobernado? Si esto es así, ¿la falta de aplicación exacta de una ley puede motivar la petición del amparo? Tales eran, en breve, los términos del debate.

D. Ignacio L. Vallarta, siendo presidente de la Suprema Corte de Justicia, había dado impulso a una interpretación del artículo conforme a la cual su aplicación debía ser acotada exclusivamente a la materia penal, invocando una serie de argumentos que resumiré de manera sucinta.³

En este punto, vale la pena decirlo, el presidente de la Corte seguía la tesis de D. José María Lozano, sentada en su obra de 1876, y en la que expresaba:

“Esta preciosa garantía [la exacta aplicación de la ley] importa un principio elemental en la jurisprudencia criminal; pero tratándose de materia civil sería (sic) frecuentemente imposible”.⁴

Al igual que Lozano, Vallarta era consciente de los graves problemas que se derivaban de interpretar la expresión “leyes exactamente aplicadas al caso” en

los términos de una garantía constitucional: según él, apenas se incurría en este exceso, todo tipo de resoluciones de los tribunales del país podrían ser impugnables por vía del amparo, desde las sentencias definitivas que ponían fin al juicio, hasta los autos e interlocutorias en los asuntos civiles, violando la soberanía de los Estados en materia de impartición de justicia y propiciando también la saturación de la Corte al arrogarse la imposible tarea de resolver, en última instancia, todos los negocios judiciales.

Pero vayamos por partes. El fragmento transcrito del artículo 14 constitucional correspondía al otrora 26 del proyecto de la comisión, incluido entre los que establecían las garantías del acusado en materia penal, siendo sus términos originales los siguientes:

“Nadie podría ser privado de la vida, de la libertad ó de la propiedad, sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente, y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso.”

Esta composición tenía la virtud de ser más pulcra que la definitiva, pero el Congreso terminó por rechazarla y aprobó sólo la parte que transcribí para luego combinarla con aquella del 4° del proyecto de la comisión que decía “No se podrá expedir ninguna ley retroactiva”. De ambos artículos se formó el 14 constitucional, cuyos términos definitivos fueron:

Artículo 14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Para Vallarta, si el congreso hubiera querido dar al artículo 14 un alcance mayor para abarcar el ámbito de lo civil habría conservado el término “propiedad” que aparecía formulado en el numeral 26 del proyecto de la comisión y que claramente se refiere a las cosas, pero no fue así.

De igual modo, si el constituyente hubiera querido extender el precepto a la materia civil se habría abstenido de utilizar el pronombre “nadie” al principio de la oración, que claramente hace referencia a las personas y no a las cosas; aquellas son las únicas que pueden ser juzgadas y sentenciadas; es obvio, por tanto, que el artículo está acotado a la materia penal,

³ Los razonamientos de Vallarta sobre la interpretación correcta del artículo 14 constitucional están contenidos en al menos dos casos: el amparo “Rosales” (26 de julio de 1878), y el amparo “Larrache” (4 de junio de 1879). Véase Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos del Sr. Lic. D. Ignacio L. Vallarta, presidente que fue de la Suprema Corte de Justicia Nacional en los negocios más notables resueltos por este tribunal desde mayo de 1878 hasta noviembre de 1882*, t. I, “Imprenta Particular”, a cargo de A. García, Calle del Águila, número 15, México, 1894, pp. 27-41 y 143-173.

⁴ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre, conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, Imprenta del Comercio, de Dublán y Compañía, Calle de Cordobanes, núm. 8, México, 1876, p. 252.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

donde las personas son, precisamente, los actores protagonistas.

Con todo, hay otro argumento más importante que Vallarta emplea para defender su postura. No es posible, comenta, extender el artículo a la materia civil en virtud de una cuestión que atiende a la interpretación de la ley.

Dice el jurista que exigir la exacta aplicación de la ley en materia civil equivale a sentar un principio subversivo del orden social y destructor de la propiedad privada. ¿Por qué? La respuesta, formulada en los términos más simples, demuestra el compromiso del gran constitucionalista con los valores caros del liberalismo.

Es subversiva la disposición, señala, porque en muchos casos civiles no hay (y no puede haber, por razones lógicas) una ley exactamente aplicable, con lo cual tampoco podría haber un fallo que los resuelva; como consecuencia, los derechos de las partes quedarían desprotegidos y las personas buscarían hacerse justicia de propia mano para reclamar lo que es suyo, en clara violación a lo prescrito por la Constitución.

En el diagnóstico de Vallarta hay un hecho que parece irrefutable: la insuficiencia de la ley civil para regular todos los casos posibles. De ahí que sea, no solo necesario, sino indispensable, recurrir a la interpretación judicial para llenar los vacíos que pudiera tener.

Es debido a que el legislador humano no puede prever todos los casos susceptibles de realización, que resulta forzoso echar mano de la interpretación judicial de la ley. Por tanto, su estricta aplicación, es decir, su aplicación fundada en el rigor de la letra es imposible; pero no solo eso, también es absurda y raya en lo ridículo.

Ocurre algo diferente en materia penal. En este ramo, la ley siempre se aplica estricta y literalmente. No cabe aquí la interpretación por analogía, ni por mayoría de razón; la aplicación estricta de la ley penal está en función de la protección de la libertad y de la vida del hombre.

Así, pues, las leyes civiles siempre se interpretan, las leyes penales no. En el primer caso no puede prescindirse de la interpretación judicial de la ley; en el segundo solo puede darse su aplicación literal o estricta. Cito a Vallarta *in extenso*:

La aplicación exacta de la ley es la que se hace resolviendo un caso comprendido en sus literales preceptos,

sin ampliarlos para sujetar a su imperio otro caso que ellos no comprenden, y sin que para esto pueda alegarse ni la razón ni el espíritu de la ley, ni la equivalencia, ni la voluntad presunta del legislador, ni la analogía, ni los argumentos *ab absurdo*, *a simili*, *ad majus*, etc., etc.; aplicación exacta de la ley es la que excluye toda interpretación aun para suplir su silencio o insuficiencia... En lo criminal así se debe aplicar exactamente la ley, y cualquiera interpretación es un atentado del juez contra la libertad, la honra o la vida del hombre...”

[A su vez,] por interpretación racional de la ley se entiende su aplicación, aunque no sea exacta ni literal, a los casos que el legislador no expresó ni previó, pero que están comprendidos en su espíritu, incluidos en su razón o motivos; casos que se rigen por analogía o que se resuelven en último extremo por los principios generales del derecho. La interpretación de la ley es, en una palabra, su aplicación a más casos de los que su letra expresa, su aplicación no exacta ni estricta, sino amplia y extensiva.⁵

Pero, por cierto, ¿a qué obedece que en materia civil prevalezca, frente a la teoría de la exacta aplicación de la ley, la de su interpretación? Porque en lo criminal, responde Vallarta, la interpretación violaría los derechos del hombre, que son los congénitos a su naturaleza, los anteriores a toda legislación positiva; en lo civil, en cambio, esa violación es imposible ya que ella, en última instancia, no puede afectar sino a los derechos civiles, que son los que la ley crea, modifica o altera, según los tiempos, circunstancias y necesidades de cada pueblo.

“En una palabra -reitera Vallarta-, la sustancial diferencia que hay entre los derechos del hombre y los derechos civiles, produce lógicamente la diferencia entre el sistema de la aplicación exacta de la ley penal y el de la racional interpretación de la civil. Sólo confundiendo, como en realidad se confunden, aquellos derechos, se puede sostener que esos sistemas amalgamados y unidos caben en el precepto del artículo 14 de la Constitución. ¡Confundir los derechos del hombre con los derechos civiles!⁶

La conclusión de Vallarta es contundente:

⁵ Vallarta, Ignacio L., ob. cit., p. 154.

⁶ *Ibid.*, p. 157.

Basta a mi propósito haber dejado bien demostrada esta verdad: no caben dentro del precepto del artículo 14 el sistema de la exacta aplicación y el de la racional interpretación de la ley: si para hacer extensivo ese artículo a toda clase de juicios, se niega el arbitrio judicial en lo civil, la sociedad, a falta de justicia, se desquicia; si por el contrario se permite la interpretación en lo criminal, los derechos del hombre quedan sacrificados en las aras de la arbitrariedad judicial. Entre esos extremos igualmente absurdos no hay más que este medio: reconocer que el artículo constitucional que exige la exacta aplicación de la ley se refiere sólo a lo criminal, confesar que la filosofía, la razón de ese precepto repugna el absurdo de que él sea aplicable también a lo civil.⁷

Sabido es que la postura del presidente de la Corte fue duramente criticada por el insigne Rabasa en su célebre estudio sobre el artículo 14 constitucional.

Este comparte la preocupación de Vallarta sobre las implicaciones prácticas del precepto, pero no así la solución que propone; esto es, interpretarlo de modo que su aplicación se restrinja a la materia penal, dado que los términos de la disposición son terminantes.

La solución definitiva, según Rabasa, debería ser la reforma del artículo, pero existe otra manera de resolver del problema: rechazar que el adverbio imprudente, esa palabreja fruto de una intemperancia del lenguaje, “exactamente”, signifique “literalmente”. “Ni el diccionario de la lengua ni el buen uso autorizan siquiera la sospecha de que aquellas palabras son sinónimas o de que *exacto*, refiriéndose a la ley, deba necesariamente o pueda equivaler a *literal*”.⁸

Sintetizo la postura de Rabasa: una ley puede ser exactamente aplicada por equivalencia de razón, por medio de una interpretación racional; aplicar una ley “exactamente” es aplicarla con puntualidad, es decir, sin falta, “porque eso es lo que en buen castellano significa la palabra exactitud en su acepción general”.⁹

El error de Vallarta —dice— consiste en suponer que solo la ley civil es objeto de interpretación. Pero esta actividad, de hecho, se da en todos los ámbitos jurídicos, incluida la materia penal; pues “*exactamente*” significa, no literalidad, sino puntualidad o co-

rección, y esto es algo predicable de todas las leyes, incluyendo las penales.

Ciertamente, en esta disciplina, donde el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es el fundamento de todo el sistema, la interpretación se constriñe al texto legal, pero eso no excluye el acto interpretativo, entendido como la adscripción de significado a las palabras. Varían las técnicas, pero la actividad se mantiene.

Conocemos el final de la historia: la postura de Rabasa se impuso y el artículo 14 de la Constitución del 57 fue reformado en Querétaro. El dictamen se discutió el 20 de diciembre de 1916 junto con el de los artículos 13, 15, 16 y 17. La Comisión de Puntos Constitucionales del Congreso Constituyente formada por los diputados Enrique Colunga, Francisco J. Mújica, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Alberto Román, se pronunció en estos términos:

El artículo 14° del proyecto de Constitución ordena que nadie puede ser condenado en materia penal y civil, sino mediante las formalidades esenciales de un juicio ante los tribunales establecidos de antemano y conforme a las leyes expedidas con anterioridad, y prohíbe que se dé a éstas efecto retroactivo. El precepto es el mismo de la Constitución de 1857; pero está redactado con más precisión y claridad.¹⁰

En efecto, el imprudente adverbio, fruto de una exageración en el uso de las palabras, fue eliminado de la versión final y su redacción ha sido prácticamente la misma desde entonces. El proyecto se aprobó el 21 de diciembre, con 157 votos.

Redactado en tales términos, el artículo 14 consiguó la garantía de audiencia y las formalidades esenciales del procedimiento en que se fundó el debido proceso legal en materia penal, vinculado con el 20 de la Constitución, que de manera taxativa fijó las garantías del acusado.

¹⁰ Melgarejo Randolph, L. y Fernández Rojas, J., *El Congreso Constituyente de 1916 y 1917. Reseña histórica de los debates a que dieron lugar las reformas a la Constitución de 1857, presentadas por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, ante el Congreso Constituyente, reunido en la ciudad de Querétaro el día 1° de diciembre de 1916. Extracto de todos los documentos parlamentarios de la época y apuntes biográficos de los constituyentes más notables, precedidos del texto primitivo del Pacto de 57 y de un estudio crítico del mismo*, Departamento de Talleres Gráficos de la Secretaría de Fomento, Colonización e Industria, 1ª Calle de Filomeno Mata, núm. 8, México, 1917, p. 470.

⁷ Ídem.

⁸ Rabasa, Emilio, *Artículo 14. Estudio constitucional*, Tipografía de “El Progreso Latino”, Chavarría, número 4, México, 1906, p. 82.

⁹ *Ibid.*, p. 84.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

Quedó establecida, así, la concepción procesal o formal del debido proceso legal en materia penal que imperó en México a lo largo de todo el siglo xx.

3. Revalorización del derecho penal mexicano: principios, derechos y debido proceso

Entre los cambios que comportó la reforma constitucional de junio de 2008 en materia penal destaca lo que voy a denominar “revalorización” del derecho, esto es, el proceso de incorporación o positivización de toda una serie de contenidos materiales: principios, derechos y valores.

Tales contenidos se introducen a nivel constitucional, ocupando el nivel más alto de la pirámide jurídica, pero terminan permeando a toda la estructura del derecho por vía de la legislación, desde que el órgano legislativo tiene que respetar esos principios, derechos y valores al momento de crear leyes generales, y por vía judicial, cuando los jueces del país ejercen el control de constitucionalidad en el ámbito de su competencia.

La revalorización del derecho es un fenómeno que ha tenido una enorme importancia en la Europa occidental, en aquellos países en donde ha logrado enraizarse el Estado constitucional de derecho, nacido como modelo superador del antiguo Estado legislativo de corte liberal, después de finalizado el conflicto bélico de la segunda gran guerra.

En efecto, el constitucionalismo como modelo normativo, como proceso de cambios, dio a luz en las naciones europeas de la segunda mitad del siglo xx, a textos constitucionales con dos grandes características: a) un catálogo más o menos extenso de derechos humanos, principios y valores, y b) un tribunal competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes; es decir, constituciones “rematerializadas” y “garantizadas”.

Respecto del primer rasgo, como dijera Prieto, lo decisivo es la “sustancialización” o “rematerialización” de los documentos constitucionales: “algo que viene a expresar... la idea de que la Constitución encarna un ‘orden de valores’, o una ‘unidad material’, que incluso a veces se califican de previos al ordenamiento jurídico positivo”.¹¹

Dicha rematerialización u orden de valores —continúa—, supone que la Constitución ya no tiene por objeto

sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos ‘es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes’.¹²

Sobre el segundo aspecto, la Constitución es una norma suprema, y esa supremacía se hace valer por medio de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un poder neutral distinto al legislativo y al ejecutivo: la justicia constitucional.

Las consecuencias de ambos rasgos son manifiestas: de un lado, la pérdida de autonomía del legislador, cuya capacidad para dictar leyes con cualquier contenido posible queda cercenada desde el momento en que está obligado a respetar los principios, derechos y valores de nivel constitucional, y más cuando su trabajo puede ser revisado por un tribunal con el poder de anular las leyes que no se correspondan a los contenidos materiales de la norma fundamental, y, del otro, mayores poderes discrecionales del juez, que bajo esta lógica tiene que aplicar e interpretar las cláusulas constitucionales, abstractas e imprecisas, en que se formulan los derechos humanos, a los que debe respetar y garantizar. Se produce, de este modo, la traslación de poder político de la esfera del legislador a la del juez.

En fin, no continuaré este rumbo porque tendría que dilucidar si el Estado constitucional ha dado paso a “la omnipotencia judicial” o al “decisionismo de los jueces”, lo que no deja de ser altamente discutible;¹³ lo que sí es un hecho es que ese proceso de incorporación de contenidos morales, al que yo prefiero denominar “revalorización” (para denotar la idea de que al derecho se le inyecta *valor*), supone mirar hacia la otra realidad jurídica —la otra cara del derecho, como dijera Atienza—, la de su aspecto material o justificativo, que no es el exclusivo de las reglas *all or*

¹² Ídem.

¹³ Sobre este punto remito a los siguientes trabajos: Prieto Sanchís, Luis, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 101-135; y Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, trad. de varios, Palestra, Lima, 2011, pp. 119-147.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999, p. 17.

nothing, y a las que se suele reducir el fenómeno jurídico desde una visión estrictamente normativista.¹⁴

Lo que me parece irrefutable, insisto, es que la incorporación o la ampliación del catálogo de derechos humanos, así como de valores y de principios en la Constitución, entraña como resultado que el derecho en su totalidad tenga que ser analizado a la luz de esos contenidos. Digamos que el efecto de irradiación que producen sobre todos los niveles del ordenamiento es tan amplio y extenso que ya nada puede escapar a él.

Esto hay tomarlo en cuenta porque tiene implicaciones importantes para el tema que me interesa. Considero que la reforma al artículo 20 constitucional del 18 de junio de 2008 revalorizó el derecho penal mexicano, proceso fundamental que la otra gran reforma a la Constitución, la del 10 de junio de 2011, no solo confirmó, sino que potenció y extendió hacia todo el ordenamiento jurídico por vía del artículo 1°, estableciendo un único bloque normativo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional.

¿Qué cambios introdujo la reforma del 18 de junio de 2008? Para efectos del “debido proceso legal en materia penal”, destaca la introducción de principios fundados en valores como el de la igualdad formal o igualdad ante la ley (tanto del imputado como de la víctima u ofendido),¹⁵ y la ampliación y reforzamiento de los derechos humanos de ambas partes.¹⁶

¹⁴ En oposición al normativismo más acabado del siglo xx, el de H. L. A. Hart, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984; Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 1994; Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994; y Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

¹⁵ *Verbi gratia*: el principio de que las audiencias se desarrollen en presencia del juez, sin que este pueda delegar en ninguna persona el desahogo de las pruebas; el de que las probanzas sean valoradas por el juez de manera libre y lógica; el de que los argumentos y elementos probatorios se presenten oral, pública y contradictoriamente; el de que las partes tengan igualdad procesal para sostener la acusación y la defensa, según sea el caso; el de que los asuntos sujetos a proceso deben ser tratados por el juez frente a las dos partes en litigio; o el de que el juez sólo podrá condenar al imputado cuando esté convencido de su culpabilidad, lo que dependerá de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público.

¹⁶ Así, por ejemplo, el derecho del imputado a que se le presuma inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante una sentencia dictada por el juez de la causa; el derecho que tiene a guardar silencio; el derecho a que se le informe tanto en el momento de la detención como en el de su declaración ante el Ministerio Público o del juez los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; el derecho a que se le reciban las testimoniales y demás pruebas que ofrezca; el derecho a que se le juzgue en audiencia pública por un juez o tribunal; el derecho a tener acceso a los registros de la investigación, y el derecho a una defensa adecuada, etc.

La expedición tiempo después del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) contribuyó al desarrollo de este amplio elenco de contenidos con incidencia en el debido proceso legal. En su Libro Primero, Título II, que comprende los artículos 4 a 19, sobresale el numeral 12 que textualmente dispone:

Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, *en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego a los derechos humanos previstos en la Constitución, Tratados y las leyes que de ellos emanen.*” [El énfasis es mío].

La idea de “proceso sustanciado de manera imparcial”, plasmada en esta disposición, conecta de manera directa con los principios de igualdad ante la ley y con el de igualdad entre las partes, reconocidos, respectivamente, en los artículos 10 y 11 del CNPP.

Dice cada uno:

Artículo 10. Principio de igualdad ante la ley.

Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

[...]

Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes.

Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

No debe perderse de vista que estos derechos de fuente nacional se complementan con los de origen internacional, señaladamente, con los reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de la que México forma parte, y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que es de observancia obligatoria para los órganos del Estado mexicano.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

La tesis que quiero proponer es que todos esos principios y derechos tienen una implicación directa sobre el debido proceso legal en materia penal, dotándolo de una dimensión *sustantiva* que no se reduce a una cuestión de mero procedimiento; dicha dimensión cobra realidad porque si cualquiera de esos principios es inobservado en algún caso por parte de la autoridad, su infracción se traduce en una violación a él.

Sin embargo, dado que la formulación de tales principios y derechos es tan abstracta e imprecisa, motivada en parte por la inclusión de frases y expresiones con una fuerte carga emotiva como la de “proceso sustanciado de manera imparcial” o la de “cualquier discriminación que atente contra la dignidad humana”, la indeterminación que les es propia, se traslada al concepto de debido proceso.

Desde aquí, en efecto, se le conecta con una serie de principios de contenido moral y con los derechos humanos de fuente nacional e internacional, su significado, su connotación, se desborda.

Ello es así, insisto, porque la laxitud, abstracción e imprecisión de las cláusulas sobre los principios rectores del proceso penal y sobre los derechos humanos, incide sobre su propia configuración.

Los retos que esta realidad plantea al juez no son menores. El tribunal de amparo, por referirme al ejemplo más claro, deberá determinar si en el asunto que conoce se satisfizo o no la imparcialidad y la igualdad procesal, y si las pruebas fueron valoradas correctamente por el juez de primera instancia, entre otras cosas que pueden ser debatibles.

Por tanto, el margen de discrecionalidad judicial es muy amplio, precisamente porque son muy amplios en su connotación los principios y derechos del sistema penal en vigor; como resultado, los límites del derecho al debido proceso se estiran tanto que no es claro dónde comienzan y dónde terminan.

Esto es lo que pretendo demostrar en la última parte de mi escrito, mediante el análisis de la sentencia que la Suprema Corte de Justicia dictó en el famoso “caso Cassez”. En los razonamientos de la Primera Sala, me parece, se pone de manifiesto cómo la dimensión sustantiva del debido proceso termina por ampliar su contenido más allá de una simple cuestión de forma o de mero procedimiento.

4. El “caso Cassez” o la concepción material del debido proceso legal en materia penal: observaciones preliminares

Se trató del amparo directo en revisión 517/2011, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 23 de enero de 2013. Antes se había presentado un primer proyecto a cargo del ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pero no logró la votación necesaria para ser aprobado en sus términos. El asunto fue turnado nuevamente, correspondiéndole esta vez a la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas la tarea de elaborar el proyecto definitivo, el cual fue discutido en sesión celebrada aquella fecha y aprobado finalmente por tres votos.

En síntesis, la sala determinó revocar la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito que confirmaba la sentencia condenatoria de segunda instancia del Tribunal Unitario, la cual imponía la condena de 60 años de prisión a una mujer de nacionalidad francesa por diversos delitos de delincuencia organizada, entre ellos, la privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro; y conceder a la recurrente el amparo liso y llano.

El argumento central del proyecto definitivo se basó en el hecho de que al momento de la detención de la recurrente y en las horas subsecuentes se habían violentado en su perjuicio tres derechos fundamentales previstos en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que México es parte: el de asistencia consular (artículo 36, párrafo 1, inciso b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), el de su puesta a disposición en forma inmediata ante el Ministerio Público (artículo 16 constitucional), y el de la presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, inciso 1, de la Constitución).

Esa violación había sido producto de un montaje fabricado por la autoridad ministerial y la difusión que se le dio en la principal cadena televisiva del país, y su resultado había sido una completa afectación al derecho de la recurrente a una defensa adecuada y al debido proceso, pues a raíz de esa dramatización se generó un “efecto corruptor” que incidió en todo el proceso penal y desvirtuó la fiabilidad de las pruebas recabadas por el Ministerio Público; de manera que la sala concluía que lo procedente era decretar la absoluta e inmediata libertad de la condenada.

Me detengo en los principales argumentos del voto concurrente del ministro Zaldívar, porque considero que en este documento están expuestos, en puridad, los razonamientos para conceder el amparo liso y llano que al final adoptó el proyecto definitivo de la ministra Sánchez Cordero.¹⁷

Primer argumento: en el caso concreto se violó en perjuicio de la recurrente el derecho fundamental a la asistencia consular, previsto en el artículo 36, párrafo 1, inciso b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Declaró el autor del proyecto:

En el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en territorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado está obligado a concederle un estándar mínimo de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre...

De conformidad con el texto vigente del artículo 1° constitucional, el orden jurídico mexicano cuenta con lo que se ha denominado un nuevo bloque de constitucionalidad. Este nuevo paradigma implica que, en materia de derechos fundamentales, nuestro orden jurídico tiene dos fuentes primigenias: (i) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; y (ii) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte...

En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, por lo que resulta incuestionable que el derecho de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular es un derecho fundamental vigente en nuestro país.

La asistencia consular es vital para asegurar una defensa adecuada en situaciones que impliquen una privación de la libertad, en donde las violaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros son comunes debido a la falta de conocimiento del sistema jurídico en el que se ven inmersos. Una persona extranjera que es detenida se enfrenta a una multitud de barreras lingüísti-

cas, culturales y conceptuales que dificultan su habilidad para entender, de forma cabal y completa, los derechos que le asisten, así como la situación que enfrenta.

Ahora bien, sentadas estas cuestiones es necesario que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establezca cuáles son los derechos específicos que se derivan de lo contenido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En primer lugar, es necesario que las autoridades informen al extranjero que ha sido detenido, o se encuentre bajo cualquier tipo de custodia, que tiene derecho a comunicarse con la oficina o representación consular de su país. La información de este derecho debe ser inmediata y no puede ser demorada bajo ninguna circunstancia.

En tercer lugar, y una vez que el extranjero decide que sí desea contactar con la oficina consular de su país, la autoridad deberá informar de esta situación a la oficina consular correspondiente que se encuentre más cercana al lugar donde se realizó la detención. Esta comunicación deberá ser inmediata y realizarse a través de todos los medios que estén al alcance de la autoridad respectiva.

Por último, la autoridad deberá garantizar la comunicación, visita y contacto entre el extranjero y la oficina consular de su país, a fin de que esta última le pueda brindar al extranjero una asistencia inmediata y efectiva.

(...) la asistencia consular, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que rigen un proceso penal, con la finalidad de evitar desequilibrios o limitaciones en la defensa del extranjero. En esta lógica, la asistencia consular es una garantía del correcto desenvolvimiento del proceso y una exigencia estructural del mismo.

Así, el derecho fundamental a la asistencia consular de los extranjeros no puede ser concebido como un mero requisito de forma. Cuando una autoridad, ya sea policial, ministerial o judicial, impide a un extranjero la posibilidad de suplir sus carencias a través de los medios que el artículo 36 de la Convención de Viena pone a su disposición, no sólo limita, sino que hace imposible la plena satisfacción del derecho a una defensa adecuada. [El énfasis es mío].

Para el detenido extranjero, el derecho a la asistencia consular tiene una función propia y diferenciada tanto del derecho a tener un abogado como del derecho a tener un traductor e intérprete. La asistencia consular no

¹⁷ Véase Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn.gob.mx) Consultado el 17/12/2020.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

se reduce a una simple medida de comunicación entre el extranjero y un representante de su gobierno. Es ante todo un derecho fundamental reconocido para evitar la indefensión del inculpado, que no depende de los conocimientos que tenga el extranjero del idioma del país en el que ha sido detenido.

El funcionario consular tiene la encomienda de asegurarse, en primer término, de que el extranjero no sea simplemente informado de la acusación y de los derechos que le asisten, sino que los comprenda cabalmente.

A fin de que se considere que un extranjero ha sido informado de forma libre y consciente de estas cuestiones, es indispensable que se encuentre cubierto el elemento relativo a la idiosincrasia cultural.

Es importante subrayar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no habla sólo de *contacto*, sino de *asistencia*, de donde se infiere que lo que la Convención dispone es que el detenido tiene derecho a gozar de una asistencia técnica que sea real y efectiva...

En definitiva, el núcleo fundamental del derecho a la defensa adecuada de un extranjero es preciso ubicarlo, no sólo en la modalidad de la designación de un perito en Derecho, sino en la efectividad de la defensa.

En esta línea, una asistencia consular efectiva sólo será aquella que se otorgue de forma inmediata a la detención del extranjero...

El derecho fundamental contenido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se quedaría en una mera declaración de buenas intenciones, si la asistencia se sucede en un momento procesal en el que los elementos que acabamos de describir ya no resultan relevantes para la suerte del procesado, lo que conllevaría a que el funcionario consular se convierta en un simple convidado de piedra.

Esta argumentación es completamente contraria a la del Tribunal Colegiado de Circuito, que conoció del amparo directo en contra de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Unitario.

Señaló el tribunal de amparo:

Resulta fundado pero inoperante el noveno concepto de violación, toda vez que se transgredió el derecho de la quejosa a ser informada sobre el derecho a ser asesorada o asistida por la representación consular de su país, pero dicha violación a sus derechos fue subsanada inmediatamente [...] la quejosa no estuvo en estado de indefensión pues fue asesorada por miembros de su embajada a partir del día siguiente a su detención.

Además, con anterioridad a que rindiese su declaración ministerial, la quejosa fue informada de su derecho a no declarar, mientras que al momento de hacerlo fue asistida por defensor y traductor, lo que evidencia que no se encontraba en estado de indefensión.

En el mismo sentido..., el Código Federal de Procedimientos Penales 'no obliga al Ministerio Público de la Federación a esperar hasta que el extranjero se encuentre asesorado por la embajada o consulado de su país, para recibir su declaración ministerial.

Se aprecia que el tribunal de amparo se limitó a interpretar literalmente la norma interna, sin considerar lo dispuesto por la norma internacional, que por definición es jerárquicamente superior, y al ser más favorable para la persona, debe prevalecer sobre aquella; además de que la interpretación que brinda al derecho humano a la asistencia consular se queda en la letra del precepto, pero ignora su espíritu, y no toma en cuenta las circunstancias concretas del caso (como el hecho de que había más de una forma de contactar de manera inmediata al consulado francés en la Ciudad de México, a través de un teléfono de emergencia, disponible en la página web de la embajada de aquel país).

Segundo argumento: en el caso concreto se violó en perjuicio de la recurrente el derecho fundamental a ser puesta a disposición inmediata del Ministerio Público.

En el voto se dice:

Nuestro análisis debe partir de la imposibilidad de establecer reglas temporales específicas en este punto. Por el contrario, resulta necesario determinar, caso por caso, si se ha producido o no una vulneración del derecho reconocido a la persona detenida."

[En un caso anterior, el amparo directo en revisión 2470/2011] esta Primera Sala estableció que se está frente a una dilación indebida cuando, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad que sea competente para definir su situación jurídica. Tales motivos razonables únicamente pueden tener como origen impedimentos fácticos y comprobables (como la distancia que existe entre el lugar de la detención y el lugar de la puesta a disposición). Además, estos motivos deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades. Lo anterior implica que los

agentes de policía no pueden retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público, a fin de ponerlo a disposición, donde deben desarrollarse las diligencias de investigación pertinentes e inmediatas, que permitan definir su situación jurídica...

El Tribunal Colegiado, en su resolución, reconoce que la recurrente no fue puesta a disposición de la autoridad competente en forma inmediata, pero afirma que ello “obedeció a causas de fuerza mayor, como lo era el preservar la vida y la integridad física de las víctimas, y una vez rescatadas, recibir atención médica y psicológica de urgencia”.

Aquí parece que el Tribunal hace una ponderación de derechos en conflicto: el de las víctimas, por un lado, y el de la recurrente, por el otro; pero no menciona expresamente que se trate de una ponderación, ni razona lo suficiente por qué debería prevalecer en este caso el derecho de las víctimas.

En el voto se replica:

(...) suponiendo sin conceder que fuera cierta la afirmación de los agentes de policía, en el sentido de haberse dirigido a la propiedad... a fin de liberar y proteger a las víctimas del delito, lo cierto es que no encuentra justificación constitucional alguna el tiempo en el que [la recurrente] fue retenida en esa propiedad y expuesta a una escenificación planteada y orquestada por la Agencia Federal de Investigación, con el objetivo de exponerla ante los medios de comunicación como la responsable de la comisión de tres secuestros.

No son las horas ni los motivos los elementos que debemos tomar en cuenta a fin de tener por consumada la violación, sino la justificación o motivos por los que una autoridad retiene a un detenido. En nuestro caso no es una actuación loable de la policía —como lo sería la protección de las víctimas—, ni siquiera una situación accidental —como lo sería el intenso tráfico de la Ciudad de México—, sino la manipulación de las circunstancias y hechos objeto de la investigación.

Esta manipulación se refiere al montaje televisivo que para la sala “resulta el detonante de una serie de violaciones de derechos fundamentales que se extienden en el tiempo y afectan, de forma total y compleja, al curso de procedimiento. Tercer argumento: en el caso concreto se violó en perjuicio de la recurrente el principio constitucional de presunción de inocencia.

Sobre este punto, en el voto se menciona:

El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comporta un cambio esencial en la naturaleza de esta regla básica de la ordenación de un proceso penal. Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.

La naturaleza y alcances del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan una configuración compleja en su contenido, pues influyen con notoria eficacia tanto en el tratamiento que debe darse al imputado antes y durante el desarrollo del procedimiento, como en la actividad probatoria que se practique con el objeto de demostrar su culpabilidad, sin dejar de lado su singular trascendencia en el contexto general de todo el proceso penal. Así, de la presunción de inocencia es posible predicar que tiene, básicamente, un triple significado: como regla de tratamiento respecto al individuo, como regla probatoria y como regla de juicio o estándar probatorio en el proceso.

La presunción de inocencia como regla probatoria es un derecho que establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las características que deben reunir los medios de prueba para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus inocente que tiene todo procesado.

Por otro lado, la presunción de inocencia como regla de juicio o estándar probatorio puede entenderse como una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona.

[Ahora bien] existe otra vertiente de la presunción de inocencia que ha sido menos estudiada y que en nuestro caso reviste una importancia capital: la presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal.

[En este sentido,] como regla de tratamiento, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso que ciertas actuaciones de los órganos del Estado -sin limi-

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

tarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento.

Así las cosas, el Tribunal Colegiado de Circuito desconoce que la presunción de inocencia determina una configuración compleja en su contenido y que, en los términos desarrollados en esta sentencia, no se ve limitada al actuar de los jueces.

Asimismo, el Tribunal Colegiado pretende señalar que frente a la ‘opinión pública’ no es exigible la presunción de inocencia.

En este punto resulta fundamental señalar que no es la ‘opinión pública’ o los medios de comunicación a los que se debe imputar la escenificación ajena a la realidad y el trato anticipado de culpable respecto a la recurrente.

No fueron los medios de comunicación quienes detuvieron a [la recurrente] y no la pusieron a disposición inmediata del Ministerio Público, ni fueron ellos quienes le negaron su asistencia consular... Fue la autoridad.

[La detenida] fue expuesta repetidamente y en profundidad a un espectáculo que resulta inadmisibles en un sistema democrático de derechos y libertades. Nadie que hubiese visto la televisión ese día y durante los meses siguientes, podría negar que tal espectáculo fue, para los miles y miles de ciudadanos que lo vieron y oyeron, el auténtico juicio de Cassez. Cualquier proceso judicial realizado después, en la que víctimas y testigos fueron expuestos tan a fondo a este montaje, no podría ser más que una mera formalidad. [El énfasis es mío].

La conclusión del voto concurrente, que fue la que terminó adoptando la sala, dice así:

Como señalamos en su momento, y por las circunstancias específicas de este caso, la violación a los derechos fundamentales a la notificación, contacto y asistencia consular; a la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público y a la presunción de inocencia —en los términos aquí expuestos— han producido un efecto corruptor en la totalidad del proceso seguido en contra de [la recurrente] viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados.

Es importante establecer que ésta no es la primera ocasión en que la Primera Sala determina que la violación material a un derecho fundamental vicia tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede a otorgar la libertad del sentenciado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa.

La solución adoptada en la presente sentencia resulta, además, acorde al contenido del artículo 1° constitucional, cuyos párrafos segundo y tercero deben entenderse como una obligación genérica para el Estado mexicano orientada a buscar, siempre y en todo momento, una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los gobernados...

En consecuencia, esta Primera Sala... revoca la sentencia recurrida y ordena la absoluta e inmediata libertad de [la recurrente].

Pues bien, me parece que este caso permite extraer algunas ideas que inciden sobre la concepción “sustantiva” del debido proceso legal en materia penal, las cuales resumo a manera de conclusión:

- a) El proyecto adoptado por la sala, y basado en el primero que elaboró el ministro Zaldívar, no se limitó a comprobar que las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere el artículo 14 constitucional hubieran sido satisfechas; de lo contrario, habría coincidido con la postura del Tribunal Colegiado en el sentido de que los derechos fundamentales de la recurrente fueron respetados en todo momento. Lo cierto es que la sala terminó por dotar a los derechos de la quejosa de verdadero contenido, a partir de las circunstancias especiales del caso; digamos que se tomó sus derechos en serio. Esto quiere decir, para casos futuros, que no basta realizar un *check list* de los derechos del quejoso al resolver un amparo, sino que es menester interpretarlos a la luz de las circunstancias que rodearon la detención, las primeras diligencias, la imparcialidad del proceso penal, etcétera, conceptos que inciden sobre el debido proceso.
- b) La conclusión de la sala, como se dijo, fue que a partir de las violaciones graves a los derechos humanos de la recurrente se generó un “efecto corruptor” que se extendió a todo el proceso penal y a su resultado, esto es, al fallo mismo. Lo que se vició, según la sala, fue el derecho de la recurrente a un juicio justo, su derecho a una defensa adecuada, su derecho a un proceso imparcial, etcétera; aspectos específicos del debido proceso. Ahora bien, aquí me parece importante decir algo sobre el resultado del efecto corruptor generado en este caso, a saber:

el hecho de que las violaciones graves al debido proceso acarrearán como consecuencia la nulidad de todo lo actuado en el juicio; pero piénsese en lo que ello implica sobre otros valores que están en juego, específicamente, el de la seguridad de las actuaciones procesales. Parece que estamos frente a un “caso trágico” del derecho, es decir, aquel en el que no importa la decisión que se tome, siempre terminará violándose un principio o un valor jurídico fundamental.

- c) Otra observación preliminar se refiere al derecho de las víctimas a que se les haga justicia: en ninguno de los proyectos elaborados, ni en el voto particular de otro de los ministros, José Ramón Cossío, quien se pronunció en contra del proyecto de la mayoría, se hace alusión al derecho de las víctimas. ¿Qué relación tiene el debido proceso con este tipo de derechos? ¿El respeto al debido proceso no dependería también de que los derechos de la víctima u ofendido se satisfagan del mejor modo posible? Porque en el caso que se analiza parece que solo se tomaron en cuenta los derechos de la recurrente.
- d) En el caso que se examina, como se dijo, la sala terminó por conceder el amparo liso y llano fundándose en las violaciones graves al debido proceso. Hay quien afirma que, al tratarse de un amparo directo en revisión, el máximo tribunal del país no tenía la facultad de resolver el asunto con plenitud de jurisdicción; no se trataba, dicho de otro modo, de un caso que la Corte haya conocido en virtud de la facultad de atracción que puede ejercer en ciertos supuestos.¹⁸ Si esto es así, las violaciones a los derechos fundamentales y al debido proceso justificarían dejar de lado las normas procesales (que también son una garantía) para obtener el resultado que se pretende, lo que nos coloca nuevamente en la hipótesis de un caso trágico del derecho.
- e) *Last but not least*: el asunto que he analizado brevemente pone de relieve que el debido proceso no puede seguir entendiéndose como una cuestión de mera formalidad; sino que exige hacer una lectura o interpretación distinta de su

contenido bajo la óptica de los derechos humanos, los principios que rigen el proceso penal, el mandato del artículo 1° constitucional, etcétera, pero esto conlleva también algunos riesgos. Quizá haya dado la impresión de que soy demasiado indulgente con la resolución de la Primera Sala, pero ello no es así. También soy consciente de los problemas que esta concepción “sustantiva” del debido proceso entraña: principalmente, la necesidad de fijar sus contornos precisos. Es un debate sobre su misma estructura, sus alcances y las consecuencias de su violación. Establecer esos límites exige construir una teoría jurisprudencial del debido proceso mediante los casos resueltos por la Corte mexicana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una teoría basada en precedentes que determine cuándo no ha sido desarrollado un proceso penal imparcial, o cuándo no se ha dado el mismo trato a las partes, o cuando no se ha respetado el principio de inmediatez en el desahogo de las pruebas, etcétera; todo ello, con el fin de que haya más certeza sobre sus alcances. Diría que tomarse en serio los derechos del imputado —y los de la víctima u ofendido— exige una teoría de ese tipo.

5. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984.
- LOZANO, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre, conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, Imprenta del Comercio, de Dublín y Compañía, Calle de Cordobanes, núm. 8, México, 1876.
- MELGAREJO RANDOLF, L. y FERNÁNDEZ ROJAS, J., *El Congreso Constituyente de 1916 y 1917. Reseña histórica de los debates a que dieron lugar las reformas a la Constitución de 1857, presentadas por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder*

¹⁸ Véase Caso Cassez, una crítica desde la perspectiva del debido proceso | El Juego de la Suprema Corte (nexos.com.mx); consultado el 17/12/2020.

El debido proceso legal en materia penal: dos concepciones

Ejecutivo de la Nación, ante el Congreso Constituyente, reunido en la ciudad de Querétaro el día 1º de diciembre de 1916. Extracto de todos los documentos parlamentarios de la época y apuntes biográficos de los constituyentes más notables, precedidos del texto primitivo del Pacto de 57 y de un estudio crítico del mismo, Departamento de Talleres Gráficos de la Secretaría de Fomento, Colonización e Industria, 1ª Calle de Filomeno Mata, núm. 8, México, 1917.

NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, trad. de varios, Palestra, Lima, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999.

—, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 101-135.

RABASA, Emilio, *Artículo 14. Estudio constitucional*, Tipografía de “El Progreso Latino”, Chavarría, número 4, México, 1906.

STORY, Joseph, *Comentario abreviado a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América*, Imprenta del Comercio, de Dublán y Cía., Calle de los Cordobanes, núm. 8, México, 1879.

VALLARTA, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos del Sr. Lic. D. Ignacio L. Vallarta, presidente que fue de la Suprema Corte de Justicia Nacional en los negocios más notables resueltos por este tribunal desde mayo de 1878 hasta noviembre de 1882*, t. I, “Imprenta Particular”, a cargo de A. García, Calle del Águila, número 15, México, 1894.

Fuentes electrónicas

DOF - Diario Oficial de la Federación

Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn.gob.mx)

Caso Cassez, una crítica desde la perspectiva del debido proceso | El Juego de la Suprema Corte (neos.com.mx)

Aspectos jurídico-prácticos de la prisión provisional en el ámbito de la violencia de género

Ana Isabel Serrano Esteban

Profesora Dra. Máster Derecho Penal Económico
Universidad Internacional de la Rioja unir
anaisabel.serrano@unir.net

RESUMEN: La adopción de esta medida cautelar en el ámbito de la violencia de género, plantea diversas cuestiones de carácter jurídico-práctico, penal y procesal. En el presente trabajo se analizarán los requisitos necesarios para que pueda ser acordada por el juez o tribunal, y su posible concurrencia, con otras comparecencias frecuentes en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional, medida cautelar, violencia de género.

ABSTRACT: The adoption of this precautionary measure in the field of gender violence raises various questions of a legal-practical, criminal and procedural nature. In the present work, the necessary requirements will be analyzed so that it can be agreed by the Judge or Court, and its possible concurrence, with other frequent appearances in this matter.

KEY WORDS: Precautionary measure, gender violence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Requisitos para su adopción. 3. Procedimiento para su adopción y resolución pertinente. 4. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 ter de la LECrim. 5. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 798 de la LECrim. 6. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 bis in fine de la LECrim. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Con la entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG), no solo se contempló una protección penal, social,¹ laboral,² institucional³ o educativa,⁴ sino que se efectuó una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para reforzar la protección procesal y la seguridad de la víctima, que afectó, entre otras materias, a la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento y a la orden de protección, cuya competencia para acordarlas o dejarlas sin efecto se atribuyó, tras la modificación del artículo 14 LECrim, al Juzgado de Violencia de Género (JVG), Juzgado de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Audiencia Provincial, o Secciones de la misma que asumieron competencias específicas sobre la materia, y al Tribunal del Jurado.

Hay que tener en cuenta, como se verá más adelante, que la comparecencia de la prisión provisional del artículo 505 LECrim puede decretarse conjuntamente en el seno de otras comparecencias previstas en la LECrim, como puede ser la del artículo 544 bis in fine (quebrantamiento de medida cautelar), 544 ter (orden de protección) o la del artículo 798 LECrim (juicio rápido), pudiendo interesarse tanto por el Ministerio Fiscal como por las acusaciones personadas, y sin que pueda ser prevista de oficio, por el juez o tribunal sin haber sido solicitado por ninguna parte.

La prisión provisional es la medida de mayor repercusión para la libertad del imputado por lo que, como cabe esperar, solo será admisible por la comisión de los hechos más graves y que estén castigados con mayor pena en el Código Penal y no sea posible adoptar otras menos gravosas a través de las cuales se puedan conseguir los mismos objetivos, estableciéndose unas garantías reforzadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su adopción.

Al tener un carácter excepcional y temporal, cuando se aproxime su expiración será necesario, si fuera necesaria su prórroga, la comparecencia del artículo 504.2 de la LECrim a efectos de valorar su continuidad, previo informe del Ministerio Fiscal y del resto de partes personadas, incluida la defensa.

En materia de violencia de género, la prisión provisional no conlleva dejar sin efecto la medida de prohibición de aproximación y no comunicación con la víctima y con aquellos de sus familiares que se determinen, que pueda haberse adoptado en el seno de una orden de protección, incluso en los casos en los que se impusiera con control telemático pues, como se verá con mayor detenimiento, es necesario mantener la no comunicación con la víctima para evitar la reiteración delictiva o la presión que puede ejercerse sobre ella, para que no declare contra el agresor o para que retire la denuncia interpuesta.

2. Requisitos para su adopción

En la materia que nos ocupa, la prisión provisional es una medida cautelar que, como señala la STC 41/1982, de 2 de julio, está inspirada en su carácter no obligatorio, que se adopta por el juez o tribunal teniendo en cuenta las circunstancias del caso, es excepcional, puesto que durante el proceso penal rigen los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, y que debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria sin que, en ningún caso, se pueda aplicar para fines punitivos.

Como señala Arangüena Fanego,⁵ tras la LIVG contamos con un catálogo bastante amplio de medidas cautelares que permiten proteger de forma muy efectiva a la víctima, por lo que debe seguir siendo una medida de protección alternativa y residual.

Para acordar la prisión provisional de una persona frente a la cual se está siguiendo un procedimiento penal, es necesario que concurren los requisitos previstos en los artículos 502 y 503 de la LECrim.

Si atendemos al artículo 502 de la LECrim, lo primero que indica es que podrá ser acordada por el juez o tribunal que conozca la causa; por lo que solo la autoridad judicial de forma motivada puede

¹ Rivas Vallejo, P., «La protección social frente a la violencia de género», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007.

² Lousada Arochena, J. F., «Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja», *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009.

³ Villalba Pérez, F., «La Administración Pública ante la violencia de género», en Jiménez Díaz, M. J. (coord.), *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁴ Lorente Acosta, M., «Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones», *Revista de Educación*, nº 342, 2007.

⁵ Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 599.

establecerla. Además, únicamente procederá cuando objetivamente sea necesaria según lo dispuesto en el artículo 503 de la LECrim, al no existir otras medidas igual de eficaces y menos restrictivas que permitan cumplir los fines de su adopción.

En todo caso, el juez o tribunal al pronunciarse sobre su necesidad debe hacerlo con arreglo a todas las circunstancias del caso concreto, no solo las del hecho presuntamente cometido, sino también las del agresor, sin que pueda apreciarse cuando de la causa no existan indicios racionales de criminalidad o concurra una causa de justificación.

Cuando en el artículo 503 de la LECrim se habla de que “concurran los siguientes requisitos”, parece, de la expresión utilizada, que deban darse conjuntamente todos los que enumera, aunque a lo largo del texto quedan matizados.

El primero de ellos consiste en “que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena privativa de libertad cuyo máximo sea igual o superior a los dos años”, o bien, con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de serlo por condenas previas por delito doloso.

A este respecto, resulta necesario que se traigan a la causa y se unan a las actuaciones, los antecedentes penales del investigado mediante la consulta al Registro Central de Penados y Rebeldes efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia, donde se hará constar las condenas previas sufridas y, en su caso, si ha estado en prisión provisional con anterioridad y por qué delitos.

Al Ministerio Fiscal se le deberá facilitar, junto con la copia de las actuaciones, dicha consulta de antecedentes penales para poder instruirse de cara al informe que debe prestar en la comparecencia del artículo 505 de la LECrim.

Lo anterior no solo servirá para valorar la proporcionalidad y procedencia de la medida cautelar, sino, además, la peligrosidad del agresor, pues, como ya se verá, al tratar la comparecencia del artículo 544 ter de la LECrim, es un elemento objetivo que debe tenerse en cuenta de cara a su solicitud.

No basta con que los hechos que se atribuyen al infractor revistan apariencia de delito, sino que será necesario que, de las actuaciones practicadas, existan indicios racionales de criminalidad contra el investigado; en concreto y de forma literal, “que aparezca

en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”. Es lo que se conoce como *fumus commissi delicti* lo que exige hacer un juicio de valor sobre las pruebas practicadas hasta ese momento, incluía la declaración de la víctima que, como sabemos, dispone de la dispensa del artículo 416 de la LECrim que le permite no declarar contra su cónyuge o pareja sentimental.

De lo anterior se deduce que difícilmente se podrá solicitar por el Ministerio Fiscal, y ser admitida por el juez o tribunal, la prisión provisional del agresor si la víctima no declara o lo hace en términos exculpatorios, si el resto de los elementos probatorios no tienen suficiente firmeza.

Además, se requiere en el artículo 503 de la LECrim que la prisión provisional persiga alguno de los fines que enumera, siendo el primero de ellos, asegurar su presencia en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. El propio precepto nos da las pautas para afirmar cuándo puede darse el mismo. En concreto, la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena que pudiera corresponder por su comisión, la situación familiar, laboral y económica del agresor y la proximidad de la celebración del juicio oral se contemplan como elementos a valorar de cara a su concesión. Obviamente, no todos estos elementos tienen el mismo peso a la hora de decidir sobre su solicitud o procedencia, pues por mucha vinculación que pueda tener el encausado en nuestro país, si los hechos revisten de la suficiente gravedad procederá el dictado del auto de prisión provisional para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia.

El artículo 503 nos indica que existirá riesgo de fuga cuando en los dos años inmediatamente anteriores, se haya dictado contra el mismo, al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda, al no haber comparecido ante un juez o tribunal en alguna causa previa. En estos casos ya no resulta aplicable el límite penológico previsto en el apartado primero.

No obstante, esta circunstancia debe ser matizada y aplicada restrictivamente en los casos en los que la celebración del juicio oral se encuentre próxima, sobre todo en el ámbito de los juicios rápidos cuya horquilla temporal se sitúa en torno a las dos semanas como máximo, según se establece en el artículo 800.3 de la LECrim, desde que se dicta el auto de juicio oral, dado su carácter preferente y por contar con una agenda específica de señalamientos.

Aspectos jurídico-prácticos de la prisión provisional en el ámbito de la violencia de género

Dentro del requisito del *periculum in mora o periculum libertatis*, debemos incluir también, que la prisión provisional sea precisa para evitar la posibilidad de que el investigado pueda ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba relevantes de cara al juicio oral, siendo necesario que exista un riesgo fundado y concreto, y no meramente potencial. En el ámbito de la violencia de género un elemento que permite su valoración es la capacidad del agresor de influir en la víctima para que retire la denuncia, la acusación ejercida en el procedimiento penal o se acoja a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, sobre todo, cuando tengan hijos en común. Indudablemente, no solo por esa circunstancia se acordará por el juez o tribunal la prisión provisional, pero es un elemento más para tener en cuenta.

Por último, otro de los elementos que se evalúa para solicitar la prisión provisional, es el peligro de reiteración delictiva, que en la materia que nos ocupa, se focaliza en la posibilidad de que el agresor vuelva a atentar contra bienes jurídicos de la víctima.

El hecho de que la víctima guarde con el agresor una relación de afectividad, presente o pasada e incluso de convivencia, aumenta considerablemente la probabilidad de que la víctima pueda volver a resultar agredida en comparación con otros tipos delictivos en los que la elección de la víctima es más casual. Hay que recordar que en muchas ocasiones el delito se produce en el interior del domicilio familiar sin la presencia de testigos y sin que nadie pueda auxiliar a la víctima, lo que aumenta considerablemente la inseguridad.

A la hora de apreciar este riesgo es necesario tener en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes: gravedad de los hechos, antecedentes penales del imputado, sobre todo por delitos violentos, si han existido denuncias o procedimientos penales previos con la misma o distinta pareja, si estaba vigente alguna medida cautelar y se ha quebrantado la misma, o cualquier otro elemento que sirva para hacer apreciar la probabilidad de que vuelvan a repetirse los hechos.

En los casos de violencia de género no se exige que el delito cometido deba tener señalada una pena igual o superior a dos años de prisión y ello es así, porque de ser aplicable ese límite penológico, solo se podría acordar la prisión provisional para aquellos delitos más graves, dejando fuera prácticamente todos los delitos más frecuentes que se cometen en esta materia: delito de maltrato o lesiones del artículo 153,

delito de amenazas del artículo 171, delito de coacciones del artículo 172 e incluso, el delito de quebrantamiento de medida cautelar o de pena del artículo 468 del CP al llevar aparejada, todos ellos, una pena de un año de prisión como máximo, y que pueden haberse llevado a cabo vulnerando una pena o medida cautelar de prohibición de aproximación y no comunicación.

Este elemento sirve también a los efectos de decidir sobre la concesión de la orden de protección del artículo 544 ter de la LECrim, pues los criterios que se siguen para su otorgamiento son la existencia de indicios racionales de criminalidad y la presencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

El riesgo de reiteración delictiva tampoco puede ser apreciado exclusivamente para acordar la prisión provisional, y el juez o tribunal no puede dictar auto de prisión provisional ante la eventualidad potencial de que la víctima vuelva a ser agredida, sino que será otro elemento más a apreciar.

Incluso en aquellos casos en los que se haya producido un quebrantamiento de la orden de protección acordada, no procederá sin más interesar la convocatoria del art. 505 en relación con el artículo 503 de la LECrim, sino que lo procedente es que el Ministerio Fiscal interese del órgano judicial la celebración de la convocatoria del artículo 544 bis in fine, a los efectos de valorar si procede dejar sin efecto dicha orden de protección, siendo en este extremo necesario oír a la víctima para volver a requerir de cumplimiento al imputado o agravar su situación, como veremos.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la situación objetiva de riesgo en el que se puede encontrar la víctima y exige su motivación y concreción, sin que por el hecho de existir un quebrantamiento de medida cautelar o de condena, se deba de entender implícito el mismo así, por ejemplo, en la STC nº 62/2005, del 14 de marzo en la que se insiste en su carácter excepcional.

3. Procedimiento para su adopción y resolución pertinente

Una vez que el detenido es puesto a disposición judicial, ya del Juzgado de Violencia de Género o el Juzgado de Instrucción en funciones guardia, en los casos procedentes, según el artículo 505 de la LECrim, salvo que el juez o tribunal acuerde su libertad sin fianza, deberá convocar al Ministerio Fiscal y a

las partes personadas a una comparecencia para que puedan pronunciarse sobre su situación personal.

En esta comparecencia el juez o tribunal habrá que tomar declaración al detenido, que deberá comparecer asistido de letrado, sobre los hechos que se le imputan y, en su caso, a la víctima y demás testigos.

Es importante destacar que las partes personas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, por lo que es necesario que el letrado de la defensa pueda consultar las actuaciones incluso con carácter previo a que se interrogue a su defendido, según se contempla en los artículos 302 y 505.3 de la LECrim salvo en el caso de que se hubiera decretado el secreto de sumario, que en la materia que estamos tratando no suele acordarse.

A los efectos de poder informar adecuadamente, las partes podrán interesar la práctica de las diligencias de prueba que tengan por conveniente y que se puedan celebrar en dicho momento o, a más tardar en un plazo de 62 horas a contar desde que el detenido fue puesto a disposición judicial, pues es el plazo máximo en el que debe resolverse sobre su situación.

Respecto de la víctima, si no estuviere personada como acusación particular, se le ofrecerá dicha posibilidad en el momento de prestar declaración ofreciéndole siempre la posibilidad de estar asesorada por un letrado.

En los casos en los que la víctima sea menor de edad se interesará por el Ministerio Fiscal que su declaración se preste a través de medios telemáticos o técnicos que hagan posible la práctica de aquella, para evitar la confrontación visual con el inculcado, según se prevé en el artículo 707, en relación con el artículo 448 in fine de la LECrim y el artículo 229 de la LOPJ.

Dependiendo de los hechos que se imputen al detenido será conveniente la práctica de determinadas diligencias de prueba para valorar los indicios de criminalidad y la gravedad de los hechos cometidos, siendo habitual que se tome declaración a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que intervinieron y llevaron a cabo la detención, y la pericial del médico forense que hubiere emitido el informe de sanidad, a los efectos de ampliar o aclarar algún extremo del mismo que las partes puedan interesar.

La resolución que establezca la prisión provisional del inculcado deberá adoptar la forma de automotivado y será recurrible en reforma y apelación, en los

términos del artículo 766 de la LECrim. La necesidad de motivación deriva no solo de las graves consecuencias que se derivan para la libertad del encausado, sino también de la exigencia de valoración de los diferentes criterios que han llevado al juez o tribunal a acordarla.

Una vez dictado dicho auto deberá ser notificado al acusado y remitir una copia al director del establecimiento penitenciario donde deba ingresar y otra, a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que deban encargarse de su traslado.

Como ya se ha indicado con anterioridad, la prisión provisional está presidida por los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y provisionalidad, este último, según se recoge en el artículo 504 de la LECrim, por lo que está sujeta a unos límites temporales, de forma que solo durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines para los que se acordó y, en tanto, subsistan los motivos que llevaron a adoptarla.

Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para los fines previstos en las letras a) o c) del apartado 3º o en el apartado 2º del artículo 503, su duración máxima será de un año si la pena privativa prevista para el delito por el que se estén siguiendo las actuaciones fuera igual o inferior a tres años, o dos años si la pena privativa de libertad fuera superior a tres años, aunque se prevé la posibilidad de acordar la prórroga de los mismos por una sola vez por seis meses y dos años respectivamente, cuando se prevea que la causa no pueda ser juzgada en los plazos inicialmente previstos.

Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para los fines previstos en la letra b) del apartado 3º del artículo 503, su duración no podrá exceder de seis meses. Los plazos señalados se entenderán sin perjuicio de que si una vez acordada la libertad provisional por haber alcanzado el límite máximo, el inculcado dejare de comparecer ante la autoridad judicial los días que se le hubiere fijado por el juez o tribunal, podrá nuevamente acordarse esta medida cautelar.

La tramitación de causas con preso tiene preferencia en relación a las demás, así se indica expresamente en el expediente judicial y en los escritos de acusación con causa con preso se expresará por el Ministerio Fiscal el límite máximo en el que celebrar el juicio oral o, en su caso, prorrogar la misma en su condición de parte necesaria en el proceso penal y en el deber que le corresponde de velar por los derechos

fundamentales en cuantas actuaciones intervenga, según se recoge en el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, del 30 de diciembre).

Por último, en los casos de sentencia condenatoria se permitirá prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia. En los casos de violencia de género, al tener previstos en la mayoría de los tipos penales (delito de lesiones o maltrato del artículo 153 del CP, delito de amenazas del artículo 171 del CP o delito de coacciones del artículo 172.2 del CP) una pena privativa de libertad de hasta un año de duración, el límite máximo de prisión provisional no podrá exceder de la mitad de duración de la pena impuesta en la sentencia, que como máximo será de seis meses en los casos señalados, según el párrafo segundo del artículo 504.2 de la LECrim.

4. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 544 ter de la LECrim

En casos de violencia de género es bastante frecuente que la comparecencia de prisión provisional del artículo 505, en relación con el artículo 503 de la LECrim, se celebre conjuntamente, con la comparecencia de la orden de protección ante la necesidad de contar con la víctima a lo largo del procedimiento y dispensarle una adecuada protección.

Para Moral Moro,⁶ la finalidad que se persigue con las medidas judiciales de protección y de seguridad previstas en la LIVG a través de la orden de protección, no es garantizar el cumplimiento de la sentencia, sino tutelar a la víctima. En mi opinión y como reiteradamente he manifestado, la finalidad que se pretende con la orden de protección es proteger a la víctima y a los descendientes comunes, pero no exclusivamente, pues no debemos olvidar que también se pueden acordar otro tipo de medidas dentro de la orden de protección; como la suspensión de la patria potestad de los menores, artículo 65 LIVG, la suspensión del régimen de visitas, artículo 66 LIVG, la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas, artículo 67 LIVG y cualesquiera otras medidas cautelares previstas en la LECrim y civiles a que se refiere el artículo 544

ter apartado 6º y 7º respectivamente. Además, con la orden de protección se confiere a la víctima un estatuto integral de protección cuyo contenido y finalidad es más amplio que el previsto para las medidas cautelares penales.⁷

La orden de protección puede ser interesada por la víctima, por alguna de las personas contempladas en el art. 173 del CP y por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que los organismos y entidades asistenciales que tengan conocimiento de la comisión un acto de violencia de género, deberán denunciar los hechos de conformidad con el art. 262 de la LECrim, pero sin tener legitimación activa para solicitarla.⁸

La orden de protección no se otorga a la víctima de forma automática tras su petición, sino que debe verificarse el cumplimiento de una serie de requisitos en el seno de una comparecencia señalada en el artículo 544 ter de la LECrim a celebrar ante el JUM correspondiente al domicilio de la víctima, según lo dispuesto en el artículo 15 bis de la LECrim, en el plazo máximo de 72 horas siguientes a su solicitud, y a la que debe asistir el agresor, asistido de su abogado, el Ministerio Fiscal y la víctima, que puede estar o no asistida de letrado, pero cuyo derecho al mismo se prevé en el artículo 20 de la LIVG. La incomparecencia de alguna de las partes no impedirá que se adopten por el juez o tribunal las medidas de protección que considere conveniente para proteger a la víctima en los términos del artículo 13 y 544 bis de la LECrim, debiendo convocar nuevamente la comparecencia del artículo 544 ter cuando sea habida la parte ausente.

La razón de ser de esto último radica en la necesidad de no privar a la víctima del estatuto integral al que tiene derecho con el auto de orden de protección y a las medidas asistenciales y económicas aparejadas con la misma; por lo que, a pesar de las reticencias de algunos jueces a la convocatoria, es necesaria su celebración, sobre todo si el ausente es el agresor. En principio, solo podría acordarse la suspensión de la vista por la ausencia del letrado del agresor, pues es necesario salvaguardar su derecho de defensa.

En relación con la ausencia de la víctima, la Circular de la FGE nº 3/2003, del 18 de diciembre afirma que no es suficiente para acordar la suspensión de la

⁶ Moral Moro, M. J., «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género», *Revista Jurídica de Castilla León*, nº 14, 2008, p. 125.

⁷ Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁸ Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.

comparecencia, pero en atención a que es necesario ponderar adecuadamente su concesión, entiendo que sí es necesaria su asistencia.

Respecto a la presencia del Ministerio Fiscal en dicha comparecencia es posible que se pueda realizar a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 de la LECrim, pudiendo informar sobre su concesión por escrito.

La competencia objetiva para resolver sobre la orden de protección y la prisión provisional se determina en función de la materia y por razón de la persona. Por razón de la materia específica en la que nos encontramos, los artículos 87 ter 1º y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 14.5 de la LECrim, recogen un criterio mixto que comprende un amplio catálogo de delitos, una cláusula genérica y una competencia por conexión, y ello sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

Las infracciones de las que puede conocer el JVM han sido referenciadas por los títulos del Código Penal al que pertenecen y no a delitos concretos; en particular, se incluye el homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexual. La cláusula genérica y por conexión incluyen “cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación” siempre que la víctima sea mujer que esté o haya estado unida por vínculo matrimonial o relación de afectividad contra el inculpado, admitiéndose conjuntamente algunas de las previstas en el artículo 173.2 del CP. El hecho de que se excluyan las víctimas de relaciones afectivas entre personas del mismo sexo fue objeto de debate parlamentario y crítica doctrinal.⁹

La competencia judicial por razón de la persona viene determinada por la cualidad especial del sujeto pasivo. El artículo 87 ter 1º a) se refiere a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, incluso sin convivencia, así como de los cometidos contra descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o

conviviente, cuando también se haya dirigido la acción delictiva contra estos.

La competencia funcional puede recaer dependiendo de la gravedad de la pena, del delito cometido y del momento procesal en el que nos encontremos en diversos órganos judiciales; así, en el JVM, en el Juzgado de lo Penal, Audiencia Provincial o Tribunal del Jurado variando, por consiguiente, el órgano judicial encargado de conocer de los recursos planteados por las resoluciones judiciales dictadas por estos. Así también lo entienden Alhambra Pérez,¹⁰ Cuadrado Salinas y Fernández López.¹¹

La orden de protección exige unos requisitos bastante coincidentes con los exigidos para la prisión provisional: 1) indicios fundados de la comisión de una infracción penal por parte del agresor; 2) que los hechos denunciados sean propios de violencia de género, exclusivamente o conjuntamente con violencia doméstica; 3) que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima; 4) que se resuelva la orden de protección por el órgano judicial competente; 5) que la resolución que la decida adopte la forma de auto motivado recurrible y; por último, 6) que sea proporcional, idónea y necesaria a los fines de protección de la víctima.

En la celebración de ambas comparecencias simultáneamente será necesario efectuar las diligencias prueba con anterioridad para que el Ministerio Fiscal pueda emitir su informe, al igual que el resto de las partes personadas, y el juez o tribunal resolver conforme a las mismas.

Respecto de la existencia de indicios racionales de criminal, me remito a lo ya expuesto en la comparecencia de la prisión provisional, recordando que no será necesario que los hechos delictivos estén castigados con una pena superior a los dos años de prisión al disponerlo expresamente el artículo 503.1 apartado 3º c) de la LECrim.

En lo que se refiere a la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, se corresponde en buena medida, con lo ya analizado para la prisión provisional en relación con el riesgo de que se pueda volver a atentar contra bienes jurídicos de la víctima previsto en el artículo 503.1 apartado 3º c). Sobre este

⁹ Alhambra Pérez, P., «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

¹⁰ Ut supra.

¹¹ CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006.

punto es importante traer a colación el informe de valoración del riesgo que se efectúa por las fuerzas y cuerpos de seguridad al recibir la denuncia por la víctima o cuando intervienen en los hechos y que se une al atestado. En el mismo, a través de un cuestionario que se realiza a la víctima, se valora con riesgo extremo, grave o bajo la situación en la que se encuentra, y les permite poner en marcha los protocolos de actuación y seguridad necesarios.

La orden de protección se podrá acordar aun en el caso de que la víctima no la considere precisa, pues la estimación del peligro en el que se encuentra no se hace depender de la percepción que tenga, e incluso en los casos en los que el inculcado ingrese a prisión provisional se podrán acordar también otras medidas cautelares como la prohibición de aproximación y no comunicación o la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas.

Aunque se celebren de forma simultánea ambas comparecencias será necesario que el juez se pronuncie de forma separada en dos autos distintos: el de la orden de protección y el de la prisión provisional, ambos recurribles, como reiteradamente se ha pronunciado la AP de Madrid (AAP de Madrid, Secc. 27ª n° 1092/2010, de 13 de diciembre, n° 258/2011, de 28 de febrero, y n° 472/2011, de 4 de abril, entre otros).

Por último, hay que recordar que las medidas cautelares que se pueden acordar en el seno de la orden de protección no son solo penales, sino también civiles si no tuvieran medidas civiles en vigor, para resolver, entre otros pronunciamientos, sobre la guardia y custodia de los menores, el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, el importe de la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Aunque las medidas civiles estén pensadas cuando existen hijos en común no se descarta que se puedan solicitar por la propia víctima para evitar quedar en una situación de indefensión. En ese sentido, Peramato Martín¹² así lo defiende cuando la víctima depende absolutamente del agresor para evitar que quede completamente en situación de indigencia.

En idéntico sentido, Martínez Derqui¹³ señala que el artículo 544 ter de la LECrim se refiere expresa-

mente al régimen de prestación de alimentos sin que pueda obviarse, del contenido del artículo 143.1º del Código Civil, que los cónyuges están obligados recíprocamente a prestarse alimentos.

A diferencia de las medidas penales, las civiles tendrán una duración de 30 días, transcurridos los cuales quedarán sin efecto si no se presenta por alguno de los dos progenitores, demanda ante el JMV para dar firmeza a las medidas acordadas.

5. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 798 de la LECrim

Esta comparecencia guarda relación con la posible celebración del juicio rápido ante el JMV en funciones de guardia y, en todo caso, con la necesidad de resolver sobre la situación personal del agresor detenido.

En los casos en los que, por razón de los hechos que se imputan al inculcado, se haya procedido a su detención por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, es necesario que se proceda a regularizar su situación por el JMV que se encuentre en funciones de guardia.

El artículo 795 de la LECrim prevé estos juicios rápidos cuando los hechos delictivos no tengan señalada una pena privativa de libertad superior a cinco años y su instrucción sea previsiblemente sencilla. En atención al límite penológico previsto en la ley, su enjuiciamiento corresponderá al Juzgado de lo Penal según lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LECrim siendo de aplicación, con carácter supletorio, las normas previstas para el procedimiento abreviado. No obstante, se trata de un procedimiento especial al aplicarse solo para determinados delitos y bajo supuestos especiales.¹⁴

Será la policía judicial quien, en las mismas diligencias donde quede unido el atestado instruido, deberá dejar incorporadas las citaciones oportunas que hubiere practicado al detenido y su letrado, a la víctima y a los demás testigos, para la celebración del juicio rápido ante el JMV en funciones de guardia y con arreglo a la agenda de señalamientos coordinada con dicho Juzgado, conforme el artículo 797 de la LECrim.

Género, Madrid, 2010.

¹² Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.

¹³ Martínez Derqui, J., «Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de*

¹⁴ Sancho Casajús, C., «La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos», en Boldova Pasamar, M. A., y Rueda Martín, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

Una vez remitidas las actuaciones al JVM competente, se incoará procedimiento de diligencias urgentes y se ordenará por el juez la práctica de las diligencias de prueba que considere necesarias: la incorporación de los antecedentes penales del detenido y de los existentes en el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica, VIFA, FORTUNY, SIRAJ o en otros registros administrativos,¹⁵ a los efectos de comprobar si han existido otros procedimientos con la misma o diferente pareja, el interrogatorio del detenido, la declaración de la víctima y de los demás testigos que hayan presenciado los hechos y el informe de sanidad forense, entre otras.

Estas diligencias de prueba deberán ser practicadas durante el servicio de guardia por el JVM. En aquellos casos en los que no de tiempo a su práctica, cuando el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a 24 horas, se podrá prorrogar por el juez, por un plazo adicional de 72 si el atestado se ha recibido por el juzgado antes de las 48 horas anteriores a la finalización de la guardia.

En ningún caso será admisible que el JVM acuerde la suspensión del juicio rápido para la práctica de las diligencias de prueba que sean necesarias más allá del plazo indicado en el artículo 799 de la LECrim, ni tampoco la transformación del procedimiento de diligencias urgentes a diligencias de procedimiento abreviado con dicha finalidad, y convertirlo nuevamente en diligencias urgentes bajo los argumentos de rapidez procesal, pues las normas procesales son indisponibles y no admiten una interpretación *ad hoc* por el instructor de la causa, como ya se pronunció reiteradamente la Audiencia Provincial de Madrid, entre otros, en el auto nº 2330/2009, del 4 de noviembre.¹⁶

Después de las diligencias anteriores, las partes deben informar verbalmente si las pruebas practicadas son suficientes o solicitar las que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos. El juez, a la vista del resultado de las actuaciones deberá decidir si las diligencias son suficientes y sobre la pertinencia de las interesadas rechazando las que considere innecesarias, impertinentes o inútiles, pero

sin forzar un escrito de acusación por el Ministerio Fiscal en casos de insuficiencia probatoria en aras a ganar agilidad procesal (Circular nº 1/2003, de 10 de abril de la FGE).

En este primer caso, tanto el Ministerio Fiscal como el resto de las partes personadas deberán pedir, a continuación, o bien la apertura de juicio oral contra el inculpado o el sobreseimiento de las actuaciones de los artículos 637 o 641 de la LECrim.

Si el juez acuerda la apertura del juicio oral solo a instancia de una de las partes, volverá a dar traslado a la que hubiera solicitado el sobreseimiento, para que presente su escrito de acusación, de absolución o de defensa, según lo dispuesto en el artículo 783.1 de la LECrim.

Es en este momento cuando el Ministerio Fiscal y el resto de las partes personadas, deben pronunciarse sobre la situación personal del detenido en atención al resultado de las pruebas prácticas y sobre la procedencia de cualquier otra medida cautelar, en su caso.

En este procedimiento de diligencias urgentes pueden celebrarse tres comparecencias diferentes, según lo dispuesto en el artículo 544 ter apartado 4º in fine; la del artículo 798 para solicitar la transformación del procedimiento a diligencias previas, la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de las actuaciones; la del artículo 544 ter para resolver sobre la orden de protección y, por último, la del artículo 505 de la LECrim sobre la prisión provisional, cuando lo solicite el Ministerio Fiscal o el resto de partes personadas pues en la práctica si no se advierte expresamente, el Juez acordará la libertad provisional al detenido.

El auto del JVM que establezca la transformación del procedimiento en diligencias previas será recurrible en los términos del artículo 766 de la LECrim, mediante recurso de reforma y/o subsidiario de apelación. Contra el auto del juez que acuerde la apertura de juicio oral, no cabrá recurso alguno. El juez no podrá declarar no recurrible el auto que resuelva sobre la orden de protección ni sobre la prisión provisional del agresor, incluso en el supuesto de decidir todas estas cuestiones en el mismo auto o motivando que la Audiencia Provincial no podrá pronunciarse sobre el recurso interpuesto antes de la celebración del juicio oral, al ser contrario a los artículos 783.3 y 766 de la LECrim.

Como puede advertirse, la declaración que efectúa la víctima en el seno de este procedimiento tiene

¹⁵ Sistema de Registros de Apoyo a la Administración de Justicia donde se recoge la existencia de previos procedimientos entre el inculpado y la misma o diferentes víctimas, así como las medidas cautelares vigentes o cesadas que se adoptaron en dichos procedimientos.

¹⁶ Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.

mucha importancia, ya que permitirá decidir no solo sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento de las actuaciones, sino sobre el resto de las cuestiones planteadas en las otras comparecencias: la orden de protección y la situación personal del inculpado.

La dispensa del artículo 416 de la LECrim puede tener un efecto perjudicial para la víctima. Si en principio se prevé como válvula de escape al conflicto interno que supone ser la responsable de un proceso penal contra su pareja sentimental, puede convertirse en una losa que se ejerce sobre la misma por parte del propio inculpado o de su familia para intentar parar el procedimiento.

Como se recoge en el voto particular a la STS nº 1629/2018, del 25 de abril, firmado por Del Moral García, la respuesta que se transmite con el derecho penal queda muy debilitada con la dispensa referida, pues el mensaje que se da al infractor es que después de demostrada la comisión de un delito se le impondrá una pena, salvo que la víctima se acoja al artículo 416 de la LECrim para no prestar declaración, aunque previamente hubiera estado personada como acusación particular en el procedimiento. Si bien este argumento es aplicable a la víctima actual del proceso al permitirle aligerar su conflicto interno y carga emocional, es perjudicial para las víctimas en potencia al disminuir el poder disuasorio del derecho penal.

Del Moral García enlaza la anterior postura con la posibilidad de que la víctima preste declaración con carácter preconstituido en la fase de instrucción, conforme el artículo 448 de la LECrim, para aliviar esa presión sobre la víctima y; sobre todo, porque no se puede hacer depender el fallo de una sentencia exclusivamente de su declaración como se recuerda en el artículo 55.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica realizado en Estambul, el 11 de mayo de 2011. El hecho de que se pueda hacer valer la declaración preconstituida por la víctima realizada en fase de instrucción en el juicio oral cuando se acoge a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, no impedirá efectuar una correcta valoración sobre la fiabilidad de esta, por parte del juzgador.

Indudablemente, si no se considera adecuada la lectura de la declaración de la víctima por la vía del artículo 730 de la LECrim, que al apartarse del procedimiento pierde su condición de víctima y queda relegada a una posición de testigo, *de lege ferenda* sería

muy recomendable que se ofreciera la vía del artículo 448 de la LECrim para incluir su declaración en el acto de juicio oral, al no quedar afectado el derecho de defensa del acusado al practicarse con contradicción, aunque esta posibilidad está del todo descartada en la STS nº 205/2018, de 25 de abril¹⁷.

En idéntico sentido se han pronunciado también Cerón Hernández y Magro Servet¹⁸ interesando una modificación del sistema de prueba que respetando los principios de contradicción e inmediación eviten la victimización secundaria de la víctima conforme al artículo 777.2 de la LECrim.

Aunque algún autor, como López Tébar,¹⁹ propone que la declaración de la víctima tenga lugar con carácter anticipado, más bien parece que se refiere a efectuarla con carácter preconstituido, al no ser posible practicar una prueba anticipada sino por el mismo órgano judicial que se encargará de su enjuiciamiento, por disponerlo el artículo 657 de la LECrim en relación con los artículos 649 y siguientes, del mismo texto legal.

6. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 544 bis in fine de la LECrim

Cuando se acuerda la celebración de la comparecencia del artículo 544 bis in fine es porque se ha producido un quebrantamiento de la orden de protección acordada en el procedimiento.

Estamos ante una de las situaciones que peores consecuencias puede desencadenar para el agresor; no solo porque en el seno del procedimiento donde se ha incumplido la orden de protección se podrán adoptar otras medidas cautelares más gravosas para el mismo, sino porque ya el quebrantamiento supondrá iniciar otro procedimiento judicial.

En los casos en los que, durante el servicio de guardia, el JVM reciba un atestado del que se desprenda el incumplimiento de una medida cautelar acordada por otro juzgado, no solo se deberá ofrecer a la víctima

¹⁷ Ponente Del Moral García, ROJ: STS 1629/2018.

¹⁸ Cerón Hernández, J. C., y Magro Servet, V., «Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituida con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

¹⁹ López Tébar, E., «La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar», *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007.

la posibilidad de una nueva orden de protección en el nuevo procedimiento, sino que es necesario remitir testimonio de las nuevas actuaciones a dicho juzgado para celebrar la comparecencia del artículo 544 bis in fine y la del artículo 505 en los términos del artículo 503 de la LECrim, por si procediera acordar en dicho procedimiento, la prisión provisional u otro tipo de medida cautelar que implique una mayor restricción de su libertad como, por ejemplo, la colocación de un dispositivo de control de la geolocalización del agresor.

El JVM que se encuentre instruyendo las nuevas actuaciones deberá solicitar la expedición del testimonio de la resolución que contenga la medida cautelar, el requerimiento efectuado al agresor y el certificado de la vigencia de dicha resolución por parte del Letrado de la Administración de Justicia del JVM que hubiere acordado la medida cautelar quebrantada, para verificar que dicha medida se encontraba en vigor en el momento de su quebrantamiento y de que el inculpado fue correctamente requerido y notificado de la misma.

Si se trata de un quebrantamiento de pena, se solicitará del Juzgado de Ejecutorias el testimonio de la sentencia firme que imponga al infractor la pena quebrantada, el de la notificación realizada al condenado, el de la liquidación de las penas quebrantadas y del auto aprobando las mismas.

En este caso será necesario remitir testimonio de las nuevas actuaciones al juzgado encargado de la ejecución de la pena quebrantada para que, en su caso, acuerde la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad que hubiere acordado, al representar un claro incumplimiento de los requisitos para su obtención.

En ocasiones, las alarmas injustificadas de dichos dispositivos provocan un exceso de sobresalto en la propia víctima, sobre todo cuando se activan por haber estado circulando por una vía que le conduce hasta su trabajo y que, irremediamente se adentra dentro del límite previsto en el auto de la medida cautelar y que requerirá ser valorado por el ministerio fiscal y el JVM; pero también dichos avisos se producen cuando el sometido a la misma se separa del dispositivo, lo manipula para intentar burlarlo o cuando no lo carga. Es en estos casos cuando surge una verdadera necesidad de protección de la víctima, pues pueden dejar de funcionar y no transmitir la localización del infractor, con el peligro y la falta de seguridad que produce.

Es importe recordar que las resoluciones judiciales deben respetarse y cumplirse por los obligados a ellas, de forma que el cumplimiento de una orden de protección no depende de que la víctima consienta o no el mismo. El auto que acuerda una medida cautelar de prohibición de aproximación y no comunicación es una resolución judicial que obliga al acusado desde el momento en el que se le notifica y requiere de cumplimiento, de forma que el consentimiento de la víctima no transforma en lícita una conducta que no lo es.

Habiendo quedado acreditada la necesidad de la comparecencia del artículo 544 bis in fine se sustanciará simultáneamente con la de la prisión provisional. En dicha comparecencia deberá estar presente el infractor acompañado de su abogado, el Ministerio Fiscal y la víctima, ya se encuentre o no personada en el procedimiento pudiendo estar acompañada de su letrado.

En la comparecencia será necesario presentar aquellas pruebas que sean convenientes para valorar la gravedad del incumplimiento. En todo caso se escuchará al inculpado respecto de los términos y circunstancias en los que se ha producido dicho quebrantamiento al igual que será necesaria la declaración a la víctima. Cuando el quebrantamiento se haya producido en el seno de una discusión y haya resultado lesionada la víctima, será imprescindible el informe de sanidad forense para valorar la entidad y etiología de las lesiones sufridas. Si los hechos se produjeron en presencia de terceros será preciso recibirles declaración.

Una vez practicadas las diligencias de prueba pertinentes el Ministerio Fiscal y el resto de las partes que se encuentren personadas en el procedimiento, informarán sobre las medidas cautelares a adoptar. Otra vez deberán valorarse todos los elementos del artículo 503 de la LECrim, pues el quebrantamiento supone una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente para no decretar en su momento la prisión provisional.

El peligro que supone el agresor, en estos extremos, debe conectarse con la seguridad de la víctima para garantizar su protección. No faltan autores, como Acale Sánchez²⁰ que lo consideran un elemento objetivo que permite apreciar la probabilidad que tiene la

²⁰ Acale Sánchez, M., «Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

Aspectos jurídico-prácticos de la prisión provisional en el ámbito de la violencia de género

víctima de volver a ser atacada por su pareja o expareja, y que se distingue de su peligrosidad criminal.

Dentro de las opciones posibles, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la prisión provisional del infractor al haber aumentado el riesgo de que pueda volver a atentar contra bienes jurídicos de la víctima al resultar insuficientes las medidas de protección que se acordaron con anterioridad. En mayor medida quedará acreditado este riesgo cuando además del quebrantamiento, se haya producido una agresión de la que resulten lesiones a la víctima o a otros miembros que integren la unidad familiar. La gravedad de los nuevos hechos justifica, por sí solo, esta medida.

Más dudas plantean los casos en los que el quebrantamiento de la prohibición de no comunicación con la víctima viene motivado normalmente por la necesidad de comunicación con los hijos. Ante estas circunstancias, será el propio criterio del Fiscal el que le conduzca a emitir su informe. Es indiscutible que no tendrá sentido interesar ante este quebrantamiento la colocación al inculcado de un dispositivo que controle su geolocalización pues el incumplimiento no guarda relación con la prohibición de aproximación.

El quebrantamiento también puede producirse cuando la víctima, por diversos motivos, por ejemplo, laborales, sanitarios o educativos, tiene que entrar dentro del perímetro de prohibición de aproximación. Para evitar resultados indeseables, es conveniente que todas estas circunstancias sean tomadas en cuenta y dadas conocer, tanto por la víctima como por su letrado, para adaptar esa prohibición a unos parámetros que permitan ser respetados por el inculcado, pues no tenemos que olvidar que quien tiene que respetar y cumplir esa distancia de seguridad es el agresor.

En los casos en los que el quebrantamiento se haya producido en las proximidades del domicilio familiar o del centro escolar al que acuden los hijos comunes, es necesario aumentar las medidas de protección hacia la víctima y sus hijos. Si la prohibición de aproximación y no comunicación en vigor no contemplaba que las mismas se controlaran con dispositivos de control de la geolocalización del infractor, se podría acordar en este momento ponderando los riesgos existentes derivados de la entidad del quebrantamiento producido junto con el resto de las circunstancias concurrentes. En este caso sería necesario que la mujer se mostrara conforme con portar el dispositivo por los inconvenientes que le pueden suponer.

No podemos dejar de traer a colación los supuestos en los que el quebrantamiento de la prohibición de aproximación acordada, ya como medida cautelar o como pena, se produce a instancia de la propia víctima cuando es ella quien acude al domicilio del inculcado o quien le pide volver a retomar la relación.²¹

Muy frecuentemente las nuevas actuaciones judiciales se producen por atestados instruidos por quebrantamientos producidos en aeropuertos, cuando la víctima y su pareja han retomado la relación y desean viajar a visitar a la familia de ambos, o a través del control de hospederías de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cuando ambos se encuentran disfrutando de unos días de descanso en un hotel. Al advertirse el incumplimiento de la prohibición de aproximación en los establecimientos hoteleros se activan los protocolos de actuación y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se personan en el lugar procediendo a la detención del inculcado.

En estos casos, resulta muy frecuentemente, que la víctima declare con un claro ánimo exculpatario interesando se deje sin efecto la orden de protección, y atribuyéndose la responsabilidad por el quebrantamiento producido.

En estas circunstancias se debe valorar la conveniencia de dejar sin efecto la orden de protección, pues la efectividad de la medida, como bien recuerda Arangüena Fanego,²² depende del adecuado control y vigilancia de su cumplimiento, pero sin olvidar que la situación de riesgo no depende de la propia percepción subjetiva que tenga la víctima, sino del conjunto de circunstancias que concurren y sin olvidar los hechos que motivaron su adopción.

En todo caso, el auto por el que se resuelva sobre la situación personal del infractor acordando dejar sin efecto la orden de protección, su modificación, prórroga o la prisión provisional, se deberá notificar a la víctima en atención al deber que existe de informarla de conformidad con los artículos 7 y 13 de la Ley

²¹ Jávato Martín, M., «El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencia», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

²² Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

4/2015, del 27 de abril que aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito.

Por último, en los casos en los que las actuaciones se encuentren a disposición del Juzgado de lo Penal, pendiente ya de la celebración del juicio oral, si se produce un quebrantamiento de las medidas cautelares acordadas, la comparecencia del artículo 544 bis in fine y la del artículo 505 de la LECrim, se efectuará ante el mismo.

7. Conclusiones

Primera. La prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional y su adopción, por parte del juez o tribunal, además de estar inspirada por los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, no tiene carácter punitivo, debiendo cumplir alguno de los fines previstos en el artículo 503 de la LECrim siendo, por otra parte, una medida alternativa y residual.

Solo se podrá decretar por el juez o tribunal a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, mediante auto motivado según el artículo 141 de la LECrim, que será recurrible en los términos del artículo 766 de la LECrim y, estará sujeta a unos plazos temporales.

Segunda. Para acordar esta medida cautelar es necesario que se celebre una comparecencia prevista en el artículo 505 de la LECrim, en la que deberá asistir el denunciado asistido de su abogado, el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular sin que sea posible acordarla de oficio por parte del juez o tribunal.

Normalmente, se celebrará juntamente con otras comparecencias, como la del juicio rápido del artículo 798 de la LECrim o la de la orden de protección, del artículo 544 ter de la LECrim.

Tercera. La prisión provisional acordada en el ámbito de la violencia de género, reviste unas características propias, no solo en cuanto a los fines perseguidos y requisitos para su adopción, sino también en cuanto a la posibilidad de ser sustituida por la colocación de un dispositivo de control geoposicional que permita saber en todo momento dónde se encuentra el investigado, o acordarse cuando se haya producido un quebrantamiento de otra medida cautelar o de pena, en los términos del artículo 544 bis in fine de la LECrim.

8. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., «Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- Alhambra Pérez, P., «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.
- Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- Cerón Hernández, J. C., y Magro Servet, V., «Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituida con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.
- Cuadrado Salinas, C., y Fernández López, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006.
- Jávato Martín, M., «El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencia», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- López Tébar, E., «La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar», *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007.
- Lorente Acosta, M., «Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones», *Revista de Educación*, nº 342, 2007.
- Lousada Arochena, J. F., «Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja», *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009.

- Martínez Derqui, J., «Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2010.
- Moral Moro, M. J., «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género», *Revista Jurídica de Castilla León*, n° 14, 2008.
- Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.
- Rivas Vallejo, P., «La protección social frente a la violencia de género», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 5, 2007.
- Sancho Casajús, C., «La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos», en Boldova Pasamar, M. A., y Rueda Martín, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.
- Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- Villalba Pérez, F., «La Administración Pública ante la violencia de género», en Jiménez Díaz, M. J. (coord.), *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

Referencias jurisprudenciales

- Sentencia del Tribunal Constitucional n° 41/1981, de 7 de julio de 1981 (ECLI: ES: TC: 1982:41).
- Sentencia del Tribunal Constitucional n° 62/2005, de 14 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TC:2005: 62).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) n° 1629/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI: ES: TS: 2018: 1629).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 26ª, n° 2330/2009, de 4 de noviembre (EDJ 2009/313008).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 1092/2010, de 13 de diciembre, (EDJ 2010/331810).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 258/2011, de 28 de febrero, (EDJ 2001/54216).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 472/2011, de 4 de abril, (EDJ 2011/123292).



La trata de personas y el tipo penal en México



Alejandra Silva Carreras

Instituto Nacional de Ciencias Penales

ORCID 0000-0003-4101-5332

RESUMEN: Este ensayo realiza un recuento de la evolución normativa que ha tenido la conceptualización y tipificación del delito de trata de personas en México a fin de comprender las grandes tareas pendientes que se tienen como país de enganche, traslado y explotación. Esto es porque a 21 años del Protocolo de Palermo, todavía existen confusiones en la estructura del tipo penal, lo cual dificulta la efectiva investigación y persecución.

PALABRAS CLAVE: Trata de personas, ley, crimen organizado, derecho penal

ABSTRACT: This essay recounts the normative evolution that the conceptualization and classification of the crime of human trafficking in Mexico has had in order to understand the great pending tasks that they have as a country of hooking, transfer and exploitation. This is because 21 years after the Palermo Protocol, there are still confusion in the structure of the criminal offense, which makes effective investigation and prosecution difficult.

KEY WORDS: Human trafficking, law, organized crime, criminal law.

SUMARIO: 1. Antecedentes normativos en México. 2. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; 2.1. El tipo penal de trata de personas; 2.2. Otros aspectos de la ley; 2.3. Aspectos para tomar en cuenta del tipo penal; 3. Bibliografía.

La trata de personas y el tipo penal en México

Conocida comúnmente como la esclavitud del siglo XXI, la trata de personas constituye uno de los fenómenos delictivos más lesivos de la actualidad; atenta contra la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de las personas. Este delito constituye el tercer negocio más lucrativo del crimen organizado, tan solo por debajo del tráfico de drogas y la venta de armas. Se trata de un fenómeno complejo que se ha transformado en uno de los problemas más graves a nivel mundial, pues amenaza con la estabilidad de las sociedades contemporáneas.

En México, este delito se ha transformado en un grave problema. Como país de enganche, traslado y explotación, las autoridades tienen la obligación de establecer mecanismos capaces de hacer frente al fenómeno. Sin embargo, aún hoy, hay problemas de conceptualización en el tipo penal. De hecho, si bien es cierto que México formaba parte del Protocolo de Palermo, fue hasta 2007 que se conformó la primera ley en la materia, la cual, además de ser ineficaz, contaba con diversos errores de conceptualización.

Es así como en este breve ensayo se realizará un análisis de la normativa que se ha generado al respecto y se advertirán las tareas pendientes.

I. Antecedentes normativos en México

En México, el primer ordenamiento que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de trata de personas, se denominó Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, el cual apareció el 27 de noviembre de 2007. México formaba parte del Protocolo de Palermo y, por tanto, estaba obligado a generar información específica en la materia. Por aquel entonces, y de acuerdo con la discusión de la ley en la Cámara de Diputados, el fenómeno no era previsto como un verdadero problema. De hecho, se pensaba que el país tenía un problema fundamentalmente de tránsito. A decir verdad, existía un desconocimiento generalizado del tipo penal, mismo que solía ser confundido con el tráfico de migrantes.

Este primer ordenamiento fue una ley de carácter federal que —de acuerdo con el artículo 3— estableció la competencia de las autoridades federales cuando el delito fuese iniciado en un país y concluido en otro.

Si bien se trató de un primer intento por comprender el fenómeno, esta primera legislación fue deficiente en correlación con los principios establecidos en el Protocolo de Palermo. Sobre todo, porque el artículo

6 de la ley abrogada, establecía que el consentimiento constituía una excluyente del delito, lo que es contrario a lo establecido en el instrumento internacional y carece en su totalidad de perspectiva de género.

De igual forma, es importante referir que el tipo penal que se planteó para la trata de personas no prevé todos los elementos del tipo que se estiman en el Protocolo de Palermo:

ARTÍCULO 5.- Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

El tipo penal de la ley de 2007 no previó los medios comisivos como uno de los elementos centrales de la trata de personas. En términos generales, los medios comisivos son todos aquellos mecanismos que se utilizan para enganchar a la víctima con el objetivo de explotarla. La trata inicia con estos y culmina con la explotación.

Dicha carencia dejó entrever una falta de conocimiento del fenómeno, pues la diferencia central entre la trata y otras formas de explotación, está en que este constituye un delito de medio y no de resultado, es decir, que inicia en el momento en que la víctima es enganchada y no cuando se explota. Adicionalmente, en la ley abrogada se confundía promoción de pornografía y la emisión de propaganda con trata de personas. Véase cuadro 1.

Esta ley creó un tipo penal que no previó los medios comisivos lo cual dificultó la conceptualización del delito y los mecanismos de la investigación ministerial. De cualquier manera, la publicación de este primer intento normativo permitió que el 15 de febrero de 2010 se publicara el Reglamento Interno de la Comisión Intersecretarial para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

Esto a su vez, promovió la conformación del Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas como un primer intento por construir una política preventiva en la materia (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012). A partir de ello, algunas entidades federativas comenzaron a tipificar el delito en sus Códigos Penales y otras más crearon

Cuadro 1. Tipo penal de trata de personas de la ley de 2007

Promover, facilitar, solicite, facilite o consiga.	<i>Los verbos hacen referencia a la propaganda. Este elemento como tal, si bien se encuentra relacionado con la trata de personas no forma parte del fenómeno delictivo toda vez que no parte o debería partir de la dinámica del sujeto activo.</i>
Traslade, entregue o reciba a una persona por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder.	<i>Estos verbos si aluden al protocolo de Palermo y hacen referencia al elemento de traslado de la víctima que si constituye una de las características del tipo penal.</i>
Explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.	<i>Si bien alude a alguno de los fenómenos de explotación en los que se puede llegar a incurrir en materia de trata de personas, no prevé el mesonaje, la prostitución ajena.</i>

leyes especializadas. Así, hacia 2011, 13 entidades federativas contaban con una legislación especializada y 16 habían tipificado el delito.

Aunque es evidente que esta ley significó un primer esfuerzo por reconocer el fenómeno de la trata en México, lo cierto es que no fue efectiva. De hecho, desde su publicación en 2007 y hasta su abrogación en 2012, solamente se logró sentenciar a una persona por dicho delito. Por lo que se refiere al fuero común, tampoco se habían logrado avances en la materia, pues solo se habían sentenciado a cuatro personas por dicho tiempo penal en la actual Ciudad de México (Comisiones de Justicia, y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, 2011).

La falta de investigaciones penales y judicializaciones en la materia, motivaron la necesidad de ampliar las facultades de la federación, así como la creación de mecanismos de coordinación entre las autoridades de los tres órdenes de gobierno. Fue así como se plantearon reformas al artículo 73 de la Constitución con el objetivo de que el Congreso de la Unión contara con facultades para crear una ley general.

2. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos

Fue de esta forma que después de un largo proceso legislativo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas

y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (LGPSEDMTPPAVD). A diferencia del antecedente esta norma se conformó por 126 artículos en donde se establecían las bases centrales de un trabajo coordinado entre la federación y las entidades federativas. Adicionalmente, también planteó nuevos tipos penales relacionados con la materia y homologó la concepción del fenómeno de la trata de personas en todas las entidades federativas.

2.1. El tipo penal de trata de personas

El eje central de esta nueva ley quedó consagrado en el artículo 10, el cual refiere la definición de trata:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes. Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;
- II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;
- IV. La explotación laboral, en los términos del artículo

La trata de personas y el tipo penal en México

21 de la presente Ley;
 V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;
 VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;
 VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;
 VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;
 IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación pre-

vista en el artículo 29;
 X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y
 XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley.

Es así como el artículo 10, como el corazón del principio de la trata de seres humanos, se configuró como un delito complejo en donde la captación, el transporte, el traslado, acogida y recepción de una persona con la finalidad de explotarla. Así, el tipo penal puede comprenderse de la siguiente forma:

Cuadro 2. Tipo penal de trata de personas de la ley de 2012

Acción u omisión dolosa	Se establece la posibilidad de la comisión por omisión siempre que exista dolo.
De una o más personas	Se prevé la hipótesis de la acción individual o en organización. La inclusión de la frase más personas. Prevé el concurso de delitos. Esto es porque cuando se hace referencia a tres o más personas organizadas para cometer trata, en ese momento se está ante el supuesto de delito de delincuencia organizada prevista en el artículo 2 de la ley de la materia.
Captar, enganchar	Estos dos verbos establecen el primer elemento del tipo penal de trata, el cual es hacerse de una víctima
Transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar	Estos verbos aluden al elemento del traslado y recepción de una víctima.
Fines de explotación	Establece el resultado del enganche y el traslado.

Cuadro 3. Formas de explotación previstos en el artículo 10

Esclavitud	<i>El dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.</i> (Artículo 11)
Condición de siervo	<i>Se puede ser siervo por deudas, por gleba, lo cual se entiende como el hecho de obligar a prestar servicios, remunerados o no, sin que pueda abandonar la tierra que pertenece a otra persona; o se ejerzan derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio.</i> (Artículo 12)
Explotación laboral	Cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad, tales como son: condiciones peligrosas o insalubres, sin protecciones necesarias de acuerdo con la legislación; existencia de una manifiesta desproporción entre la cantidad de trabajo realizado y el pago efectuado por ello, o salario por debajo de lo legalmente establecido. (Artículo 21)

Cuadro 3. Formas de explotación previstos en el artículo 10

Servicios forzados	Hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante: I. Uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal; II. Daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad; III. El abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad. (Artículo 22)
Mendicidad forzada	Se entiende por explotación de la mendicidad ajena, obtener un beneficio al obligar a una persona a pedir limosna o caridad contra su voluntad, recurriendo a la amenaza de daño grave, un daño grave o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, o el engaño. (Artículo 24)
Uso de menores de 18 años en actividades delictivas	Utilice a personas menores de dieciocho años en cualquiera de las actividades delictivas señaladas en el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
Sexual	Explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual. (Artículo 13)

Además de los tipos penales referidos con anterioridad, la ley de la materia también previó algunas agravantes, de acuerdo con lo siguiente:

Cuadro 4. Agravantes

Exista una relación familiar o tenga parentesco por consanguinidad o civil hasta el tercer grado o hasta el segundo grado por afinidad, o habite en el mismo domicilio, o tenga o haya tenido relación sentimental o de hecho con la víctima. En estos casos la sentencia impondrá la pérdida de los derechos que el sujeto activo tenga respecto de la víctima y sus bienes, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela, guarda y custodia.
Se utilice violencia, intimidación, engaño, privación de libertad, fanatismo religioso o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
El delito sea cometido parcial o totalmente en dos o más países.
El delito ponga en peligro la vida de la víctima deliberadamente o debido a negligencia.
El delito cause la muerte o el suicidio de la víctima.
El delito cause daño o lesiones corporales graves a la víctima y enfermedades psicológicas o físicas, incluido el VIH/SIDA.
El delito sea cometido contra una mujer embarazada, personas con discapacidad física o psicológica, menor de dieciocho años de edad o de la tercera edad que no tengan capacidad de valerse por sí misma
Cuando la víctima pertenezca a un grupo indígena y en razón de ello sea objeto de alguna condición de desventaja o tenga una condición de vulnerabilidad;
El delito comprenda más de una víctima;

Cuadro 4. Agravantes

Cuando el autor del delito: a) Sea miembro de la delincuencia organizada; b) Haya suministrado a la víctima sustancias de las prohibidas por la Ley General de Salud; c) Tenga una posición de responsabilidad o confianza respecto de la víctima; d) Tenga posición de autoridad, control o dominio respecto de la víctima menor de 18 años de edad; e) Sea funcionario público, o f) Haya sido condenado con anterioridad por el mismo delito, o cualquier otro delito en materia de trata de personas.

La pena se incrementará hasta en dos terceras partes, cuando el responsable del delito realice, además, acciones de dirección o financiamiento a otras personas para que cometan cualquiera de los delitos objeto de la ley.

2.2. Otros aspectos de la ley

La ley de 2012 atiende a la importancia de la reparación del daño de las víctimas. El artículo 48 advierte que toda reparación deberá ser proporcional al delito causado y preverá lo siguiente:

- Restitución de los bienes obtenidos por el delito, así como los frutos del mismo.
- Pago del tratamiento que requiera por los daños físicos, materiales y psicológicos; incluida la readaptación de la víctima.
- Deberá permitir que la víctima obtenga educación, empleo y prestaciones sociales como derechos que perdió a causa de la comisión del ilícito.
- Pago de ingresos económicos perdidos, así como el lucro cesante ocasionado por la comisión del delito.
- Costos de transporte y retorno al lugar de origen o gastos de alimentación en caso de que decida quedarse.
- Disculpa pública.

Por lo que se refiere a la investigación, la ley establece que la prioridad es, en todo momento, garantizar el bienestar de las víctimas, identificar la forma en que opera la asociación delictuosa con la obtención y el aseguramiento de medios probatorios de acuerdo con los principios básicos de la cadena de custodia.

Al tratarse de un tipo penal relacionado con el crimen organizado, el Ministerio Público se encuentra con facultades para intervenir las comunicaciones privadas a la vez que también puede solicitar que se congelen cuentas bancarias.

Por lo que respecta a los mecanismos de protección, la ley prevé que las víctimas indirectas (es de-

cir, los familiares) también cuenten con los mismos derechos porque sufrieron a causa de la situación de trata que vivió un ser querido. Así mismo, la ley ordena que las entidades federativas conformen mecanismos de protección, generen protocolos de asistencia y protección. Cuando se acredite la existencia de delincuencia organizada, las víctimas directas e indirectas tendrán derecho al cambio de identidad y de residencia a cargo del Estado.

Adicionalmente, las representaciones diplomáticas de México en el extranjero deberán ofrecer en todo momento información, orientación, protección y asistencia con la finalidad de salvaguardar la dignidad e integridad física y psicológica de las víctimas. También, deberán apoyar en las gestiones necesarias ante autoridades del país en que se encuentren antes, durante y después del proceso judicial.

La ley general de trata enfatiza en la atención de las víctimas y en la reparación del daño. Además de castigar al culpable, resulta fundamental fortalecer el planteamiento de la restitución del proyecto de vida; este principio tiene estrecha relación con los principios victimológicos que se adoptaron en México y que se fortalecieron cuando se introdujo un sistema garantista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no solo se trata de los derechos consagrados en la ley a la que aquí hacemos referencia, sino que también hay que atender al artículo 21 apartado C de la Constitución, el artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley General de Víctimas, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Ley General de los derechos de niñas y niños y adolescentes. Volveré a esto más adelante cuando aluda a las obligaciones del Estado mexicano y al cumplimiento de estas. Por el momento, basta decir que la ley de 2012 se transformó en un importante avance jurídico que

permitió visibilizar un fenómeno poco conocido hasta ese entonces en México.

2.3. Aspectos para tomar en cuenta del tipo penal

Si bien es cierto que la ley de 2012 supuso un avance importante con respecto a la ley de 2007, aún hoy, el tipo penal no ha sido comprendido del todo; más que ser un delito de resultado, la trata de personas constituye un proceso en el que se interrelacionan distintas conductas: primero se engancha a una víctima a través de un medio comisivo —es decir una acción que busca coartar o coaccionar la libertad de una persona— y, posteriormente, se procede a trasladar a la víctima a otro espacio geográfico, con el objetivo final de explotación (Figura 1).

Figura 1. Conductas que intervienen como medios en la trata de personas



De lo anterior se desprende que no es necesario que se consuma la explotación para que el delito se configure, sino que este se desarrolla desde el momento mismo en que la víctima es enganchada, independientemente de que se explote o no. Lo anterior significa que se trata de un delito de emprendimiento o preparación en donde aparentemente distintas conductas son independientes de una misma actividad ilícita; no se castiga como una acción ilícita particular, sino como una actividad que se compone de distintas conductas (Noriega Saes y Huitron García, 2019), en las que se retiene a una persona, se somete y finalmente se explota.

Así, el tipo penal, además de los distintos elementos que forman parte de la explotación advierte las siguientes hipótesis normativas:

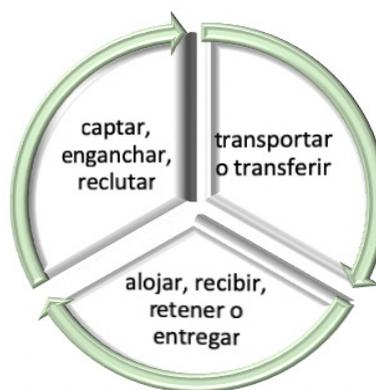
1. Acción u omisión dolosa de una o varias personas de captar a una o varias personas con el fin de explotarlas.

2. Acción u omisión dolosa de una o varias personas de enganchar a una o varias personas con el fin de explotarlas.
3. Acción u omisión dolosa de una o varias personas transportar o transferir a una o varias personas con el fin de explotarlas
4. Acción u omisión dolosa de una o varias personas de retener a una o varias personas con el fin de explotarlas.
5. Acción u omisión dolosa de una o varias personas de entregar, recibir o alojar a una o varias personas con el fin de explotarlas.

Estas hipótesis, que se desprenden del artículo 10 de la ley de la materia, permiten observar que el tipo penal simple de trata de personas se consume cuando: 1) se capta a la víctima; 2) se engancha; 3) se traslada; 4) transporta; 5) retiene; 6) entrega; 6) reciba; 7) aloje siempre que sea con el fin de explotarlas.

Cualquiera de estas acciones permite que el tipo penal se consuma, aun cuando no se realice la explotación, sino que basta con que exista la intención de explotar a la víctima. Así, el principal problema en relación con el tipo penal vigente es que actualmente se persigue desde la fase de explotación y no se atienden a las fases previas de enganche y traslado. Ello a pesar de que el mismo delito se consuma desde la primera fase.

Figura 2. Conductas delictivas de retención de víctimas



Estas acciones se realizan con base en el fraude, el engaño, el abuso de poder, la situación de vulnerabili-

La trata de personas y el tipo penal en México

dad, la coacción física o moral e incluso la recepción de pagos o algún beneficio que se le da a una persona que tiene autoridad sobre otra (Philanthropy, 2017), ya sea un padre o tutor. Además, tales características se realizan de manera dolosa, es decir, que exista una voluntad deliberada de realizar la acción delictiva.

En el Cuadro 5 es posible advertir tres conductas distintas que son propias de la trata y que son independientes de la explotación:

- a) Enganche, reclutamiento o captación: este es el mecanismo mediante el cual se consiguen víctimas del delito y puede realizarse a través de distintos medios comisivos, es decir conductas ilícitas que buscan atraer a la víctima.

Todas estas conductas constituyen medios que buscan, en un primer momento someter a la víctima. En México, se ha observado que los medios comisivos más efectivos son el engaño y la seducción. Esto es porque con la seducción, la víctima genera un vínculo afectivo y de dependencia hacia el victimario, de ahí que resulte más fácil manipularla y someterla.

A decir verdad, con el método de seducción, las propias víctimas suelen proteger a sus explotadores. Por ello, la ley establece que el consentimiento de la víctima para ser explotada no es causa excluyente de responsabilidad penal. A la par que no se admite el perdón de la víctima.

El engaño también se ha transformado en un medio de captación de víctimas efectivo. Con este se realizan promesas de trabajo y se motiva a que la víctima se traslade o esta sea trasladada a otro lugar con la promesa de contar con una mejor calidad de vida. Tal situación está directamente vinculada con grupos vulnerables y migrantes quienes al encontrarse lejos de sus redes familiares pueden ser explotados con mayor facilidad.

- b) Transferir o transportar: este es el mecanismo mediante el cual se separa a la víctima de las redes familiares. Cuando se hace referencia al verbo transferir se alude a pasar de un “dominio” a otro y se da en distintos contextos. Puede llegar a ocurrir que la persona que enganchó a la víctima la venda a quien se dedique a explo-

tarla, o también llega a ocurrir que los padres, tutores o responsables legales de la víctima (así como personas que tienen algún poder o dominio) la entreguen a quien se dedica a explotarla a cambio de obtener un lucro. El transporte se da cuando es una misma organización o persona la que engancha y transporta. En estos dos también se advierten distintas conductas que se pueden observar, entre las que se puede confundir el tráfico de personas.

- c) Alojjar, recibir, retener o entregar: alude al lugar de recepción en donde inicia el proceso de explotación.

Cuadro 5. Medios comisivos
Daño grave, amenaza de coerción física
Uso de violencia física, moral o psicológica
Uso de la fuerza, la coerción
El engaño
Seducción
Abuso de poder
Posición jerárquica de confianza
Situación de vulnerabilidad
Concepción o recepción de pagos
Amenaza de denunciar situación migratoria
Adicciones

Fuente: Noriega Saes y García Huitrón (2019), p.54.

Figura 3. Conductas delictivas de explotación de víctimas



Las distintas formas de explotación planteadas en la ley prevén los fines de la trata de personas. Como se puede observar, por sí mismo, cada una de las conductas o formas de explotación constituyen un delito que ya se encuentra castigado por la ley penal, como es el caso de la extracción de órganos, la explotación laboral, la prostitución ajena o la esclavitud. En este respecto se recalca que la trata de personas no castiga el fin, sino el proceso delictivo que se desarrolla para llegar a ese fin.

De ahí que se castigue la conducta en su totalidad y no solamente la explotación. Además, no es posible el concurso de delitos porque la conducta de la explotación se subsume con el tipo penal.

Es importante advertir que algunos de los mecanismos de explotación previstos en la ley no necesariamente forman parte del fenómeno de la trata de personas, toda vez que estos se pueden dar sin que exista el enganche y el traslado. No obstante, dado que la ley los prevé, estos serán atendidos y analizados en el presente diagnóstico, sobre todo aquellos casos de los cuales se conoce la existencia de tales datos.

Como se pudo advertir, la Ley General de Trata de 2012 permitió la conformación de un sistema dedicado a investigar la situación del fenómeno delictivo en México. Sin embargo, esta ley cuenta con deficiencias, pues el tipo penal se centra más en la situación de explotación que en el proceso. De ahí que se han generado proyectos normativos que buscan fortalecer los medios comisivos y establecer elementos del tipo penal que permitan conceptualizar aún mejor el delito y evitar que este se confunda con otras formas delictivas similares como son la esclavitud, el turismo sexual o el tráfico de migrantes.

3. Bibliografía

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2012). *Diagnóstico sobre la situación de trata de personas en México*. Ciudad de México: CNDH.

Comisiones de Justicia y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados (3 de agosto de 2011). *Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata*. *Diario de Debates*.

Decreto por el que se expide la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, y se reforman, adi-

cionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 27 de noviembre de 2007.

Decreto por el que se expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; y abroga la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; y reforma diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de la Ley de la Policía Federal y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de junio de 2012.

Noriega Saes, O. y Huitron García, A. (2019). *El fenómeno de la trata de personas*. Ciudad de México: INACIPE.

Philanthropy, H. I. (2017). *Trata de personas en México. Una mirada desde las organizaciones de la sociedad civil*. México: Senado de la República.

Torres, Pedro et al. *Metodología para el diseño de una política criminal integral*. Monterrey, Nuevo León, Tecnológico de Monterrey, EGAP, 2015.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a luz del declive de la libertad de expresión en España

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor
Universidad Internacional de la Rioja unir
Grupo de investigación Penalcrim
Abogado Of Counsel de la firma FONT ADVOCATS
pere.simon@unir.net

RESUMEN: El presente trabajo plantea los términos del debate sobre una de las cuestiones en las que nuestra reciente jurisprudencia constitucional muestra una de sus peores facetas. En una sociedad dominada por el furor punitivo y con un legislador que actúa a golpe de tweet, castigar conductas que no generan riesgo alguno ni producen una incitación indirecta al delito puede suponer el golpe definitivo para la libertad de expresión, muy tocada ya por el enorme efecto de desaliento al que nos aboca la interpretación del Tribunal Constitucional. Una interpretación difícilmente compatible con la jurisprudencia del tedh. En este escenario, suficientemente polémico y discutible, nace la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista que pretende reformar el cp para que la apología y exaltación del franquismo sean delito. El legislador pretende ahora perseguir y penalizar determinados discursos políticos, como los que exaltan o pueden considerarse apología del franquismo, por lo que resulta conveniente recordar ciertas líneas rojas ex constitutione.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, límites de los derechos, discurso del odio, efecto de desaliento, proporcionalidad.

ABSTRACT: This paper sets out the terms of the debate on one of the issues in which our recent constitutional jurisprudence shows one of its worst achievements. In a society both dominated by punitive rage and a legislator who acts at the stroke of a tweet, punishing behaviours that do not generate any risk or produce an indirect incitement to crime can be the final blow to freedom of expression, already very touched by the enormous chilling effect to which the interpretation of the Constitutional Court leads us. An interpretation that is hardly suitable with the case law of the echr. In this scenario, sufficiently controversial and debatable, is born the proposal of the Socialist Parliamentary Group that aims to reform the Spanish Criminal Code so that the apology and exaltation of Franco dictatorial regime are a crime. The legislator now intends to prosecute and penalize certain political speeches, such as those that exalt or can be considered as an apology of previous dictatorial regimes, so it is convenient to remember certain red lines ex constitutione.

KEY WORDS: Freedom of expression, limits of rights, hate speech, chilling effects, proportionality.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. Las propuestas de reforma: conductas delictivas y bienes jurídicos; 2.1. Enaltecimiento, apología y reintroducción de sistemas dictatoriales; 2.2. Humillación a las víctimas; 2.3. Odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas; 2.4. Otras conductas: principio de ofensividad. 3. Aplicación de la doctrina constitucional al delito de apología y exaltación del franquismo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. A modo de introducción

Los operadores jurídicos españoles asistimos impávidos al declive de la libertad de expresión en España, fruto de una interpretación y aplicación práctica por parte de los tribunales ordinarios y del máximo intérprete constitucional que vacía de contenido la principal garantía de la institución de la opinión pública libre, necesaria para que podamos hablar de una sociedad democrática.

La STC 35/2020 parecía por fin descartar la respuesta penal en casos en los que no se produce una incitación indirecta a la comisión de un delito o en los que la conducta no haya generado una situación de riesgo; una línea consonante con la interpretación del TEDH. Sin embargo, es la propia doctrina del Tribunal Constitucional la que no ha permitido que la citada y esperanzadora STC 35/2020 proyecte los efectos que debería para la libertad de expresión.

Más concretamente, tres recientes sentencias (dos de diciembre de 2020, las SSTC 190/2020 y 192/2020; y la última la STC del 10 de mayo de 2021, recurso de amparo número 3223-2019) desmienten cualquier atisbo de interpretación optimista al denegar los amparos solicitados, retrocediendo así en el camino ya trazado, renunciando a valorar la proporcionalidad de acudir a la vía penal y produciendo, por ende, un insufrible efecto de desaliento en torno al ejercicio de la libertad de expresión.² No es menos cierto, empero,

que las resoluciones han sido objeto de un fuerte debate interno por parte del Tribunal Constitucional: la primera cuenta con votos particulares de cinco magistrados (plenario), la segunda con tres (plenario) y la última con tan solo uno (Sala Primera).

En este trabajo, el autor quiere limitarse a presentar los términos del debate, sino que pretende alertar de la imposible convivencia de las libertades informativas, interpretadas como exige el TEDH, con determinados tipos penales que castigan conductas que no generan situaciones de riesgo ni producen una incitación indirecta al delito. Estos últimos son fruto del penoso furor punitivo en el que el legislador español se encuentra instalado, con unas cortes generales que actúan más bien como testaferrero de los partidos políticos, que a su vez contribuyen a la confusión entre los poderes del Estado y exigen que se legisle en función del estado de opinión de determinadas redes sociales.

El lector así encontrará una clara definición y defensa de líneas rojas ex constitutione que impiden castigar el exaltamiento y apología de regímenes totalitarios, ideas y postulados, que por muy indecentes o desafortunados que nos parezcan, no incitan directa o indirectamente a la violencia y no ponen en riesgo a bien jurídico alguno.

Y lo haremos centrando nuestro estudio en la pretensión del legislador de tipificar como delito la apología o exaltación de la dictadura franquista y sus crímenes. Recientemente, en febrero de 2020, la vicesecretaria general del PSOE, Adriana Lastra, comunicó que el Gobierno prohibirá el enaltecimiento de

¹ En la fecha que se escriben estas líneas ya se dispone de acceso al texto de la STC y a su voto particular y, sin embargo, aún no ha sido formalmente publicada en el BOE ni dispone de una numeración definitiva. Se ha dado a conocer a través de la cuenta de Twitter del Tribunal Constitucional, mediante un breve resumen y dos enlaces (a la sentencia y al voto particular). Una práctica que últimamente se combina con otra un tanto más cuestionable, y es que a través de las redes sociales y la página web oficial del Tribunal Constitucional se hacen “avances”, también llamados “adelanto de parte dispositiva” de las sentencias, compartiendo parte del fallo antes que se publique la sentencia y antes de compartirla de forma íntegra a través de redes.

² Véanse por todos los trabajos de CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en

el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020, pp. 30-49; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión”, publicado en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*, disponible en <https://bit.ly/2QApHLU> (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2021); TERUEL LOZANO, G. M.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 411-436.

la dictadura franquista y recogerá en el Código Penal la prohibición de la apología o exaltación de la dictadura franquista.³ En este trabajo plantearé los detalles de la propuesta y sus aristas,⁴ aunque previamente, y con ánimo de avivar aún más si cabe el debate, y a modo introductorio, debemos girar la vista atrás para observar los serios problemas de naturaleza constitucional que en la práctica ha ocasionado la reforma operada por la LO 1/2015, del 30 de marzo, en los tipos penales previstos en los artículos 510 y 578 del CP.

La analogía se explica sola; se trata de apuntar, aunque sea sucintamente las razones y motivos que llevan al legislador a establecer unos tipos penales abiertos e imprecisos, cuya constitucionalidad es más que dudosa.⁵ Conviene, antes de avanzar, subrayar que la apología solo es punible si supone incitación a cometer delitos, porque la simple adhesión ideológica no puede ser delito. Un debate distinto es si esa incitación debe ser directa o basta con que sea indirecta,⁶ y las inherentes dificultades probatorias

³ Adriana Lastra es también la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. Aquí nos limitaremos, sin hacer más valoración, a citar uno de los muchos medios que hizo eco y recogió la noticia. Véase https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html (fecha de última consulta: 2 de enero de 2021).

⁴ Una parte significativa de este trabajo ha sido publicado con anterioridad en SIMÓN CASTELLANO, P.: “La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo”, en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.), *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 557-586. La política editorial de esta prestigiosa revista permite compartir esta parte de un trabajo previo, entre otras cuestiones, por el público o target objetivo de la publicación, que tiene una enorme difusión internacional y, muy especialmente, en México. El autor y, también, el director de la obra de origen, citada anteriormente, aceptan gustosamente la posibilidad de expandir este estudio extramuros de España.

⁵ Véase al respecto la aportación de CABELLOS ESPÍERREZ, M. A.: “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 45-86. Véase también el número 61 de la *Revista Catalana de Dret Públic*, dedicado a “La libertad de expresión en la era digital”, disponible en línea, <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp> (fecha de última consulta: 2 de enero de 2021).

⁶ La doctrina ha criticado la falta de concreción y las referencias genéricas de los jueces y tribunales, incluidos el TC y el TEDH. Más concretamente, Teruel Lozano señala que el máximo intérprete constitucional “aplica unos criterios que se acercan más al test del bad tendency que al clear and present danger”. TERUEL LOZANO, G.: “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp. 28-29. El mismo autor razona que este mismo problema se proyecta en

al respecto. Difícilmente, pueden perseguirse conductas humanas que no producen daño alguno y que, además, tampoco ponen en riesgo bienes jurídicos. De lo contrario, entraríamos en el peligroso campo del absurdo derecho penal del enemigo, de la persecución de aquel que piensa diferente, aun cuando la fórmula de expresar sus ideas pueda parecernos de mal gusto, deleznable o ruin.

La democracia exige que puedan expresarse con total libertad aquellos que quieren acabar con ella, por mucho que su discurso, a vueltas, se sitúe al límite del respeto por otros derechos que bien merecen protección. Así se deriva de la interpretación que hace de la libertad de expresión nuestro máximo intérprete constitucional⁷ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸ De hecho, el Tribunal Constitucional ha llegado a señalar que

(...) en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución.

En sintonía, concluye que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”.⁹

Podemos afirmar, sin temor a caer en error ya como punto de partida para el estudio, que la interpretación de los tipos penales de los artículos 510 y 578 del CP, y su extensión en la red de redes ha provocado condenas irrazonables muy difíciles de justificar, que han sido parcialmente censuradas por el máximo intérprete

ciertas resoluciones del TEDH, que no desciende a valorar si existió un daño o peligro efectivo, limitándose a comprobar si las autoridades nacionales justificaron que existía un daño o peligro potencial. Un extremo que ha dividido al propio TEDH “en notables votos particulares por un sector de los jueces integrantes del propio Tribunal que han reclamado que la justificación de cualquier injerencia en la libertad de expresión se funde en la existencia real de una ofensa, daño o peligro para los bienes o valores con los que colisiona”. TERUEL LOZANO, G.: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, 2017.

⁷ Véanse las SSTC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

⁸ Véase por todas la doctrina desarrollada en la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España.

⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

te de la *norma normarum* y muy significativamente por el TEDH. La doctrina de forma mayoritaria se ha manifestado con mucha preocupación al respecto, especialmente, por lo que se refiere a condenas y expresiones que se consideran ofensivas para sentimientos religiosos, chistes groseros o de mal gusto sobre antiguas víctimas del terrorismo o, incluso, declaraciones que se han considerado fomentan el odio contra ciertas personas.¹⁰ Parece que el legislador pretende, en

¹⁰ Véanse las críticas formuladas por ALCÁCER GUIRAO, R.: "Opiniones constitucionales", *InDret*, 1/2018; BALDA MEDARDE, M. J.: "Sobre la libertad de expresión", *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018, p. 8; BERNAL DEL CASTILLO, J.: "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 16, 2018, p. 29; CARBONELL MATEU, J. C.: "Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»", en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. Y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-358; COLOMER BEA, D.: "La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 41, 2019, pp. 97 y ss.; COMAS D'ARGEMIR, M.: "Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión", *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018, pp. 11 y ss.; CORCOY BIDASOLO, M.: "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, n° 8, 2012, p. 55; CUERDA ARNAU, M. L.: "Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del TEDH", *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n° 13, 2013, pp. 215 y ss.; DÍAZ VALCÁRCCEL, R.: "La libertad de expresión. Apariencia y realidad", *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, mayo 2018, p. 3; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares", *Foro FICP*, 2018-3, p. 9; FUENTES OSORIO, J. L.: "El odio como delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 27, 2017, pp. 2 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Elemento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2018, pp. 245 y ss.; GARCÍA ARÁN, M.: "De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio", en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 868; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 9; LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24; PORTILLA CONTRERAS, G.: "La represión penal del «Discurso del odio»", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 722; REVENGA SÁNCHEZ, M.: "Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015, p. 18; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,

este escenario nada halagüeño para la libertad de expresión, que cabe recordar ocupa una posición singular y preferente en los sistemas democráticos, sumar a la ecuación la persecución de los discursos políticos, por vía de su penalización, con la llamada apología y exaltación del franquismo.

Creemos fundamental hacer ese breve pero conciso ejercicio de ver y estudiar cómo la presencia, tras la reforma operada en 2015 en el Código Penal de una serie de tipos penales de contenido abierto e impreciso, que inciden en los ámbitos propios de la libertad de expresión, ha proyectado en los últimos años efectos perniciosos, de desaliento en el ejercicio de las libertades informativas, fruto además de la interpretación heterogénea y cambiante que la jurisdicción ordinaria ha realizado de estos, aunque mayoritariamente tendentes a restringir el ejercicio de dichas libertades. Nos referimos a la fuerza expansiva del discurso del odio que el Tribunal Constitucional comenzó a limitar ya en 2016, aunque de modo incompleto,¹¹ y cuyo proceso, a nuestro humilde entender, se ha culminado recientemente,¹² en febrero de 2020, al fijar una nueva posición que debiera estar llamada a incidir no solo en la aplicación por los tribunales del tipo penal que originó el caso, el artículo 578 CP, sino también en el de los demás delitos vinculados a la libertad de expresión. Es en este sentido en el que puede resultar de gran utilidad su conocimiento, puesto que la propuesta bien podría ser de entrada contraria e incompatible con la Carta Magna.

S.: "El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 12, 2014, pp. 165 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 228 y ss.; SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: "El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio", en CUERDA RIEZU, A./JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 324; TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Los delitos de odio en las redes sociales", *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 27, 2018, pp. 1 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S.: "Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión...*, cit., p. 509 y 510.

¹¹ El Tribunal Constitucional advirtió, más concretamente, que el recurso al art. 578 CP solo resulta admisible cuando las expresiones enjuiciadas "puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades". STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 4.

¹² Véase la STC 35/2020, de 25 de febrero.

Nuestra hipótesis de partida es que el legislador confunde peligrosamente así la emisión de declaraciones que, por muy deleznable que sean, no afectan a ningún bien merecedor de tutela penal, con el discurso del odio y la incitación a la violencia. Dos lógicas muy distintas, y unas conductas típicas muy alejadas. El presente trabajo pretende subrayar que los artículos 20.1 de la Constitución Española y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos actúan como un óbice insalvable que impide la persecución de los discursos políticos y la sanción penal de declaraciones que no protegen ningún bien jurídico merecedor de tutela.

No es menos cierto empero que a muchos nos parecen deleznable o de muy mal gusto, por decirlo con *finezza*, las declaraciones y manifestaciones de aquellos que todavía en la actualidad siguen aplaudiendo o añorando la reinstauración de la dictadura franquista y sus atrocidades, incluidas las de carácter delictivo, y que en la práctica se burlan o promueven el odio hacia sus víctimas, o niegan la existencia de tal régimen. Aceptar estos posicionamientos y manifestaciones como una realidad incómoda más de nuestro país es también señal de la madurez que ha alcanzado la sociedad española, capaz de reducir al absurdo que minorías insignificantes desplieguen símbolos, banderas o realicen consignas que en el pasado tuvieron trascendencia, pero que hoy son una mera muestra de la debilidad de aquellos que son incapaces de convenecer por su pobre discurso político.

En este escenario para nada pacífico, la doctrina ya ha tenido ocasión de pronunciarse alertando de los muchos interrogantes que plantea la propuesta de reforma del Grupo Parlamentario Socialista, entre las que debemos destacar las contribuciones de Roig Torres¹³ y León Alapont,¹⁴ que han inspirado buena parte de las conclusiones que se alcanzan en este capítulo.

2. Las propuestas de reforma: conductas delictivas y bienes jurídicos

La legislación penal de algunos países con experiencias pasadas dictatoriales similares a la nuestra contempla la tipificación de delitos como los que a continuación se tratarán. Desbordaría el objeto del presente trabajo realizar un análisis comparado, aunque interesa señalar que, en Alemania, donde se sufrió de un modo atroz la inhumanidad propia de la autocracia, se mantiene que la difusión de tesis autoritarias pertenece a la libertad de expresión.¹⁵

El objetivo de este capítulo no es otro que realizar una aproximación a la temática referida desde una perspectiva nacional, dado que se trata de la primera vez que en nuestro país se plantea una reforma de este tipo, si bien con todas las cautelas y salvaguardas puesto que solo hemos tenido conocimiento de la intención del Grupo Parlamentario Socialista a través de los medios de comunicación y las declaraciones que se han formulado en estos. Con tal fin, y siendo plenamente conscientes de la actual coyuntura parlamentaria de pacto, por ejemplo, el alcanzado en el marco de los presupuestos generales del Estado, que incluye, además de los grupos parlamentarios representados en el actual Gobierno de coalición formado por PSOE y Unidas Podemos, los apoyos de ciertos grupos parlamentarios, como ERC o PNV, que eventualmente podrían sustentar la propuesta de penalización del discurso y enaltecimiento franquista, tendremos especialmente en cuenta dos iniciativas parlamentarias registradas en el Congreso de los Diputados en 2017 para introducir nuevas figuras delictivas en este ámbito: la proposición no de ley de ERC¹⁶ y la proposición de ley del PSOE.¹⁷

¹³ ROIG TORRES, M.: “El declive de la libertad de expresión: propuesta de penalizar un discurso político”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) y LEÓN ALAPONT, J. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 717-739; de la misma autora, “El delito de apología y enaltecimiento del franquismo. Contraste con la regulación alemana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.

¹⁴ LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, *Diario La Ley*, núm. 9572, 2020; del mismo autor, “Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿Penalmente relevantes?”, en ACALE SÁNCHEZ, M.; NIETO MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ MIRANDA, A. (Dirs.): *Reformas*

penales en la península ibérica: ¿La “jangada de pedra”?, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2021, en prensa.

¹⁵ ROIG TORRES, M.: “El delito de apología... op. cit., pp. 43 y 44.

¹⁶ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 208, 14 de septiembre de 2017.

¹⁷ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

2.1. Enaltecimiento y apología de sistemas dictatoriales

Veamos en primer lugar la propuesta del Grupo Parlamentario de ERC, esto es, la proposición no de ley de 2017, por la que instó al legislador a incorporar el siguiente artículo:

1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
2. Se entenderá que incurren en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético.¹⁸

Como se observa, se trata de una propuesta peculiar que mete dentro del mismo saco la apología, el enaltecimiento y la banalización del franquismo, nazismo, fascismo, falangismo y nacionalcatolicismo. Sorprende, así de entrada, que se formule una suerte de *numerus clausus* que no incorpora otros regímenes de corte similar, como el comunismo, por ejemplo. Asignar la misma pena, de uno a tres años y multa de seis a 12 meses a aquellos que realicen conductas tan distintas y diversas como la apología, el enaltecimiento o la mera banalización, es un auténtico absurdo y aberración, que bajo ningún concepto podría superar el principio de proporcionalidad que exige nuestra Carta Magna. Por si lo anterior fuera poco, el apartado segundo alude a los medios comisivos, con una amplitud y unos términos tan abiertos e imprecisos, cuyo punto de partida es precisamente “cualquier acción”, y que abarca conductas muy diversas y dispares. Es evidente que un precepto redactado con esta técnica legislativa, o falta de ella, no podría ser aprobado ni superar *test* de constitucionalidad alguno, así que no podemos sino celebrar su escaso, por el momento, recorrido parlamentario. Si lo que se pretende perseguir es el enaltecimiento de los delitos cometidos durante el franquismo o cualquier otro régimen dictatorial, cabría preguntarse si esta conducta no podría sancionarse ya a través del actual artículo 510.2 b) CP que prevé que serán castigados con la

pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses.

Veamos a continuación más al detalle la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista; en esta ocasión, nos referimos a la proposición de ley para la reforma de la Ley 52/2007, del 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, presentada el 22 de diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista.¹⁹ La propuesta contemplaba la introducción de un artículo 510 bis CP que castigaba con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses a aquellos que

(...) enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Señalándose que los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a cuatro meses “cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo”.

Una propuesta, así, bastante más elaborada que la del Grupo Parlamentario de ERC, aunque no por ello menos criticable, como se defenderá *infra*, que comprende el enaltecimiento o justificación del franquismo, en general, o de los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución. Por tanto, se trata de figuras de enaltecimiento y justificación de corte similar a las previstas en tipos penales vigentes, tales como los artículos 510.1.c), 510.2.b) y 578.1 (terrorismo) del CP. La estructura del tipo penal propuesto comparte todas las debilidades, vaguedad e imprecisión de los tipos penales señalados, que a la postre han permitido, como argumentábamos en la introducción, un escenario con un notable efecto desaliento para las libertades informativas y condenas absurdas, en las que se persiguen y castigan conduc-

¹⁸ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 208, 14 de septiembre de 2017.

¹⁹ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

tas que ni han ocasionado daño ni han puesto en peligro bien jurídico alguno.

El esquema del tipo contemplado en la propuesta del PSOE es idéntico al esquema del actual artículo 510.2 b) del CP, salvo por un matiz a nuestro modo de ver muy importante y significativo. Analicemos en primer lugar los parecidos más que razonables: la propuesta de tipo penal de 2017 regulaba, por un lado, el enaltecimiento y, por otro, creaba una agravación como delito de odio, lo cual impediría plantear una situación concursal entre ambos delitos. Se observa así el mismo esquema del tipo que plantea tantos problemas de aplicación práctica en los llamados delitos de odio. Por si lo anterior fuera poco, la diferencia o matiz a la que nos referíamos líneas arriba es que se pretendía incorporar el castigo y la penalización también de aquellos que enaltezcan o justifiquen el franquismo en general, sin que enaltezcan o justifiquen delito alguno o aquellos quienes hayan participado en su ejecución.

Esa generalización o voluntad de penalizar cualquier acto de difusión o expresión pública que pueda entroncarse dentro del enaltecimiento del franquismo, más allá de lo que es *stricto sensu* el enaltecimiento de los delitos cometidos contra las víctimas de la guerra civil o del franquismo, o de aquellos que lo ejecutaron, es la que a nuestro modo de ver no puede superar en ningún caso el principio de proporcionalidad. Por innecesaria y por castigar una conducta que ni produce un daño ni pone en riesgo bien jurídico alguno. Una conducta, además, que se enmarcaría en las libertades informativas y de expresión reconocidas *ex constitutione*. Este extremo de la propuesta es el que se aleja, entonces, de la literalidad de los artículos 510.1.c), 510.2.b) y 578.1 del CP, en los cuales el enaltecimiento se vincula a ciertos delitos o a sus autores.

Ya hemos señalado en la introducción, pero conviene recordar ahora, que la apología es una forma de provocación que exige que con el ensalzamiento del delito o enaltecimiento del autor se incite directamente a cometer un delito. Promocionar, fomentar o incitar directamente la comisión de un delito. La incitación a cometer un delito es necesaria para activar la respuesta penal; una respuesta que nunca debiera activarse frente a meras provocaciones. Alabar o ensalzar delitos o sus autores no es delito; de hecho, el artículo 18.1 II del CP señala expresamente que la apología

solo será delictiva como forma de provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. El problema es que la diferenciación y determinación en el caso concreto de si existe esa incitación depende de una decisión judicial que no cuenta con suficientes criterios estables para resolver casos que por su propia naturaleza son difíciles, en los que siempre hay distintos derechos fundamentales en colisión o crisis.

Al igual que decíamos anteriormente en relación con la propuesta del grupo de ERC, cabría preguntarse si la conducta de enaltecer los delitos cometidos durante la guerra civil o el franquismo no serían subsumibles hoy en día a través del artículo 510.2 b) CP que prevé que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses aquellos que

(...) enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Ese mismo precepto, además, prevé prácticamente con la misma terminología que la propuesta del PSOE que

(...) los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

Nuestra respuesta al interrogante planteado es afirmativa, en el sentido de destacar la falta de necesidad de esta reforma. De un lado, es menester recordar que, si se enaltecen delitos cometidos durante la guerra civil o el franquismo, o sus autores, el Código Penal ya cuenta con mecanismos, los del artículo 510.2 b) CP, que permiten castigar la difusión de determinados mensajes que constituyan una incitación directa a de-

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

linquir. Por ejemplo, la incitación a la perpetración de delitos tales como los de homicidio y asesinato (art. 141 CP), lesiones (art. 151 CP), detenciones ilegales y secuestros (art. 168 CP), y genocidio o lesa humanidad (art. 615 CP) en el marco de un discurso franquista, entre otros regímenes totalitarios, podría ser delictiva aplicando el actual Código Penal y sin necesidad de reforma alguna. Debería probarse, en cualquier caso y en el supuesto concreto, la concurrencia real de una incitación directa a cometer un delito. Del otro, porque si la única novedad que se pretende introducir es que se persigan y castiguen aquellos que enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, en general, sin que exista una incitación directa a delinquir o referencia alguna a un delito concreto, esto es simplemente inadmisibles si tenemos en cuenta el papel que juega en nuestro sistema la libertad de expresión y la doctrina del TEDH y TC, mencionada anteriormente.

Sea como fuere, la regulación actual también plantea fuertes incoherencias, como que se castigue el enaltecimiento cuando es una conducta preparatoria, de menor entidad que la apología, y que se haya realizado con términos imprecisos que han dado lugar a la vacilación judicial. Así que habría que subrayar la importancia de que jueces y tribunales realicen una aplicación del artículo 18 del CP lo más restrictiva posible, en caso de duda a favor de la libertad de expresión, evitando adelantar o avanzar la barrera punitiva a situaciones en las que ni se ha producido un daño ni se ha puesto en peligro bien jurídico alguno.

Finalmente, y siguiendo a León Alapont, comparámos sus muchas dudas sobre el bien jurídico que se pretende tutelar con la incorporación de estos tipos penales.²⁰ No es aceptable afirmar que con ello se pretende proteger el sistema democrático o los valores, principios y libertades de nuestro Estado social y democrático de derecho. No es plausible un bien jurídico tan amplio que además no tiene una conexión real con tan torticera descripción típica. Paradójicamente, la incorporación de un tipo que castigue y persiga un discurso político general, como podría ser el fascismo o el franquismo, comportaría un peligroso efecto desaliento para el ejercicio de la libertad de expresión, imprescindible en el sistema democrático. Una

conducta que debería ser inocua a ojos del derecho penal.²¹

2.2. Humillación a las víctimas

La propuesta del Grupo Parlamentario Socialista del año 2017 proponía incorporar al Código Penal, además de la penalización del enaltecimiento y la apología de ciertos sistemas dictatoriales, otras conductas, entre ellas las consistente a la humillación, menosprecio o descrédito de las víctimas de los citados regímenes. Más concretamente, la propuesta rezaba que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses:

(...) quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas a las que se refiere el apartado anterior por su condición como tales, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas mencionadas por su condición como tales.²²

Del literal de la propuesta parece quedar claro que el bien jurídico protegido sería la dignidad de las víctimas o de sus familiares, aunque no es menos cierto que esto no tiene mucho encaje en los llamados delitos de odio y de enaltecimiento del terrorismo, que tienen una ubicación sistemática en el Código Penal muy distinta a los delitos contra la dignidad de las personas, donde sí se ubica, por ejemplo, el delito de injurias del artículo 208 del CP. El delito de humillación de las víctimas o de sus familiares parece estar protegiendo la dignidad humana, en otra vertiente distinta, aunque inextricablemente conectada con el libre desarrollo de la personalidad y el honor.

²¹ En la misma dirección véanse VIVES ANTÓN, T. S.: “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): Libertad de expresión..., op. cit., pp. 509 y 510; ROIG TORRES, M.: “El declive de la libertad de expresión... op. cit., pp. 717-739.

²² Véase BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

²⁰ LEÓN ALAPONTE, J.: “Enaltecimiento y apología del franquismo... op. cit., en prensa.

Se trata así de un intento de emular lo que ya prevé el artículo 578.1 del CP en caso de humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Un tipo penal que se configura como un delito privado y que permite restringir la activación de la acción penal solo a las víctimas o sus familiares. La única diferencia aquí la encontramos en relación con la penalidad, y es que la propuesta prevé una pena de prisión de seis meses a dos años mientras que el artículo 578.1 del CP establece que se castigará con la pena de prisión de uno a tres años.

Sobre la intención de tipificar un delito de humillación a las víctimas de los regímenes totalitarios se pronunció la doctrina con gran celeridad,²³ y entendemos en la misma dirección doctrinal señalada que las conductas previstas en el precepto propuesto y en los vigentes artículos 510.2 CP y 578.1 CP debieran despenalizarse.²⁴ Lo anterior no implica que la conducta de humillación de las ciertas víctimas y atendiendo a circunstancias concretas pudiera canalizarse por el delito de injuria del artículo 208 CP mediante la modificación de la literalidad del tipo penal, que hoy se circunscribe en exclusiva a la lesión de la dignidad de otra persona que menoscabe su fama o atentando contra su propia estimación. Nada impediría al legislador *de lege ferenda* añadir los actos de humillación, menosprecio o descrédito que ocasionen una lesión a la dignidad de otra persona, víctima de un régimen totalitario. De lo contrario, seguirá siendo un terreno o discusión cuyo cauce se vehiculará a través del proceso civil y la tutela prevista en la LO 1/1982, de protección civil del honor, intimidad y propia imagen.

2.3. Odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas

Otro extremo de la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista que aún no hemos explorado es la incorporación del nuevo artículo 510 bis 1 CP, cuyo contenido establecía lo siguiente:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales.²⁵

En esta ocasión, y a diferencia de las anteriores, se trata de una propuesta de tipo especial de delito de odio, que parece configurarse como un delito público, a efectos de su persecución, muy en la línea de la configuración del vigente artículo 510 CP. Una vez más, y al igual que nos hemos preguntado en el ámbito de la apología y enaltecimiento, aquí cabría plantearse si con la actual redacción del artículo 510.1 CP no bastaría para subsumir las conductas que consistan en la promoción del odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de regímenes totalitarios sanguinarios.

Nuevamente, a nuestro humilde modo de ver, el delito de odio genérico bien puede incluir también el odio contra las víctimas de la guerra civil española y del franquismo. Esa mención especial no puede sino ser fruto del auge del populismo punitivo y de la deriva punitiva del legislador, así como de la creciente ausencia de evidencia empírica en el diseño de la política criminal española de la última década.²⁶ Además, la pena de prisión contemplada en la propuesta, de uno a cuatro años, nos parece absolutamente desproporcionada. El legislador pretende, una vez más, como con la prisión permanente revisable, alimentar el populismo punitivo y gestionar la alarma social a base de cambiarlo todo aparentemente, para que en realidad nada cambie, al más puro estilo lampedusiano. No tendría sentido que la pena de prisión no

²³ LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios... op. cit.

²⁴ CARBONELL MATEU, J. C.: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal”, op. cit.; CORRECHER MIRA, J.: “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017; LEÓN ALAPONT, J.: “Enaltecimiento y apología del franquismo... op. cit., en prensa.

²⁵ Véase BOG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

²⁶ Véase la feroz crítica que realiza TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política contemporánea*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2020.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

permitiese entrar en juego la figura o mecanismo de corrección de la suspensión de la pena; que contribuye a vaciar de contenido en la práctica el penoso ejercicio y técnica legislativa que pasa por castigar absolutamente todo con penas cortas de prisión.

La discusión en torno al bien jurídico protegido nos retrotrae también al actual artículo 510 del CP. Parece razonable defender que lo que se protege es la igualdad, en los términos expuestos por el artículo 14 de la Constitución española. Así sucede cuando la incitación directa o indirecta al odio tenga como punto de partida un hecho diferenciador de carácter identitario, como sí sucede, por ejemplo, cuando se alude a la raza, religión, ideología, sexo, etcétera. En esta ocasión no resulta tan claro que el hecho de ser víctima del franquismo o familiar de las víctimas de aquellas signifique *per se* una discriminación. Además, cabría separar nítidamente, viendo las reformas que están encima de la mesa, las conductas consistentes en vilipendiar a las víctimas de regímenes totalitarios criminales o a sus familiares, de las conductas descritas como promover el odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia aquellas, en condición de víctimas. Y todo ello porque entre ambas figuras delictivas podría llegar a plantearse un concurso real de delitos.²⁷

2.4. Otras conductas y el principio de ofensividad

A continuación, queremos compartir una serie de conductas que no pueden incluirse *stricto sensu* dentro de las propuestas formuladas en 2017, estudiadas con anterioridad, pero que de una forma u otra han aparecido en la tribuna pública a lo largo de los últimos años. Se trata de una serie de conductas ya apuntadas por León Alapont, que por su escasa entidad no debieran ser merecedoras del más mínimo reproche penal por no afectar a bien jurídico alguno,²⁸ si bien queremos enumerar a título ilustrativo.

Queremos hacer mención a las siguientes conductas:

- a) Celebrar misas en honor a Francisco Franco u otros líderes de regímenes totalitarios.
- b) Homenajear a Miguel Primo de Rivera, Francisco Franco u otros dictadores de nuestra historia.

- c) Concentraciones y manifestaciones ante símbolos que representen regímenes dictatoriales o que se lleven a cabo para ensalzar sus hitos.
- d) Exhibir banderas preconstitucionales o esvásticas, así como cualquier otra bandera o símbolo que identifique regímenes totalitarios.
- e) Cantar el “cara al sol” u otro tipo de letras o canciones que exalten tales dictaduras o regímenes totalitarios.

Siguiendo una vez más a León Alapont, este tipo de acciones, en general y *prima facie*, no ponen ni suponen un riesgo concreto de comisión delictiva contra otras personas, así que deberían quedar amparadas por la libertad de expresión. Cabe recordar que el sistema democrático exige escuchar también aquellos que quieren derrocarlo o acabar con él. Como decía, es una valoración general que se hace sin perjuicio que pueda existir un caso concreto en el que, por ejemplo, una manifestación se realice sin contar con la aprobación de la Delegación del Gobierno competente; o cuando pueda constituir algún tipo de alteración del orden público que constituyera una infracción de la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; o que fueran constitutivas de delitos como los de manifestación ilegal (arts. 494, 513 y 523 CP) o desórdenes públicos (arts. 557 y ss. CP).

3. Aplicación de la doctrina constitucional al delito de apología y exaltación del franquismo

La doctrina del máximo intérprete constitucional, tal y como hemos apuntado sucintamente en la introducción, ha descartado que en nuestro sistema tenga cabida un modelo de democracia militante en el que se imponga la adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución.²⁹ Por ello, no se puede castigar ni perseguir a aquellos que propugnan modelos distintos de organización territorial del Estado al que establece la Constitución, ya sea los que proponen modelos federales de poder compartido o los que propugnan la recentralización del Estado. Tampoco aquellos que defienden que España debería ser una república, como forma de Estado, aunque como es bien sabido nuestro modelo constitucional, por el momento, opta

²⁷ Véase en la misma dirección LEÓN ALAPONT, J.: “Enaltecimiento y apología del franquismo... op. cit., en prensa.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre, citada anteriormente.

por la fórmula de una monarquía parlamentaria y la corona es regulada por el Título II de la Carta Magna.

No se puede exigir que las fuerzas políticas se adhieran a los postulados constitucionales: solo si se permite la formulación de ideas contrarias a la Constitución se respeta la libertad que actúa como elemento nuclear del sistema democrático, esto es, la libertad de expresión. Con base en esto tampoco pueden perseguirse ni mucho menos castigarse aquellos que creen, postulan y aspiran a la independencia de un determinado territorio, aun cuando el texto constitucional se refiere a la indisolubilidad de la nación española; o aquellos que quieren implementar el estado islámico, por ejemplo, contrario a la aconfesionalidad del Estado prevista *ex constitutione*. Tampoco que ciertos partidos políticos defiendan postulados extremos feministas o machistas,³⁰ siempre y cuando, obviamente, estemos dentro del ámbito de la libre defensa y exposición de ideas.

En plena sintonía con estas ideas, aunque previamente en el plano temporal, el Tribunal Constitucional ya había señalado que para admitir un modelo de democracia militante faltaría, en el texto de nuestra Carta Magna, el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional. Cualquier fin, objetivo o meta defendido por particulares o incluso por partidos políticos se entiende compatible con la Constitución, incluso cuando pretende reformarla, en la medida que esta lo permite y siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos.³¹ Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a señalar que el planteamiento de posiciones en el espacio público que busquen modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se prepare o defienda a través de actividades delictivas o acciones que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y que el debate o el intento de consecución de tales hitos se produzca dentro del marco de los procedimientos de reforma previstos expresamente por la propia Constitución.³²

Se trata entonces de un posicionamiento respetuoso con las libertades informativas y el libre desarrollo de la personalidad, con el papel que juega la opinión pública libre en una sociedad democrática, acorde con un modelo constitucional como el nuestro que reconoce como valor superior al ordenamiento jurídico, el pluralismo político y todos los demás pluralismos tan necesarios en una sociedad diversa y democrática como la nuestra —informativo, lingüístico, territorial, etcétera—. Solo así, con una comprensión y visión sistemática de la *lex superior*, deben interpretarse las libertades informativas, cuyo papel es clave en los procesos de reforma constitucional y cuya existencia es tangible únicamente porque la propia Constitución abre la puerta de su reforma futura y sus cauces legítimos.³³ La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo,³⁴ también las contrarias que pretenden modificar los principios y estructura constitucional.

Esta misma idea se ve reforzada con otros fundamentos de la doctrina constitucional, por ejemplo, aquellos que niegan la posibilidad de disolver partidos políticos,³⁵ cualquiera que sea su ideario y posicionamiento, incluso contrario a la Constitución, salvo que lo defiendan a través de la violencia, en el seno de actividades delictivas o al margen de los procedimientos democráticos. Al respecto, el máximo intérprete constitucional siempre se ha posicionado en favor de no excluir ideología alguna, ni por su contenido ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden, siempre y cuando se exprese con respeto hacia los derechos de los demás, lo que sí excluye necesariamente a la violencia.³⁶ De este modo, el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de que en nuestro sistema se imponga la adhesión a los valores constitucionales y esto implica que la difusión de ideas u opiniones contrarias a estos forma parte de la libertad de expresión.

La doctrina y jurisprudencia comentada se proyecta de forma indubitada sobre los llamados delitos de odio, apología y enaltecimiento y, por ende, también sobre la propuesta de penalizar el discurso político franquista o cualquier otro que emule o reproduzca consignas de regímenes totalitarios. Por mucho que

³⁰ Véase la STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 6.

³¹ Véase la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.

³² Véase la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4.

³³ Véase la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.

³⁴ Véase la STC 11/1981, de 8 abril.

³⁵ Véase la STC 126/200, de 21 de mayo, FJ 9.

³⁶ Véase la STC 126/200, de 21 de mayo, FJ 9.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

los postulados estén encaminados hacia una forma de gobierno autocrática y radicalmente opuesta al Estado social y democrático de derecho que proclama la Constitución *ex* artículo 1, ese discurso sí tiene cabida en nuestro modelo, que defiende y protege la institución de la opinión pública libre, propia de sistemas democráticos, y que está amparada por las libertades informativas, en general, y la libertad de expresión, en particular. La exaltación de un sistema totalitario solo será punible si va acompañada de violencia o acciones típicas delictivas, es decir, que violen la normativa vigente, dentro de las cuales debemos incluir también la puesta en peligro real que supone la incitación directa al odio, hostilidad, violencia o discriminación contra quienes profesan determinada ideología, tal y como hoy incluye el tipo del artículo 510 CP. Y aún así, en este último escenario, la interpretación que deben realizar los jueces y magistrados del tipo debe ser restrictiva, teniendo en cuenta el papel que juegan las libertades informativas en nuestro modelo.

Al mismo corolario, y quizás aún con mayor contundencia, ha llegado la doctrina del TEDH. La Corte de Estrasburgo ha reiterado que en el ámbito del debate político no cabe restringir la libertad de expresión si no se lesionan gravemente otros derechos fundamentales, citando exclusivamente los supuestos de incitación a la violencia y el discurso del odio, y rechazando el castigo sin daño o sin puesta en peligro real para bienes jurídicos en crisis.³⁷ Por ello, exige que la interpretación de estos tipos penales siempre sea especialmente restrictiva.³⁸

Siguiendo ahora en el ámbito internacional, conviene destacar la Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el discurso del odio, que incluye las expresiones que incitan, promueven, justifican o difunden el odio o la discriminación contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia, y las que afectan a su dignidad. Al igual que hemos dicho con anterioridad en relación con nuestro modelo, se indica que este tipo de expresiones pueden quedar fuera del ámbito de la libertad de expresión y sometidas a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, siempre

y cuando (1) esa limitación se prevea previamente en la ley nacional aplicable, que (2) concorra un fin legítimo —protección de la seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, secretos de Estado, reputación y honor, *ius puniendi* estatal, etcétera— y (3) que la intervención sea necesaria en una sociedad democrática. Para valorar estos factores e interpretarlos de forma restrictiva en cualquier caso será necesario atender a los antecedentes históricos del país y a las circunstancias en que se emitieron las expresiones.

Conviene indicar que las SSTEDH³⁹ que avalan condenas por incitación al odio se refieren a sucesos muy graves, puesto que las expresiones o manifestaciones inducían directamente a la violencia o a la discriminación contra ciertos colectivos o sus integrantes, cuando no afectaban su honor. En todos los casos el TEDH constataba la comisión de un daño o la puesta en peligro real de bienes jurídicos. La incitación al odio no implica necesariamente que esos actos violentos o delictivos que se incitan finalmente acaben materializándose, sino que basta con producir un daño, por ejemplo, en el honor o reputación de un grupo o colectivo, mediante acciones consistentes en humillar, ridiculizar, difamar o incitar a la discriminación.

Así las cosas, el TEDH ha llegado a señalar que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización personal de cada individuo.⁴⁰ Y esto no es aplicable solo a la información o ideas que se reciban favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofendan, conmocionen o molesten. A las que debemos sumar aquellas que podemos considerar incluso de mal gusto, malsonantes o que se sitúan en los límites del respeto hacia los demás. Sin este pluralismo, tolerancia con el discrepante e incluso con el intolerante, sin esta amplitud de miras, difícilmente podríamos hablar de una sociedad democrática.

La aplicación de la doctrina mencionada del TC y del TEDH y su conexión con los delitos de apología y enaltecimiento del terrorismo es evidente. El máximo interprete constitucional, además, atendiendo a la similitud estructural de los delitos de enaltecimiento del

³⁷ Véanse por todas las SSTEDH caso *Sürek v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, FJ 63; caso *Fêret v. Belgium*, de 16 de Julio de 2009, FJ 69; caso *Belkacem v. Belgium*, de 27 de junio de 2017; caso *Roj TV A/S v. Denmark*, de 24 de mayo de 2018.

³⁸ STEDH caso *Erdogdu and Ince v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, FJ 47.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

terrorismo con los de justificación del genocidio ha tenido ocasión de indicar que las conductas de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, o de sus partícipes, previstas en el artículo 578 CP, como manifestaciones del discurso del odio, requieren que se cree una situación de riesgo real para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.⁴¹ De tal modo que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo tipificadas en el artículo 578 del CP supone una legítima injerencia en la libertad de expresión en la medida en que puedan considerarse discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo real para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.⁴²

La interpretación demasiado amplia de parte de juzgados y tribunales penales, incluido el Tribunal Supremo, ha llevado a ciertas condenas absolutamente absurdas en casos mediáticos como los del rapero Valtoryc,⁴³ la quema de fotos de Juan Carlos de Borbón⁴⁴ o el caso de Casandra Vera⁴⁵ y sus tuits sobre Carrero Blanco. En este último caso, el Tribunal Supremo discrepa de los criterios y de la argumentación realizada por la Audiencia Nacional; en el caso de la quema de fotos, el varapalo viene de la mano del TEDH. Como decíamos al principio, el problema radica más bien en la interpretación que los juzgados y tribunales vienen haciendo de determinados tipos penales con la aplicación de criterios poco uniformes, cuyo efecto parece condenarnos a una suerte de punitivismo desbocado y a la apelación al castigo penal como solución imaginaria para todos los males sociales. En paralelo, aunque no menos preocupante, también se han producido casos en los que se han abierto diligencias y se han adoptado medidas cautelares, como el caso de los mensajes autobuseros de Hazte Oír o el caso de los titiriteros.⁴⁶ El Tribunal Constitucional, en la que consideramos trascendental STC 35/2020, del 25 de febrero, citada anteriormente, apunta además

una serie de criterios que deberían tenerse en cuenta a la hora de ponderar las circunstancias concretas del caso:

- a) La valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas.
- b) La valoración de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas.
- c) La consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto de desaliento por parte de quienes se propongan ejercer la libertad de expresión mediante la utilización de medios o con contenidos similares.
- d) El estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, considerando la autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional.

De este modo se impone la necesidad de hacer un análisis especialmente cuidadoso de las circunstancias que rodean al emisor y al contexto de ese mensaje, lo que debiera llevar por ejemplo a excluir de ser considerados susceptibles de reproche penal los mensajes de carácter irónico o de finalidad de crítica social o política, por desafortunados o de mal gusto que puedan resultar o nos puedan parecer. A la luz de la doctrina que contiene la STC 35/2020, del 25 de febrero, citada anteriormente, no hubieran podido ser dictadas como lo fueron buena parte de las sentencias de estos últimos años de la AN y el TS, basadas con frecuencia en interpretaciones meramente literales de los mensajes emitidos.⁴⁷

Sin embargo, muchas son las dudas sobre cuál será la recepción de esta doctrina constitucional en sede judicial. De entrada, porque la STC 35/2020, del 25 de febrero, a pesar de contar con el aplauso doctrinal, al que nos sumamos, no es pacífica ni en origen, pues cabe recordar que cuenta con un voto particular.⁴⁸ Además, la primera sentencia dictada por la Sala se-

⁴¹ Véase la STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 3.

⁴² *Ibidem*, FJ 4.

⁴³ Véase la STC 35/2020, de 25 de febrero.

⁴⁴ Véase la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España.

⁴⁵ Véase la STS núm. 493/2018, de 26 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:493.

⁴⁶ Al respecto, véase el trabajo de SIMÓN CASTELLANO, P.: "Prisión provisional y alarma social: a propósito del caso de los titiriteros", en ABADÍAS SELMA, A. y SIMÓN CASTELLANO, P. (Coords.), *Prisión provisional: ¿Utilidad o perjuicio? Una visión interdisciplinar*, A Coruña, COLEX, 2021, pp. 189-208.

⁴⁷ De la misma opinión CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: "Libertad de expresión y límites penales... *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁴⁸ El magistrado Alfredo Montoya sostenía que el TS sí que tomó en consideración múltiples factores relativos al examen del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, por más que con una sistemática mejorable. Véase el voto particular a la STC 35/2020, de 25 de febrero.

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

gunda del Tribunal Supremo sobre esta materia tras la STC 35/2020, del 25 de febrero, se resolvió completamente a espaldas de lo indicado por el máximo intérprete constitucional en dicha sentencia, que es citada solo una vez, y de modo marginal, como si tratase de un tema distinto.⁴⁹ La sentencia del TS “resuelve” el caso de un rapero que había sido condenado por enaltecimiento del terrorismo, además de por injurias a la Corona y a las instituciones del Estado. Para lo que aquí interesa, la sentencia retrocede, en lo referido al artículo 578 CP, en torno a los criterios más tradicionales y restrictivos de la AN y el TS: a) solo el dolo es relevante, siendo la intención del autor indiferente; b) la identificación, como riesgo suficiente para condenar, de un potencial riesgo final de que algún seguidor acabe usando la violencia; c) la referencia a conceptos jurídicos indeterminados como las referencias a “tutelar la seguridad colectiva” o al “reflejo emocional de hostilidad”.⁵⁰

En este escenario polémico, incierto y nada halagüeño para las libertades informativas y la libertad de expresión, fruto en primer lugar de la falta de criterios estables y, a continuación, como reacción de que la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Supremo no hayan recibido y aplicado internamente la doctrina del TEDH y del TC, incluida la STC 35/2020, del 25 de febrero, nos parece un despropósito que el legislador trate de apagar el fuego con gasolina. Es decir, por si lo anterior fuera poco, ahora se pretende perseguir, castigar y penalizar los discursos políticos vinculados a regímenes totalitarios, incluso cuando no se incite directa o indirectamente a la violencia o discriminación contra grupos o personas concretas, o lo que es lo mismo, cuando no exista daño o riesgo real para bien jurídico alguno. Un auténtico despropósito que se enmarca en el auge del populismo punitivo y la falta de evidencia empírica que sacude nuestro modelo en la actualidad.

4. Conclusiones

Las conductas que se pretenden incluir en la reforma propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista en 2020, de la forma más aséptica posible y con todas las cautelas puesto que sólo la conocemos por la prensa, teniendo en cuenta asimismo el antecedente que

supone la propuesta que el mismo grupo sí llevo a presentar a la mesa del Congreso de los Diputados en 2017, y, en definitiva, las conductas que se pretenden incriminar, no cumplen de entrada y por lo general las exigencias mínimas para legitimar la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la *norma normarum*.

En este capítulo hemos estudiado las medidas concretas y los tipos que incluían las reformas propuestas en la proposición no de ley de ERC⁵¹ y la proposición de ley del PSOE.⁵² Las reformas tratan de añadir más leña al fuego, si bien la situación actual ya es de por sí preocupante, por la disparidad de criterios y condenas en base a los tipos penales del 510 y 578 del CP. La línea jurisprudencial que ha fijado el TC en su STC 35/2020, del 25 de febrero, pero también en la previa STC 112/2016, del 20 de junio, debería guiar la aplicación e interpretación por parte de la jurisdicción ordinaria, y llevar a esta a limitar las condenas por aplicación de aquellos tipos penales a supuestos muy concretos, graves y en los que previamente se realice un análisis detallado del contexto y efectos de las manifestaciones emitidas.

La doctrina constitucional aquí analizada no solo debería proyectarse en la interpretación de los tipos penales, como el de enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas, sino también, *mutatis mutandis*, a los de ofensa a los sentimientos religiosos, injurias al jefe del Estado o a una serie de instituciones, así como las ofensas a símbolos. La realidad práctica, preocupante, nos exige acotar la cada vez más amplia concepción de discurso del odio en nuestra sociedad. Por el contrario, la dirección que parece proponer el Grupo Parlamentario Socialista se sitúa a las antípodas, abrazando posturas populistas que en ningún caso podrán alcanzar la persecución del discurso político de aquellos que piensan diferente o que creen y defienden postulados propios de regímenes totalitarios. Decimos que no podrán alcanzar porque la libertad de expresión lo impide y no superarán en ningún caso el test de proporcionalidad y el control que ejerce el máximo intérprete constitucional.

Además, en otros sistemas de derecho comparado y países de nuestro entorno en los que sí rige una “democracia militante”, como sucede en Alemania,

⁵¹ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 208, 14 de septiembre de 2017.

⁵² BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

⁴⁹ Véase la STS 135/2020, de 7 de mayo, ECLI: ES:TS:2020:1298.

⁵⁰ *Ibidem*.

tampoco se castiga penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo ni se sanciona la defensa de los delitos cometidos por ese régimen, si no se hace de forma que se perturbe la convivencia externa. La mera conmoción espiritual que tales declaraciones puede ocasionar, dice el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), es una consecuencia del ejercicio legítimo de la libertad de expresión garantizada constitucionalmente.⁵³ Y es que no tiene ningún sentido castigar conductas que no producen daño alguno ni ponen en riesgo a ningún bien jurídico.

5. Bibliografía

- ALCÁ CER GUIRAO, R.: “Opiniones constitucionales”, *InDret*, 1/2018.
- BALDA MEDARDE, M. J.: “Sobre la libertad de expresión”, *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2018.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 45-86.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020, pp. 30-49.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. Y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-358.
- COLOMER BEA, D.: “La doctrina del efecto desaliado como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2019, pp. 97 y ss.
- COMAS D’ARGEMIR, M.: “Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión”, *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012.
- CORRECHER MIRA, J.: “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 13, 2013.
- DÍAZ VALCÁRCEL, R.: “La libertad de expresión. Apariencia y realidad”, *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo 2018.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares”, *Foro FICP*, 2018-3.
- FUENTES OSORIO, J. L.: “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 27, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A.: “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Elemento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2018.
- GARCÍA ARÁN, M.: “De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio”, en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁵³ Al respecto véase ROIG TORRES, M.: “El delito de apología... *op. cit.*”

Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios

- LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, *Diario La Ley*, núm. 9572, 2020.
- LEÓN ALAPONT, J.: “Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿Penalmente relevantes?”, en ACALE SÁNCHEZ, M.; NIETO MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ MIRANDA, A. (Dir.): *Reformas penales en la península ibérica: ¿La “jangada de pedra”?*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2021, en prensa.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del «Discurso del odio»”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 12, 2014.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ROIG TORRES, M.: “El declive de la libertad de expresión: propuesta de penalizar un discurso político”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) y LEÓN ALAPONT, J. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 717-739.
- ROIG TORRES, M.: “El delito de apología y enaltecimiento del franquismo. Contraste con la regulación alemana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.
- SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en CUERDA RIEZU, A./JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: “Prisión provisional y alarma social: a propósito del caso de los titiriteros”, en ABADÍAS SELMA, A. y SIMÓN CASTELLANO, P. (Coords.), *Prisión provisional: ¿Utilidad o perjuicio? Una visión interdisciplinar*, A Coruña, COLEX, 2021, pp. 189-208.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Los delitos de odio en las redes sociales”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 27, 2018.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política contemporánea*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2020.
- TERUEL LOZANO, G.: “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018.
- TERUEL LOZANO, G.: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, 2017.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión...*, op. cit.

Reflexión en torno a la protección jurídico penal de los animales: especial referencia al Código Penal del estado de Guanajuato

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Universidad De La Salle Bajío
Academia Mexicana de Ciencias Penales
Miembro correspondiente*

RESUMEN: El maltrato animal es un problema que empieza a cobrar un especial nivel de atención. Cuando se habla de maltrato animal debe tenerse presente que se trata de conductas de abandono, negligencia en su cuidado, mutilación, torturas y la muerte. El común de todas estas conductas es la crueldad, traducida en dolor y sufrimiento infligido a seres vivientes no humanos. Se trata en este texto lo concerniente al tratamiento que el Código Penal del estado de Guanajuato brinda al maltrato animal.

PALABRAS CLAVE: Maltrato animal, bien jurídico en el delito de maltrato animal, conducta típica, causas de exclusión.

ABSTRACT: Animal abuse is a problem that is beginning to receive a special level of attention. In this sense, when talking about animal abuse, it must be borne in mind that it is about behaviors of abandonment, negligence in their care, mutilation, torture and death. The common of all these behaviors is cruelty, translated into pain and suffering inflicted on non-human living beings. This text deals with the treatment that the Criminal Code of the State of Guanajuato provides to animal abuse.

KEY WORDS: Animal abuse, legal good in the crime of animal abuse, typical behavior, causes of exclusion.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco jurídico. 3. Generalidades sobre el maltrato a los animales. 4. El delito de maltrato de animales. 5. Consideraciones finales.

Reflexión en torno a la protección jurídico penal de los animales

El significado real de la palabra humano es “un animal que pertenece al género Homo”

Yuval Noah Harari

1. Introducción

Es evidente que los asuntos relacionados con el medio ambiente han cobrado un especial significado social y jurídico. El interés por la protección legal del medio ambiente se traduce en una impresionante lista de instrumentos internacionales, acuerdos y convenciones que definen las medidas y acciones específicas que corresponde realizar a los países suscriptores. A lo anterior habrá que agregar las diversas disposiciones constitucionales y legales vigentes en nuestra nación.

Si bien, cada ordenamiento legal tiene definido su objeto de estudio y los alcances concretos de sus normas, tratándose de la materia ambiental la concurrencia de varias ramas jurídicas se explica por la complejidad inherente al problema ecológico, mismo que no puede quedar enmarcado en una sola. Así pues, concurren en el tratamiento de los asuntos ambientales las expresiones propias del derecho constitucional, internacional público, fiscal, administrativo y penal.²

¹ Sobre el concepto de medio ambiente habrá que reconocer que no está del todo definido y que, incluso, las conceptualizaciones realizadas no son pacíficamente admitidas. Siguiendo a De Vicente Martínez, Rosario, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Iustel, 2018, tenemos que en la doctrina española, se entiende por medio ambiente: “el mantenimiento de la propiedad del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga en un sistema subordinado y no sufra alteración perjudicial”; la misma autora agrega: en la doctrina alemana “se reconoce que no se trata únicamente del hombre y su salud, sino también, y por lo menos con igual rango, de los diversos medios del ambiente (agua, aire, suelo) y sus posteriores manifestaciones (flora y fauna); y la doctrina italiana le define como “un complejo de bienes que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el cual nacen y se conservan los seres vivos (humanos, animales y plantas), op cit., p. 25-25. Por otro lado, en nuestro país, un documento del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública recoge el concepto formulado por Gabriel Quadri, para quien el término medio ambiente “se refiere a diversos factores y procesos biológicos, ecológicos, físicos y paisajísticos que, además de tener su propia dinámica natural, se entrelazan con las conductas del hombre”, visible en <http://www.manantialdenubus.org/wp-content/uploads/2014/01/MA.0103-CESOP2006-Deficion-MedioAmbienteMexico.pdf>

² Aspecto recientemente revisado por García López, Tania, *Introducción al Derecho ambiental mexicano, Parte General*, México, Bosch, 2018, p. 57; véase también De Vicente Martínez, Rosario, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Iustel, 2018, p. 47 y siguientes; Sánchez Pérez, Lucía, “El incremento de la protección

El espacio vital universal ha resentido profundamente las consecuencias de la industrialización.³ Los recursos naturales y la biodiversidad se han visto afectados en proporciones mayúsculas y, por desgracia, esta pernicioso tendencia no parece tener fin a la vista. La escasez de agua para consumo humano es una cruda realidad en muchas zonas del país. Mientras que una buena proporción de agua se utiliza para labores agrícolas, en menor cantidad se aprovecha en actividades industriales cuyas descargas, sin embargo, son altamente contaminantes.

La basura acumulada por toneladas en los vertederos contamina los suelos, el aire y, por supuesto, también el agua. Y qué decir del cambio climático, negado por algunos, pero cuyas afectaciones son más que evidentes, asumiendo que nuestro país aporta emisiones de gas invernadero en niveles considerables, alcanzado a nivel global un aproximado de 98%.

La contaminación por los gases producidos por el tráfico vehicular, el vertido a los ríos de desechos industriales, las afectaciones generadas por las centrales nucleares, la basura que inunda (vaya paradoja) los mares, y una larga lista de ataques y afrentas al medio ambiente exigiría ser relatada con más detalle. Con todo, en descargo de la ausencia de datos puntuales, cabe señalar que no son pocos los sitios informativos especializados que podrían abundar en el recuento de esa desgracia mundial; desgracia que no solo produce mala calidad de vida, sino que, además, aniquila especies animales, produce enfermedades, agota recursos naturales, por decir lo menos.

Por otra parte, se sabe de acciones emprendidas por los gobiernos nacionales cuya finalidad consiste en enfrentar la debacle ecológica. En estas acciones destaca la perspectiva internacionalista, la que emerge de comprender que el fenómeno de que se habla y su atención no puede circunscribirse a las fronteras de cada nación, por más y que al interior igualmente deben ejecutarse medidas apropiadas y pertinentes.

En este último punto, el concerniente a las medidas de derecho interno, destacan aquellas que en fechas

del medio ambiente a través del Derecho penal”, en *Revista Penal España*, número 44, julio de 2019, Universidad de Huelva y otras, Tirant lo Blanch, p. 178 y siguientes.

³ Un recuento, balance y perspectivas de la situación puede verse en: Revuelta Vaquero, Benjamín y Sereno Marín, César Arturo, “Retos del acceso a la justicia ambiental en México en el Siglo XXI”, en Vidaurri Aréchiga, Manuel y Patrón Sánchez, Fernando, *Varia Jurídica*, México, Universidad de Guanajuato – Ubijus, 2012, p. 487 y siguientes.

relativamente recientes han venido ocupando espacio en los códigos penales de los estados que conforman la República mexicana. En concreto, se trata de la intervención penal en el caso del maltrato a animales, lo que acá se comprende como una vertiente del derecho penal ambiental, aspecto que se tratará en las páginas siguientes.

En el presente texto se hará referencia al tratamiento que el Código Penal del estado de Guanajuato brinda al tema central de esta comunicación.

2. Marco jurídico

El fenómeno que describe el daño ambiental es multifacético y, por lo mismo, sumamente complejo en cuanto a su abordaje detenido. Si se trata de cuestiones relacionadas con el agua (acceso, protección, distribución, tratamiento, etc.) o si se trata del cuidado de la calidad del aire, la explotación minera, la protección de la fauna o la flora, la caza o la pesca, el instrumental jurídico se traduce en leyes especiales, normas oficiales, directrices administrativas, disposiciones fiscales o la determinación de responsabilidades de naturaleza civil o penal. En cada caso, con los alcances propios de la rama jurídica en cuestión.

Como se dejó señalado en el apartado anterior, en las diversas codificaciones estatales la protección del medio ambiente encuentra un marco de referencia legal con características más o menos similares. Al hilo de esto, en adición a lo consignado en la legislación penal, deberá tenerse en cuenta todo aquello que también señalan sobre el tema otras normas, como las administrativas, por ejemplo, siempre bajo la consideración de la obvia confluencia de ordenamientos jurídicos relacionados con la materia ambiental.

La situación comentada antes hace comprensible el recurso a las llamadas “leyes penales en blanco”,⁴ más aún si se tiene en cuenta la multiplicidad de, por ejemplo, Normas Oficiales Mexicanas, que regulan aspectos técnicos sumamente concretos de la materia. Acudir al uso de normas penales en blanco sirve, en definitiva, para establecer las necesarias concordancias

entre lo regulado por la materia penal y la administrativa; aunque se suele criticar este procedimiento aduciendo faltas al principio de legalidad, lo cierto es que al utilizarse contribuye a generar certeza jurídica.

Desde el plano constitucional, conforme a lo que establece en sus párrafos 5° y 6° del artículo 4, en México toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, asignando al Estado el deber de garantizar el respeto a este derecho, agregando que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque; adicionalmente, se dispone el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Las cláusulas genéricas mencionadas operan como la base desde la cual se configuran los otros ordenamientos legales concurrentes, que igualmente deberán armonizarse con los instrumentos internacionales adoptados. En términos similares se pronuncia la Constitución Política del estado de Guanajuato en su artículo 1°, párrafos 11 y 12.

Otra regla constitucional federal, contenida en el artículo 73, inciso XXIX-G, establece que el Congreso federal está facultado para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas, de los municipios y, en su caso, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.⁵

Un dato legal interesante: la Constitución de la Ciudad de México en su artículo 18, apartado B, numerales 1, 2 y 3 se ocupan de la protección a los animales, haciendo especial mención al hecho de que se trata de “seres sintientes” y, por lo tanto, merecedores de trato digno, fijándose, asimismo, la obligación de los habitantes de la Ciudad de México de respetarles. Estas consideraciones legales destacan especialmente con respecto a otras entidades donde tales referencias ni siquiera existen.

⁴ Aunque referida a la situación jurídica del tema en España, una revisión relativamente reciente en torno al uso de leyes penales en blanco en materia ambiental puede conocerse en: Rodríguez Medina, María del Mar, “Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente”, en *Revista Penal México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Universidad de Huelva, número 7, febrero de 2015, p. 195 y siguientes.

⁵ No sobra tener presente lo que con toda exactitud plantea García López, Tania, *Introducción al Derecho ambiental mexicano, Parte General*, op cit., p. 52 al referirse a la distribución de competencias legales en nuestro sistema jurídico, el que se basa en la división federación-estado-municipio situación que, en la práctica, genera inevitables trabas y obstáculos políticos y jurídicos.

Reflexión en torno a la protección jurídico penal de los animales

Como mero dato informativo, se enlistan unos pocos documentos internacionales que tienen referencia a los temas ambientales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969)
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972)
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972)
- Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1978)
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982)
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)
- Convenio sobre Diversidad Biológica (1992)
- Hábitat agenda (1996)
- Declaración de Nairobi (1997)
- Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997)
- Declaración de París (1998)
- Declaración Ministerial de Malmö (2000)

En el orden jurídico estatal, aparte del CPGTO, puede mencionarse la Ley para la Protección Animal del Estado de Guanajuato (LPAGTO) tiene entre otros objetivos los de regular la protección de los animales domésticos de cualquier acto de maltrato que les cause daño o sufrimiento, así como promover a través de la educación y concientización de la sociedad, el respeto, cuidado y consideración hacia los animales domésticos, siendo aquellos que son criados bajo el control del ser humano, que conviven con él y requieren de este para su subsistencia, con excepción de los animales en vida silvestre o que se encuentren sujetos a las actividades pecuarias (artículo 1 y 2). En la citada norma de naturaleza administrativa se aprecia una importante decisión legislativa en beneficio de los animales, mas propiamente *un derecho a no ser dañados*.

3. Generalidades sobre el maltrato a los animales

No existe un censo exacto de la cantidad de animales, pero la Asociación Mexicana de Médicos Veterina-

rios Especialistas en Pequeñas Especies estima que existen alrededor de 28 000 000 de especímenes de los cuales 18 000 000 son perros; además, en 2014 Encuesta Mitofsky informó que alrededor de 58% de los hogares en México tienen una mascota (80% es un perro). Por otra parte, se sabe también que 70% de los perros en el país no tienen hogar o lo tuvieron, pero fueron abandonados.⁶

El maltrato animal es un problema que empieza a cobrar un especial nivel de atención.⁷ Cuando se habla de maltrato animal debe tenerse presente que se trata de conductas de abandono, negligencia en su cuidado, mutilación, torturas y la muerte. El común de todas estas conductas es la crueldad, traducida en dolor y sufrimiento infringido a seres vivientes no humanos. El creciente interés por el desarrollo de una cultura de respeto hacia los animales, se orienta a potenciar una convivencia armónica con el entorno y con los seres vivos que en el mismo coexisten.

Consistente con lo anterior, se impone recordar el contenido del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos de los Animales⁸ que, en síntesis, determina que todo animal tiene derecho al respeto y que el hombre, en tanto especie animal, no puede atribuirse el derecho a exterminar a los otros animales o de explotarlos; que “todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre” y, más puntualmente si se quiere, a no ser sometidos a malos tratos ni a actos crueles.

La preocupación e interés social por los animales y su existencia al margen del sufrimiento, del daño y el dolor ha recibido atención por diversas ramas jurídicas, tanto desde el puro enunciado constitucional, las leyes secundarias y en instrumentos internacionales.

⁶ Datos visibles en: <https://www.institutoperro.com/home/maltrato-animal-mexico>

⁷ De modo meramente ilustrativo pueden consultarse los trabajos de García Sole, Marc, “El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección”, en *Revista de Bioética y Derecho*, Universidad de Barcelona, España, 2015. p. 43 y siguientes; y de Mella Pérez, Rodrigo Antonio, “Evolución jurisprudencial del delito de maltrato o crueldad animal en Chile”, en *Derecho animal, Forum of Animal Law Studies*, 2018, vol. 9/3, p. 147 y siguientes; y para el caso mexicano, Ochoa Figueroa, Alejandro, “El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía”, en *Revista Penal México*, México, septiembre 2015-febrero 2016, número 9, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Universidad de Huelva, p. 115 y siguientes.

⁸ Proclamada el 15 de octubre de 1978 y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y, posteriormente, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En la atención primordial se encuentra el derecho administrativo y el derecho penal. La protección penal de los animales cuenta ya con tipificaciones muy similares a las que se han creado para los seres humanos.

El complejo debate en torno a si los animales son objetos o sujetos de derechos es de aquellos que exigen concentración, tiempo y profundidad en el análisis, el cual incluso debería detenerse en el porqué, cuando se habla de protección jurídica de los animales, se pone mayor énfasis en unas especies que en otras. Por lo demás, debe reconocerse que ese nivel de estudio trasciende en mucho los contornos jurídicopenales, hecho que sugiere enfáticamente acudir a la perspectiva interdisciplinaria que permita conjugar aspectos técnicos y científicos con los propiamente jurídicos, filosóficos, sociológicos, económicos y antropológicos, entre otros saberes.

De algún modo, se ha concluido que tanto el derecho penal como el derecho administrativo serían las ramas jurídicas desde las cuales es posible establecer un cierto nivel de protección. Ahora bien, el tantas veces invocado “principio de intervención mínima” que caracteriza (o debería caracterizar) al derecho penal de última ratio debe entenderse, en este caso, como subsidiario del derecho administrativo sancionador. El hecho de su tipificación penal, no obstante, parece indicar que la eficacia (tal vez mejor decir ineficacia) de aquel tiene que ser asumida por el otro,⁹ todo lo cual conduce a reflexionar si, al final, la respuesta jurídicopenal es el más adecuado medio de defensa.

4. El delito de maltrato de animales

A la interrogante que cuestiona sobre las razones por las cuales el derecho penal debe intervenir en la protección penal del medio ambiente se ha respondido, mayoritariamente, que esto tiene fundamento en la insuficiente protección que otras ramas jurídicas le prodigan. Como sostiene, con razón, De Vicente, es evidente la convicción de que, en principio, no habría sido preciso acudir al derecho penal, siempre y cuando las sanciones administrativas hubieran sido eficaces y suficientemente disuasorias.¹⁰ El punto

es que, al final, se ha tenido que echar mano de esta herramienta jurídica, al punto de tipificar comportamientos diversos que afectan el medio ambiente y la biodiversidad.¹¹

Los códigos penales de las entidades federativas también contemplan títulos y capítulos sobre el tema en cuestión. Para el caso del estado de Guanajuato, tenemos que la protección de los animales se consigna en los siguientes artículos:

Artículo 297. Al que dolosamente cause la muerte de un animal vertebrado, se le impondrá de diez a cien días multa y de sesenta a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Artículo 298. Al que dolosamente cause la mutilación orgánicamente grave de un animal vertebrado, se le impondrá de cinco a cincuenta días multa y de treinta a noventa jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Una revisión somera de sus elementos se muestra enseguida.

a) Bien jurídico

Ubicados en el Título Séptimo (delitos contra el ambiente), Capítulo IV (delitos contra la vida e integridad de los animales), contemplan dos supuestos: causar la muerte, por un lado y, de otro, la mutilación orgánica grave del animal. Se entiende, pues, que por la ubicación dada por el legislador local, el bien jurídico protegido sería el medio ambiente, lo que resulta muy amplio y no parece el más adecuado. Tal vez sería mejor crear un nuevo título (bis) que hiciera puntual referencia al maltrato prodigado a los animales.

El bien jurídico que protege al medio ambiente no es el mismo bien jurídico que se quiere salvaguardar en el caso de los animales maltratados. La discusión doctrinal no termina por asumir un criterio firme al respecto.¹² Lo mismo se sostiene que puede ser la sen-

⁹ Mesías Rodríguez, Jacobo, “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código penal español”, en *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 2018, vol 9/2, visible en: <https://revistes.uab.cat/da/article/view/v9-n2-mesias-rodriguez>

¹⁰ De Vicente Martínez, Rosario, *Derecho penal del medio ambiente*, op. cit., p. 37.

¹¹ El Código Penal Federal en su título vigésimo quinto: “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, comprendido entre los artículos 414 a 423, agrupan en cinco capítulos los rubros de interés; así: Capítulo primero: “De las actividades tecnológicas y peligrosas”; Capítulo segundo: “De la biodiversidad”; Capítulo tercero: “De la bioseguridad”; Capítulo cuarto: “Delitos contra la seguridad ambiental”; Capítulo cinco: “Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente”.

¹² Sobre los distintos puntos de vista en torno al probable bien jurídico protegido véase: Mesías Rodríguez, Jacobo, “Los delitos

Reflexión en torno a la protección jurídico penal de los animales

sibilidad, la dignidad o el bienestar del animal, los sentimientos de compasión de los humanos frente al sufrimiento de los animales, la integridad del animal, el medio ambiente o el interés general de la sociedad; existen incluso posturas, ciertamente minoritarias, que niegan la existencia de bien jurídico alguno que proteger. En el caso concreto, cualquiera que se adoptara, no haría sentido con el bien jurídico genérico que se establece en el título donde se encuadran incorrectamente los tipos penales de maltrato a animales.

Sin dejar de reconocer la extrema complejidad que entraña establecer con precisión el bien jurídico, nos parece que en el caso del CPGTO el bien jurídico parece asociarse mucho mejor con el “bienestar” del propio animal, bienestar que abarcaría la noción de “dignidad” del animal en tanto ser vivo. El sufrimiento infringido no solo afecta el bienestar del animal, sino que, al mismo tiempo, vulnera su dignidad inherente.¹³

b) Objeto material de los delitos

El objeto material es un animal vertebrado. Este tipo de animales son aquellos que poseen esqueletos, columna vertebral, cráneo y vértebras; reciben ese nombre por que la columna vertebral separa el cuerpo en dos lados iguales. El esqueleto de los vertebrados está formado por un tejido elástico (los tiburones, por ejemplo). Pueden ser vivíparos, ovíparos, de sangre fría y de sangre caliente. Reconocen varias clases: mamíferos, aves, reptiles, anfibios y peces.

Al establecer como objeto material de estos delitos a los animales vertebrados queda evidenciada una sorprendente amplitud legislativa. En este sentido, las hipótesis normativas se verán cumplidas si el sujeto activo dolosamente priva de la vida a un hurón, un canario o un león, o si dolosamente mutila a una lagartija, un jabalí o un perro.

Resulta llamativo el hecho de que el CPGTO establezca el concepto “animal vertebrado”, en tanto que la LPAGTO, con toda precisión, solo habla de “animales domésticos” (los que son criados bajo el control del

ser humano, que conviven con él y requieren de este para su subsistencia, con excepción de los animales en vida silvestre o que se encuentren sujetos a las actividades pecuaria) y de “animales ferales” (especies domésticas que al quedar fuera del control del hombre, se establecen en el hábitat natural de la vida silvestre). Acudir a la LPAGTO se justifica en la medida que el concepto utilizado por la ley penal no delimita el alcance en más que extenso catálogo de variedades animales vertebradas. Con todo, la interpretación literal de la norma penal concluye que el objeto material lo serán todos los animales vertebrados.

c) Conducta típica en el maltrato de animales

El artículo 297 establece como conducta típica la de “causar la muerte” de un animal vertebrado y el artículo 298, determina como conducta típica la de causar “la mutilación orgánicamente grave” de un animal vertebrado. En ambos supuestos se requiere la comisión dolosa.

Notoriamente, existe un sensible paralelismo entre la protección de los seres humanos y la que se extiende a los animales. Visto así, producir la muerte dolosamente del animal implica, en efecto, el despliegue de una acción directa e inequívocamente dirigida a privarle de la existencia; y cabe, por supuesto, la posibilidad de que la muerte del animal sea causada por omisión (comisión por omisión), piénsese, por ejemplo, la que sobreviene por dejar en abandono al animal (por ejemplo: privándole de agua, alimento, exponiéndole a la intemperie). Es obvio que la persona propietaria o responsable tiene la posición de garante y, por ende, deberá responder por los hechos delictivos.

En relación con la otra conducta típica —la mutilación orgánicamente grave producida al animal— resulta perfectamente lógico admitir que podría convertirse en una especial agravante en el caso de que, por causa de la grave agresión, el animal muriera. O bien, si el proyecto delictivo buscaba la muerte del animal, logrando solamente lesionarle gravemente, incluso al punto de una mutilación, debería determinarse si no se está realmente ante una tentativa de delito.

Nada se dice respecto de los medios utilizados para causar la muerte o mutilar gravemente al animal. Ni tampoco se dice nada acerca de conductas que, sin causar la muerte o mutilación, sí produjeran

de maltrato y abandono de animales en el Código penal español”, op. cit. p. 75.

¹³ Un desarrollo filosófico sobre *bienestar animal* puede verse en Regan, Tom, *En defensa de los derechos de los animales*, México, Fondo de Cultura Económica – Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 110 y siguientes.

en el animal algún sufrimiento sin daño físico, como por ejemplo privación de agua, alimento, libertad de movimiento o abandono que, en sí mismos, expresan comportamientos crueles contra los que se pronuncia expresamente la Declaración Universal de los Derechos de los Animales en su artículo 3, con estas palabras: “ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles”, ahora que si es necesaria la muerte de un animal, “esta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia”.

d) Excluyentes de responsabilidad

Las contempladas en el CPGTO se mencionan en el artículo 299, siendo tales: I) La muerte o mutilación de un animal vertebrado resultado de actividades lícitas; II) La muerte o mutilación de un animal vertebrado que constituya plaga; III) La muerte o mutilación de un animal vertebrado por causa justificada y cuidado de un especialista o persona debidamente autorizada y que cuente con conocimientos técnicos de la materia; IV) El sacrificio de un animal vertebrado para consumo humano. A las anteriores vale adicionar las del artículo 33 del CPGTO.

La justificación de las acciones típicas de matar o mutilar en supuestos de legítima defensa son debatibles en la medida en que, teóricamente, se refieren a agresiones provenientes de un ser humano a otro; cosa diferente sería la de que el animal haya sido utilizado por otra persona como medio para agradecer.

El estado de necesidad, por otra parte, cobra especial relevancia cuando se trata de conductas de abandono, las que no están consideradas expresamente por el CPGTO. No obstante, los comportamientos de abandono en sus diferentes modalidades son muy frecuentes, agravadas en el momento actual por virtud de la pandemia de Covid-19 y sus efectos diversos;¹⁴ se sabe que son razones de índole económicas las que lo motivan. La pregunta es si, en efecto, las razones económicas pueden hacerse valer como causas de justificación del abandono, más aún cuando el activo

tendría, en términos generales, varias opciones previas al abandono (por ejemplo asociaciones protectoras de animales, instancias públicas con el mismo fin, programas sociales de adopción de mascotas, etcétera).

En la fracción IV del artículo 299 del CPGTO pueden identificarse causas del ejercicio legítimo de un derecho, sobre todo porque se trata de animales aptos para el consumo humano. Y aunque no se establece con exactitud, partiendo de una una interpretación extensiva es de considerarse que la fracción I del citado artículo 299 (muerte o mutilación de un animal vertebrado resultado de actividades lícitas) permitiría incluir en tal fracción la investigación científica o con propósitos comerciales (animales criados para consumo humano).

e) Consecuencias jurídicas

Las consecuencias jurídicas previstas son las de multa (de diez a 100 días de multa) y trabajo en favor de la comunidad (de 60 a 180 jornadas), para el supuesto de hecho contemplado en el artículo 297, causar la muerte del animal vertebrado. Y para la conducta de mutilación grave contemplada en el artículo 298, será de cinco a 50 días de multa y de 30 a 90 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Es de celebrarse que no se haya acudido a la pena privativa de libertad, tan común en la lógica del “populismo punitivo”. La tentación de reprimir con penas privativas de libertad, fue sustituida convenientemente (en nuestro parecer) por la de jornadas en favor de la comunidad y multa. Este tipo de penas es consistente con los objetivos legales fijados en el artículo 1, inciso II, de la LPAGTO donde se asume que la misma tiene entre otros objetivos los de “promover, a través de la educación y concientización de la sociedad, el respeto, cuidado y consideración hacia los animales domésticos”, proyecto de cultura cívica en el que deben estar incluidos quienes han quebrantado la ley penal, como es el caso.

El trabajo en favor de la comunidad parece una consecuencia aceptable; podría complementarse con otra medida educativa consistente en atender un determinado número de horas en cursos especiales de sensibilización.

¹⁴ En el curso del confinamiento experimentado por la pandemia de COVID-19 el abandono de mascotas se ha hecho notar, por parte de asociaciones de expertos de la salud animal, se tiene noticia de que de cada 10 llamadas que se reciben en los albergues, 8 reportan abandono animal, véase: <https://www.milenio.com/politica/comunidad/abandono-de-perros-incrementa-por-pandemia-de-covid-19>; véase también: <https://www.msn.com/es-xmx/noticias/mexico/temen-aumento-de-abandono-de-mascotas-por-covid-19/ar-BB12c3dt>

5. Consideraciones finales

La conducta humana de maltrato animal puede deberse a múltiples factores. Lo anterior determina, en definitiva, la necesidad de que aparte de las jurídicas intervengan otras disciplinas científicas.¹⁵ La identificación de las causa o motivaciones que llevan al sujeto a maltratar a otro ser vivo, en este caso no humano, reclaman una visión multidisciplinaria. Apelar de manera exclusiva al derecho penal no garantiza por sí mismo que estos groseros comportamientos, remitan en la práctica social.

Si acaso, la tipificación del maltrato a animales se ajusta más a la lógica del derecho penal simbólico, que es una de las caras del populismo punitivo. No es fácil admitir que con la pura consignación de los delitos de maltrato animal estos comportamientos desaparecerán, ni siquiera con la amenaza de una sanción penal.

El respeto a la biodiversidad, que incluye a los seres no humanos con los que coexistimos, requiere de un esfuerzo firme en la tarea educativa en el más amplio sentido de la palabra. En la comprensión de esta afirmación es que se encuadran disposiciones como la del artículo 1, fracción II, de la LPAGTO, cuando establece entre otros objetivos los de promover, a través de la educación y concientización de la sociedad, el respeto, cuidado y consideración hacia los animales domésticos. Para lograr lo anterior la misma ley señalada enlista una serie de obligaciones de las personas¹⁶ en general, y de los poseedores o propietarios en

particular,¹⁷ además de caracterizar los actos de crueldad en que pueden incurrir.¹⁸

El desarrollo del derecho animal irá dando frutos, sobre todo al dilucidar los problemas que aun reclaman clarificación. Tan solo en el ámbito jurídico-penal quedan abiertos al debate no pocos temas. Entre otros aspectos críticos podrían mencionarse los siguientes: establecer con mayor consistencia el bien jurídico que se protege; definir si la zoofilia merece ser considerada algo más que una parafilia sin mayores consecuencias sociales o si lo que importa al proteger a los animales no solamente es el daño sufrido, sino el sufrimiento al que se le ha sometido; superar la contradicción que implica proteger unas especies y permitir la explotación de otras; considerar la problemática del abandono consciente del animal. Pero, finalmente, el tema de fondo es y seguirá siendo el de porqué el uso del derecho penal y, en todo caso, cuánto derecho penal es el necesario.

Al ocuparse de la evolución humana, tan visionaria a veces, pero las más de las ocasiones sin claridad de objetivos, Yuval Noah Harari nos deja esta reflexión¹⁹:

males domésticos brindándoles asistencia, auxilio y trato adecuado; Evitar a los animales domésticos el sufrimiento, lesiones, actos de crueldad y maltrato; y Denunciar, ante las autoridades correspondientes, cualquier irregularidad o violación a la presente ley.

¹⁷ Artículo 21. Los propietarios y poseedores de animales deberán: Procurarles la alimentación, atención sanitaria y las condiciones de trato adecuado que esta Ley establece; Obtener de la autoridad municipal correspondiente, o por medios propios, la placa de identificación del animal doméstico y colocarla permanentemente; Evitar inducir a los animales a causar daños a terceros; Sujetar a los animales cuando sean sacados a la vía pública, deberán llevar collar, correa y placa de identificación, y en su caso bozal; Cubrir los daños que cause el animal, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables; Impedir que sus animales entren a propiedades privadas y si lo hacen y excretan, el propietario o poseedor del animal, deberá asear el sitio o pagar su aseo; y Retirar de la vía pública las excretas del animal.

¹⁸ Artículo 23. Se consideran actos de crueldad y maltrato hacia los animales: Cualquier alteración de la integridad física o modificación negativa de sus instintos naturales, que no se efectúe bajo causa justificada y cuidado de un especialista o persona debidamente autorizada y que cuente con conocimientos técnicos en la materia; Todo acto u omisión que ocasione sufrimiento o ponga en peligro la vida; Toda privación de aire, luz, alimento, agua, espacio, abrigo contra la intemperie, cuidados médicos y alojamiento adecuado, acorde a su especie, y que cause o pueda causarle daño; y Abandonar a los animales en la vía pública o desatenderlos por periodos prolongados en bienes de propiedad de particulares, comprometiendo su bienestar.

¹⁹ Noah Harari, Yuval, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, 18ª reimpresión, México, Penguin Random House, 2018, p. 455. La cita al inicio de este documento procede del mismo libro.

¹⁵ La psicología, por ejemplo, ha puesto atención en el tema. Que el siguiente caso sirva como mera referencia divulgativa, la nota se lee en esta dirección: <https://psicologiaymente.com/forense/perfil-psicologico-maltratador-de-animales>, dirigida a explicar los rasgos característicos de la persona maltratadora. Asimismo, las llamadas neurociencias han desarrollado investigaciones sobre la agresión y la violencia, poniendo énfasis más en el individuo (tipo de agresores) que en los tipos de violencia; así como también en la interacción de múltiples factores que identifican las coincidencias existentes entre humanos y animales respecto a la agresión y la violencia; lo anterior con base en datos provenientes de estudios de estimulación y lesión cerebral de pacientes con tumores cerebrales y/o con electroencefalograma anómalo, de las consecuencia de enfermedades infecciosas y de otras alteraciones, sobre el punto, Moya Albiol, Luis (editor y coordinador), *Neurocriminología. Psicobiología de la violencia*, Madrid, Pirámide, 2015, especialmente los estudios “Definición y tipología de la agresión y la violencia”, p. 29 y siguientes y “El cerebro violento”, p. 39 y siguientes; el desarrollo de la investigación criminológica ha progresando en el análisis de los problemas medioambientales y de la biodiversidad a través de la corriente denominada criminología verde.

¹⁶ Artículo 19. Es obligación de toda persona: Proteger a los ani-

Somos más poderosos de lo que nunca fuimos, pero tenemos muy poca idea de qué hacer con todo ese poder. Peor todavía, los humanos parecen ser más irresponsables que nunca. Dioses hechos a sí mismos, con solo las leyes de la física para acompañarnos, no hemos de dar explicaciones a nadie. En consecuencia, causamos estragos a nuestros socios animales y al ecosistema que nos rodea, buscando poco más que nuestra propia comodidad y diversión, pero sin encontrar nunca satisfacción.

¿Hay algo más peligroso que unos dioses insatisfechos e irresponsables que no saben lo que quieren?



Pendientes en la justicia a víctimas



José Zamora Grant

Profesor e investigador. Universidad Autónoma de Tlaxcala. México

RESUMEN: *Generalmente se piensa en justicia —para el caso, justicia penal— cuando se deslindan las responsabilidades y se aplican las sanciones correspondientes, sin embargo, la reparación para quienes sufrieron por la comisión delictiva o por la violación de sus derechos humanos de manera integral, aparece como consecuencia de aquello, pero en segundo plano. Ello obedece, por el arraigo que, por más de un siglo, tuvo la ideología de la defensa social, en muchos de los países de occidente. El advenimiento, sin embargo, del concierto de las Naciones Unidas en torno a los derechos humanos y el reconocimiento en la Declaración Universal de la Dignidad Humana, centró las prioridades en la garantía de derechos para las personas como fin prioritario de la justicia y para las víctimas no sería la excepción; para lograr ello, es necesario además de consagrar sus derechos, que se estructuren mecanismos eficaces que garanticen su goce y ejercicio. En este trabajo reflexiono sobre aquello que está pendiente en la justicia a víctimas para lograrlo.*

PALABRAS CLAVE: *víctimas, ONU, Declaración Universal de la Dignidad Humana, derechos humanos, justicia.*

ABSTRACT: *Generally, justice is considered - in this case, criminal justice - when responsibilities are delimited and the corresponding sanctions are applied, however, reparation for those who suffered from the criminal commission or the violation of their human rights in an integral way, appears as a consequence of that, but in the background. This is due to the roots that the ideology of social defense had for more than a century in many Western countries. The advent, however, of the concert of the United Nations Around Human Rights and the recognition in the Universal Declaration of human dignity, focused the priorities on the guarantee of rights for people as a priority end of justice and for the victims would not be the exception; To achieve this, it is necessary, in addition to enshrining their rights, to structure effective mechanisms that guarantee their enjoyment and exercise. In this work I reflect on what is pending in the justice system for victims to achieve this.*

KEY WORDS: *victims, UN, Universal Declaration of Human Dignity, human rights, justice*

SUMARIO: 1. ¿A quiénes llama víctimas la legislación? 2. Las personas en condición de víctimas frente al derecho penal; 2.1. Las prioridades de la justicia penal; 2.2. La exacerbación de la ideología de la defensa social; 2.3. Ruptura del paradigma: víctimas y dignidad; 2.4. La realidad de la victimización. 3. Las contradicciones de la justicia a víctimas; 3.1. Entre la represión y la garantía de sus derechos; 3.2. El caso mexicano: reformas y contradicciones; 3.3. El papel de la víctima en la justicia penal; 3.4. Pendientes de resolver en la justicia a víctimas. 4. Fuentes de información.

1. ¿A quiénes llama víctimas la legislación?

El término “víctima” ha sido utilizado indistintamente para hacer referencia a cualquier tipo de persona que ha sufrido algún daño o menoscabo en su persona, intereses, propiedades o derechos, no importando tanto la causa que lo haya motivado: un desastre natural, un accidente, un delito, una violación a un derecho humano, etcétera. Se podría decir que nos referimos a estas personas como víctimas de manera coloquial y, por ende, generalizamos tal denominación, pero cuando se trata de su regulación legislativa el término sigue siendo utilizado de la misma forma, aún con las especificaciones que la ley especializada haga del tipo específico de víctima, por ejemplo, de delito o de violación a derechos humanos.

La Ley General de Víctimas en México, por ejemplo, especifica que las víctimas son de delitos, de violaciones a sus derechos humanos o eventuales, y también se refiere a los derechos que le asisten según del tipo de víctima que se trate, por ejemplo, los derechos de las víctimas en el proceso penal (art. 11); pero la propia ley utiliza el término víctima, sin especificar, en un sinnúmero de ocasiones a lo largo de su texto.

Sin duda, en términos semánticos resulta “práctico” utilizar el término general de víctima sin aclarar para cada caso de qué víctima de los supuestos de ley previstos se trata, lo cual resulta entendible y de práctica utilidad, incluso —me parece— semánticamente correcto. Dicha utilidad trasciende a la manera en cómo el resto de la legislación utiliza el término, cómo los códigos procesales o las leyes especializadas¹ suelen también generalizarlo por las mismas razones prácti-

cas. Practicidad que generaliza su utilización en los espacios de aplicación del derecho, como los tribunales y las áreas de recepción de denuncias, investigación y persecución del delito; pero también en los hospitales y en la atención especializada, médica y psicológica; la literatura —también la especializada— y como la televisión y la cinematografía hacen lo propio. En fin, el término ha derramado culturalmente de manera tal que su utilización generalizada es social, jurídica y culturalmente aceptada, hasta por la mayoría de las víctimas. Yo mismo, cometo el mismo error, por los mismos fines de practicidad.

Poco nos preguntamos, sin embargo, respecto de las repercusiones que tal uso “práctico y generalizado” tiene sobre las personas que reciben tal denominación, justo por haber sufrido un daño de los aludidos o cualquier otro. La “etiqueta de víctima”, como cualquier otra, impacta tanto en quienes la sufren como en quienes la asignan; unos entenderán tales y otros las entenderán así y también las tratarán así;² proceso en el cual profundiza la condición de víctima con efectos sobrevictimizantes, poco entendidos, estudiados y atendidos.

Las personas a las que llamamos víctimas solo se encuentran en una condición tal, pero no lo son en esencia, las causas son exógenas con efectos endógenos, pero no es lo que las define. Es una condición que genera —y también es causa de— vulnerabilidad, pero como tal, debe ser pasajera, temporal y, por tanto, nunca permanente.

Llamar víctimas y tratarlas como tales, conlleva el riesgo de generar procesos estigmatizantes de perso-

¹ En México, la Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, la Ley general para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la Ley general en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas, entre las principales.

² “La desviación es un proceso en el curso del cual algunos individuos pertenecientes a algunos grupos, comunidades y sociedades a] interpretan un comportamiento como desviado, b] definen una persona, cuyo comportamiento corresponda a esta interpretación, como alguien que forma parte de una cierta categoría de desviados y c] ponen en acción un tratamiento apropiado frente a esta persona”. Kitsuse J. I. citado por Alessandro Barata, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4ª edición en español, Siglo XXI editores, México, 1993, p. 94.

nas en condición tal, de los que difícilmente podrán salir. Los procesos de reacción y de atención a las personas en condición de víctima, también estarían generando este tipo de estigmas discriminantes de efectos sobrevictimizantes; la paradoja es clara, al apoyar a las personas en condición de víctimas, eventualmente, se les podría estar hundiendo en su propia condición con efectos de tal impacto que, es posible, nunca superen tal condición. Las posibilidades de que ello haya estado sucediendo en la mayoría de los casos son altísimas.

Entonces, ¿cuándo las víctimas sanan?, ¿cuáles son las posibilidades de sanar con una reacción al delito como la estructurada en los países de la región latinoamericana?, ¿qué efectos tienen los procesos de estigmatización tanto social como de las instancias públicas?, ¿cuáles son las posibilidades reales de atender a las víctimas por la justicia penal sin producir sobrevictimización? Estas preguntas, como muchas otras, difícilmente encuentran respuesta satisfactoria en los modelos de atención a víctimas tanto jurídica como biopsicosocial. Por atención a víctimas nos referimos al menos a todos los mecanismos de prevención del delito y de la victimización, de reacción institucional al delito en la persecución, investigación y juzgamiento de los probables responsables, de todos los especialistas que operan el sistema desde muy distintos pero complementarios ámbitos disciplinarios —abogados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, entre los principales—.

2. Las personas en condición de víctimas frente al derecho penal

2.1. Las prioridades de la justicia penal

El origen del derecho penal, en la naciente modernidad, hacia la segunda mitad del siglo XVIII, en el Iluminismo clásico, marca el inicio de un modelo punitivo que a la postre se fortalecería e identificaría como de defensa social. La sociedad como un bien a defender del mal delito,³ justificaría la reacción punitiva en aquel periodo y durante al menos dos siglos.

Los cimientos de un derecho penal así se enraizarían bajo aquella influencia, y las ideologías jurídico-penales y criminológicas —a la postre reflejadas en políticas públicas— centrarían sus esfuerzos en legi-

timar una reacción de teleología tal: la defensa de la sociedad.

Exaltar a la sociedad como un bien supremo, tendería como consecuencia inmediata la exclusión de la víctima y de sus intereses en planos inferiores; ello incluiría, por supuesto, el papel del propio imputado de delito en tanto eventual víctima de violaciones a sus derechos humanos. Priorizar el interés social como interés superior, facilitaría a su vez la restricción en el ejercicio de derechos por las personas, relegados también a planos inferiores.

Ejercer derechos frente a la justicia penal sería una experiencia incipiente en un naciente modelo garantista que se empezaría a trazar con las aportaciones de ideólogos iluministas de influencia en la época como César Bonesana, Marqués de Beccaria⁴ y Jeremías Bentham, que entre otros, reclamarían por una reacción punitiva respetuosa de derechos para personas imputadas de delito y reaccionarían contra la pena de muerte; una justicia penal más humana, que centraría las expectativas punitivas en la privación de la recién reconocida y protegida libertad personal; eran los inicios del utilitarismo.⁵ Hacer útiles socialmente a las personas, como fundamento y teleología de las corrientes utilitaristas, cosificaba a las personas; pretender utilizarlas como objeto de fines sociales daría forma —y caracterizaría— a los modelos punitivos de defensa social.

El reconocimiento de las libertades en términos de igualdad sería razón suficiente para avanzar hacia modelos punitivos más respetuosos de la vida e integridad personal; la necesidad, sin embargo, de limitar

⁴ Beccaria, en expresión clara de un derecho más protector de las personas imputadas y en clara postura por exaltar los intereses sociales, expresó: "...un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida". En *De los delitos y de las penas*, de editorial Porrúa, sexta edición, México, 1995, p. 246.

⁵ La influencia del utilitarismo penal que surge en el período clásico iluminista, se arraigaría en la concepción y legitimación de la reacción punitiva por décadas —en mucho aún lo hace—; su arraigo en la teoría criminológica, centraría las expectativas utilitaristas del castigo, principalmente, en la pena privativa de libertad; con fines de prevención general y especial, ya sea para la disuasión de quien no ha delinquido pero eventual o potencialmente lo puede hacer, o la atención —reacción— de quien ya delinquirió, para que no lo vuelva a hacer. Una lectura de análisis explicativo y crítico de las así reconocidas teorías de la prevención se pueden encontrar en *Los fines de la pena*, de Serafin Ortiz, editado por el Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1992; y en, *La cárcel en el sistema penal* de Iñaki Rivera Beiras de editorial J. M. Bosch, Barcelona 1995.

³ En este sentido Alessandro Barata; *ibid.*, p. 36.

Pendientes en la justicia a víctimas

los derechos de las personas —por igual— para hacer posible la vida organizada, depositaría en tal principio —necesidad— y el de proporcionalidad la justificación, y también el límite de la reacción punitiva.

Un derecho penal de raíces tales excluiría a las víctimas de sus variables sustantivas y procesales, al dejar desde lo público la protección de la sociedad; los intereses de las víctimas afectados por el delito, cobrarían solo sentido en la medida que ello era reflejo del desprecio por las reglas del derecho penal, que mantenía los vínculos sociales; la reacción punitiva, luego entonces, se legitimaba y erigía por la transgresión del derecho penal mismo, en tanto instrumento primordial de preservación de la sociedad organizada bajo la fórmula del contrato social⁶.

El derecho penal, entonces, no olvidó a la víctima, la excluyó para centrar sus esfuerzos en la protección y defensa de la sociedad. Un derecho penal de raíces tales, no está diseñado para la garantía y protección de los derechos de las víctimas; es por ello, que los modelos punitivos aún anclados en variables de defensa social, poco o nada pueden hacer por los intereses particulares de las víctimas y por sus derechos. Una legislación penal y procesal fundada en variables de defensa social que prevé derechos para víctimas, es letra muerta en la codificación punitiva, una narración, un artificio legitimante, pero ineficaz al momento de pretender garantizar sus derechos y traducirlos en beneficios materiales de goce y ejercicio de los mismos.⁷

2.2 La exacerbación de la ideología de la defensa social

Las transformaciones sociales, merced a la reconocida libertad para todas las personas, habría impactado no solo en lo jurídico, sino también en las dinámicas políticas y económicas de organización social. La libre circulación de la moneda y la estructura de un gobierno entre iguales, sentarían las bases del modelo económico capitalista y político-democrático; a la par de ello, el desarrollo de los medios de comunicación y el proceso acelerado de la industrialización motivaría migración masiva y la conformación de las grandes urbes que darían origen a nuevas formas de integración social.⁸ Sociedades cada vez más plurales se irían conformando, lo que sin duda motivaría el aumento de la conflictividad social; aquellas sociedades tan homogéneas, cimentadas en consensos ideológicos y prácticas consuetudinarias comunes,⁹ paulatinamente cederían paso a nuevas y más complejas fórmulas de integración social. El proceso mismo de pluralización de las sociedades sería diferente para cada contexto geográfico, en algunas regiones demasiado acelerado y en otras dramáticamente lento; proceso sin duda latente hoy día.

El fenómeno migratorio ya exacerbado hacia la segunda mitad del siglo XIX habría provocado el aumento de las conflictividades y, por tanto, de la criminalidad; la respuesta en política pública de la criminalidad no esperaría; sin embargo, más médica que sociológica, la respuesta se centró en la búsqueda de las razones patológicas y, por tanto, en las personas en lo individual.¹⁰

⁶ La ideología del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau sería la fuente de legitimación del derecho penal naciente; delincuente, delito y pena, tendría sentido bajo aquella ideología. Preservar los vínculos sociales unidos requería limitar —según el contractualismo— los derechos de las personas y también las potestades públicas en términos de igualdad y también de proporcionalidad; de ahí la importancia que tienen, en un derecho penal garante, estos principios. En este sentido, Juan Bustos Ramírez, al citar a Rousseau, en el *Pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983, pp. 27 y 28.

⁷ Es el caso de las codificaciones, como la mexicana, que, hacia finales del siglo XX, incluyeron en ley —para el caso de México en rango de ley suprema— derechos para las víctimas de los delitos, que pocos o nulos beneficios significaron para entonces, en la garantía de sus derechos. Para abundar sobre esto, recomiendo el libro de mi autoría: *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pp. 11 y ss.

⁸ “Este proceso que ve avanzar progresiva y paralelamente la concentración del capital y la concentración de la población abre, con una dramática fuerza jamás conocida hasta entonces, un nuevo frente de problemas: la integración de este universo altamente deshomogéneo en los estándares impuestos por el nuevo modelo de desarrollo capitalista. ...los elementos más heterogéneos y conflictivos entre sí deben encontrar no sólo un *modus vivendi* sino fundirse entre ellos para crear algo aún no conocido, una nueva sociedad, un nuevo mundo para vivir”. En este sentido, Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Octava edición en español, Siglo XXI editores, México, 2003, pp. 65 y 66.

⁹ La integración en las sociedades consensuales, a diferencia de las plurales, se caracteriza por la homogeneidad en las definiciones y prácticas culturales; hay una especie de acuerdo mayoritario respecto de lo que se considera está bien y lo que no, respecto de lo que se considera justo y de lo que se considera injusto. *Ibid.*, p. 95 y ss.

¹⁰ “Una aplicación aún más directa y más práctica es la que hace servir el conocimiento del tipo para la revelación del autor del crimen; en efecto, el tipo suministra un indicio... que no puede

(...) los médicos —que desde siglos aspiraban a dominar el discurso penal— con su saber *determinista y misógino*, al servicio del control policial de la burguesía ya empoderada sobre las masas urbanas miserables... La burguesía descartó el discurso de la antropología indeterminista —que le había sido útil para su ascenso y abrazó el de la antropología racista determinista.¹¹ Un análisis objetivo, pero también crítico permite entender el porqué de una respuesta criminológica así; hacia la segunda mitad del siglo XIX, la ideología del positivismo permearía las disciplinas sociales y motivaría las políticas públicas de corte intervencionista: el intervencionismo dio al positivismo su legitimación.¹² La filosofía positivista exacerbaría la ideología de la defensa social en las políticas punitivas; la distinción entre el bien y el mal, que había permeado en el cosmogonía iluminista y en el contrato social, se traduciría en la distinción de personas desde las ciencias médicas; los así definidos por Lombroso “hombres delincuentes” representarían el mal; seres inferiores no evolucionados que no gozarían de libre arbitrio y que estarían determinados a delinquir.¹³ Clasificar a las personas como peligrosas y determinadas a delinquir según sus rasgos —principalmente biológicos, para entonces—, solo sería una forma de las muchas en que unas personas suelen controlar a otras, y para ello, las definiciones culturales de la criminalidad consig-

nadas por el derecho e instrumentadas como políticas públicas, serían los mecanismos más poderosos para lograrlo.

Fue bajo esta inercia que tomaron forma las mixturas en los modelos procesales, los que, más inquisitivos que garantes de derechos, motivaron un desequilibrio procesal lacerante, para el control de los así identificados peligrosos. Detenciones arbitrarias y torturas serían común denominador; no con poca razón la victimología —una de corte más crítico— hablaría a la postre de las víctimas del sistema penal y las Naciones Unidas de víctimas del abuso del poder.¹⁴ El control de unos respecto de otros ya avanzado el siglo XX, y la insostenible pero arraigada concepción de personas de distinto valor, llevarían a la humanidad a experimentar uno de los acontecimientos más lamentables de la historia moderna: el Holocausto,¹⁵ por el que millones de personas morirían por el genocidio motivado por el fascismo y el nazismo, soportados por un ideal de supremacía.

2.3 Ruptura del paradigma: víctimas y dignidad

Si bien ese episodio tan lamentable de la historia de la humanidad marcaría la crisis no solo de la justicia penal y del derecho mismo, sino de toda la teoría social¹⁶ que habría permanecido inerte a las transformaciones y exigencias sociales; también motivaría el inicio del

alterarlo ningún disimulo y se conserva durante toda la vida y hasta su muerte. ... Y justamente porque ese tipo no existe en todos los criminales, sino solo en la gran mayoría de los criminales natos, es por lo que, cuando se asocia con las anomalías funcionales y psíquicas, da casi la certeza de la inclinación al crimen y hasta la del crimen ejecutado”. Luis Rodríguez Manzanera al citar a César Lombroso en su explicación del *tipo de criminal nato*, en *Clásicos de la criminología*, Cárdenas editor y distribuidor, México 1994, p. 145.

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Editorial KAOS; Aguascalientes, México, 2019, p. 12 y ss.

¹² “...la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa de lo social, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Luego el control del Estado tenía que asumir el carácter de una defensa social. El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación, ya que la ciencia (positiva) fundamentaba el orden, la disciplina, lo organizado”. Busto Ramírez, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983, pp. 16 y 17.

¹³ “—El positivismo criminológico—. ...se basó en una supuesta causalidad evolucionista, legitimante del poder de los humanos biológicamente superiores (evolucionados) sobre los inferiores (no evolucionados). Tales eran tanto los marginales urbanos europeos como los colonizados de todo el planeta y, de paso, las mujeres”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *La nueva crítica criminológica*, Op. cit., p. 12.

¹⁴ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder de 1985, en tanto instrumento jurídico y también político, direccionó el sentido de las políticas victimológicas a preocuparse a partir de entonces también por las víctimas de las violaciones a los derechos humanos.

¹⁵ La búsqueda por legitimar la intervención en la libertad e la igualdad de los individuos para someterlos al bien social, que llevó a clasificarlos en peligrosos y no peligrosos, en anormales y normales, llevaría a la crisis más profunda del Estado moderno, que haría surgir el Estado fascista y el Nazi. En este sentido Juan Bustos Ramírez, en *El pensamiento criminológico II*, Op. cit., p. 18.

¹⁶ El positivismo, que dio fundamento a la teoría social para explicar las realidades sociales —en la naciente sociología— y justificar las formas jurídicas de impacto en tales realidades, entraría en crisis hacia la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, diversos autores: Wright Mills, *La imaginación sociológica*, 1993; Anthony Giddens, *Las consecuencias de la modernidad*, 1993; Emilio Lamo de Espinoza, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, 1990; A. Touraine, *Crítica a la modernidad*, 1993; entre otros. Referidos por María José Fariñas Dulce en, *Sociología del Derecho versus Análisis Sociológico del Derecho*, de 1994, pp. 1013 -1014. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, Alicante. Edición digital a partir de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 15-16, vol. II. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sociologa-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho-0/> (Fecha de consulta 23 de marzo del 2020).

Pendientes en la justicia a víctimas

concierto de las naciones en reclamo de los derechos humanos, ahora fundados en la dignidad humana, y en particular, la de las víctimas del Holocausto;¹⁷ sin duda, las más legitimadas para decir lo que es y significa la dignidad humana y el trato digno. El derecho internacional de los derechos humanos se erigiría en torno a las víctimas —de violaciones a los derechos humanos—.

Tratar a las personas como objeto de control y exacerbar este so pretexto de la defensa social, habría sido el común denominador de una justicia penal alejada de las personas; la apuesta al castigo¹⁸ como principal, y quizá única, para la solución del delito, su prevención y represión, evidenciaría a una justicia penal no apta para la solución del problema social delito ni la protección de los intereses de los involucrados, imputados y víctimas.

Con la consagración de la dignidad en la carta de las Naciones Unidas se cimentaría un nuevo paradigma basado en la dignidad humana como principio y fundamento de los derechos humanos, ninguna persona podría ser objeto de control, ni de violencia, ni de la tutela o las decisiones de otros; por la dignidad, el derecho habría de priorizar los derechos de las personas y no el control de unos por otros; y por la dignidad, los derechos de las víctimas en la justicia penal habría de priorizarse por sobre las potestades punitivas.

Todo ello, no debía significar el abandono del control social, ni la protección de los intereses sociales, sino solamente habrían de cambiar las prioridades; el derecho penal y el sistema de justicia que le opera habría de exaltar su calidad de garante de derechos y dejar en un segundo plano su capacidad represiva.

La consolidación y arraigo logrado por las fórmulas punitivas de la defensa social durante dos siglos, sin embargo, no serían —como no lo son— de fácil

reemplazo; los procesos son tan importantes como los resultados y en el transcurso de las décadas y también de los siglos, mediante un proceso lento, pero constante, se arraigarían modelos punitivos tanto en las legislaciones punitivas como en la cultura punitiva; por tanto, el cambio de paradigma habría de seguir su propio proceso, pero la metodología se complicaría —como se complica—, pues habría de lograrse la deconstrucción de una cultura de la criminalidad así, para, a la par, construir una fundada en la dignidad humana.

El proceso que se iniciaría con el concierto de las naciones en torno a los derechos humanos a la postre impactaría en los ámbitos de la justicia penal; las convenciones internacionales consagrarían reglas del debido proceso en materia penal¹⁹ y convenciones específicas internacionales y regionales, como las de contra la tortura, irían impulsando la construcción de modelos punitivos mucho más respetuosos de los derechos humanos, centrándose en las personas y en sus derechos. Las víctimas, tanto de los delitos como las de las violaciones a los derechos humanos, irían tomando —como lo hacen— protagonismo en la justicia penal, gracias a la incorporación de derechos para ellas en las legislaciones penales.

Por los compromisos internacionales, mediante la adhesión a tratados y convenciones, las reformas a las leyes locales en materia de justicia penal se empezarían a dar en la región, en América Latina, y principalmente en materia procesal. Los diagnósticos sobre derechos humanos evidenciarían la situación en la materia para la justicia penal²⁰ e impulsarían, también legitimarían, reformas que contrarrestaran el sinnúmero de violaciones a derechos humanos que en la justicia penal se habían convertido en el común denominador.

Las reformas fueron principalmente procesales, pero la incorporación de derechos para personas en y frente a la justicia penal: víctimas e imputados de

¹⁷ “—De entre— las principales reacciones del mundo occidental frente al Holocausto, en lo que concierne al ámbito jurídico se refieren a distintos procesos; ...frente al futuro, la constitución de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Federico Lefranc Weegan en *Holocausto y dignidad*, editorial UBIJUS, México, 2009, p. 93.

¹⁸ Para David Garland “Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí”. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, 1 ed. en español, Siglo XXI editores, México, 1999, p. 17.

¹⁹ Como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, entre otras.

²⁰ En México, la representación de la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, hacia el año 2003, realizaría un diagnóstico de la situación de los derechos humanos en México, del que, en materia de justicia penal, arrojaría graves problemáticas en torno a la reacción punitiva y el abuso de poder. https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=132:diagnostico-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-mexico-2003&catid=17&Itemid=278 (Fecha de consulta, 28 de abril de 2020).

delito, en rango incluso constitucional,²¹ marcarían la pauta del intento por dar protagonismo a los actores mediante la garantía de sus derechos, particularmente los de las excluidas víctimas.

La influencia del garantismo penal en las reformas procesales acaecidas en Latinoamérica, en este aludido cambio de paradigma, motivaría el incremento de derechos para imputados de delito —siempre eventuales y potenciales víctimas de violaciones a los derechos humanos—, pero el desarrollo de derechos para las víctimas de los delitos no es de influencia garantista. La tradición jurídica continental, heredada del ámbito latino de Europa: España, Italia, principalmente, en casi todos los países latinoamericanos, explica en simple lógica el porqué de la influencia del garantismo penal en sus reformas, principalmente en la incorporación de los modelos procesales acusatorios;²² sin embargo, es evidente que en la mayoría de los casos se han incorporado derechos para las víctimas de los delitos, lo que evidencia otras influencias en la construcción de estos modelos procesales, como los de la justicia adversarial.

El desarrollo de derechos para víctimas en los modelos procesales de corte acusatorio, sobre todo en Latinoamérica, es entendible ya que, por un lado, sin duda un modelo procesal garante de derechos resulta compatible con el desarrollo de derechos para las víctimas, aunque en esencia, no sea un modelo desarrollado para ello, pero además la necesidad de voltear a ver y proteger a las miles de víctimas que la justicia penal no ha podido atender, ha requerido de alternativas a la propia justicia penal.

2.4 La realidad de la victimización

El número de víctimas estimado al año, en la mayoría de los países latinoamericanos, sobrepasa en mucho las posibilidades de atención desde las instancias de sus sistemas de justicia penal; en México, por ejem-

plo, el INEGI,²³ en su calidad de instancia pública dotada de autonomía, ha documentado ya por casi una década una constante superior a 90% de cifra negra, en un cálculo de comisión delictiva anual que supera los 33 000 000 de delitos de los que, a conocimiento de las instancias del sistema de justicia penal, solo llega una cifra menor a los 3 000 000.

Al margen de las posibilidades reales de respuesta y debida atención a estos casi 3 000 000 de delitos, también documentada por el INEGI, lo cierto es que la necesidad de buscar alternativas a la justicia penal para la protección y atención de las víctimas no podía esperar más; el colapso de los sistemas de justicia penal, en todos sus ámbitos y sectores de competencia, es por demás evidente, pero sobre todo en los encargados de la prevención, persecución e investigación de los delitos, donde se pierde —o no se detecta— el mayor número de víctimas.

El daño sufrido por las víctimas, sin embargo, es sufrimiento real de consecuencias irreversibles para quienes lo sufren y a quienes alcanza; el que no se llegue a conocer o el que no forme parte de las estadísticas oficiales, no quiere decir que no haya sucedido, ni que no merezca atención, si no es posible desde la justicia penal, sí desde otros ámbitos públicos y privados que sumen, mediante estrategia integral, a la muy desdibujada atención a víctimas.

A esta realidad, ya documentada, de imposibilidad real de atención eficaz a víctimas, habrá que aumentar la cantidad de violaciones a derechos humanos cometidas desde las instancias del propio sistema penal²⁴ en sus procesos de incriminación y sus intentos de prevención; realidad sobrevictimizante reflejada en el número de quejas presentadas ante los organismos públicos no jurisdiccionales de defensa de los dere-

²¹ Es el caso de México que desde la década de los noventa incorporaría derechos para las víctimas y ofendidos por el delito y los incrementaría en reformas posteriores ya en este siglo. Para documentar el proceso se sugiere la revisión del libro de mi autoría: *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ver nota 7.

²² Luigi Ferrajoli, habla de grados de garantismo, al reflexionar sobre el grado de decidibilidad de la verdad que permitan normativamente y satisfagan efectivamente los sistemas penales concretos. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, España 1995, p. 68.

²³ <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2019/> (Fecha de consulta 22 de abril del 2020).

²⁴ 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 cuándo 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.

Pendientes en la justicia a víctimas

chos humanos, o ante los jurisdiccionales, a través de las demandas de amparo y el cúmulo de recursos legales dispuestos para ello.

Esta otra realidad de victimización —no tan documentada— convierte a los sistemas de justicia penal en entes que producen victimización, ya sea por no atender a quienes deben de atender y proteger a las víctimas, y por violentar a quienes incrimina, y también deben de garantizar su protección y acceso a la justicia; y eso sucede cuando la justicia penal se centra en la defensa social bajo parámetros de represión excesivos y se deja para un segundo plano, o se excluyen del interés público, las garantías de goce y ejercicio de derechos para quienes entran en contacto con las instancias del sistema penal, principalmente, en calidad de víctima o de imputado de delito.

No atender víctimas, sobrevictimiza; violentar los derechos humanos en los procesos de criminalización, también victimiza; si reflexionamos, como someramente se hizo párrafos arriba, la posibilidad real de que los sistemas penales produzcan víctimas, dos preguntas impostergables llegan a la mesa: 1) cómo hacer de la justicia penal un ente que no sobrevictimice, ni a víctimas ni a imputados de delito; y 2) cómo hacer para atender —palear de mejor manera— a aquellas víctimas que las instancias de la justicia penal no han podido alcanzar; para proteger, por supuesto.

Estas preguntas se han tratado de resolver mediante reformas que rediseñan las políticas de la criminalidad y, entre ellas, las victimológicas. En los países latinoamericanos, estas reformas a la justicia penal —como se afirmó, principalmente procesales— han llegado de forma directa refiriéndose de manera expresa a la justicia penal o indirecta, mediante reformas en materia de derechos humanos que impactan también en materia de justicia penal.²⁵

3. Las contradicciones de la justicia a víctimas

3.1 Entre la represión y la garantía de sus derechos

La apuesta, como se afirmó, de atender y resolver el delito desde el derecho penal, priorizando la represión y exaltando la potestades punitivas bajo los presupuestos de defensa social, en cualquiera de sus mo-

²⁵ Ejemplo, las reformas en materia judicial de 2008 y de derechos humanos en el 2011, son un ejemplo claro, y ambas se complementan en su intención de priorizar los derechos de las personas y exaltar su dignidad.

dalidades y esquemas punitivos²⁶, no solo no atiende victimización, sino que produce mayor victimización; de ahí la necesidad de la incorporación de derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, que fortalecieran su presencia en el goce y ejercicio de derechos y limitaran a su vez, de manera inversamente proporcional, las potestades punitivas de las instancias de la justicia penal.

Las transformaciones legislativas han mostrado en últimas décadas una dicotomía ambivalente de evidente contradicción; pues en algunas se tiende a aumentar derechos para las personas en detrimento de las potestades punitivas, pero, en otras, se aumentan las potestades punitivas en detrimento de los derechos de las personas involucradas en y frente a la justicia penal.²⁷ La proporcionalidad entre ambas debería mostrar equilibrios y paridad de fuerzas, que no permitan el abuso de autoridad y tampoco la impunidad; sobre todo cuando la balanza se carga en favor de las potestades punitivas, como suele suceder, en detrimento de las personas más vulnerables.

El consagrar derechos sustantivos para las personas requiere de mecanismos para hacerse valer, pero tales mecanismos deben ser de tal idoneidad que se pueda cumplir con la obligación de garantía, para un efectivo goce y ejercicio de los mismos. No es dable que se consagren derechos sin mecanismos de garantía idóneos, como sucedió en la incipiente consagración en México de derechos para víctimas de hace unas décadas sin mecanismos de garantía idóneos para hacerlos valer.²⁸ La mejor manera de atender a las víctimas es priorizando la garantía de sus derechos por sobre las potestades punitivas; cuando lo que se

²⁶ “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como entes *peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se 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 —universal y regionalmente— el derecho internacional de los derechos humanos”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, ediciones Coyoacán, 2007, p. 11.

²⁷ A mayores potestades punitivas, menores derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal; es una fórmula inversamente proporcional: la medida en que las potestades punitivas aumentan es la medida en que los derechos de las personas se reducen y viceversa. Los derechos y libertades de los individuos se niegan en aras de la conservación y seguridad del Estado, lo que provoca la inseguridad de los individuos, de ahí la lucha por la racionalidad y las libertades. En este sentido, Juan Bustos Ramírez en *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Op. cit., p. 12.

²⁸ Ver nota 7.

prioriza es la potestad punitiva, lo más probable es que se produzca sobrevictimización, y aun cuando los derechos se consagren y estén en un segundo plano de prioridades, difícilmente podrán garantizarse; no es compatible reprimir en exceso y pretender garantizar derechos a los involucrados, son preocupaciones más antagónicas que compatibles, por eso responden a dos modelos epistémicos y también punitivos distintos.

También resulta incongruente pretender reprimir en exceso y restringir en demasía los derechos de los imputados de delito, para garantizar los de las víctimas; este tipo de inercias buscan y logran más legitimación que eficacia, ya que por un lado los imputados de delitos son eventuales víctimas del abuso de poder, con lo que un modelo represivo sin duda les victimizará, y por el otro lado, el modelo punitivo —represivo o no— impacta en todas las variables, por lo que no puede ser represivo y garante con la misma intensidad, una variable es inversamente proporcional a la otra, con lo que seguramente se sobrevictimizará a las ya dañadas víctimas u ofendidos por el delito.

Los modelos punitivos, reflejados principalmente en sus variables procesales, son represivos o garantistas y, como tales, tienen un cierto grado de desarrollo democrático en la medida en que más derechos consagren para los involucrados en y frente a la justicia penal y los garanticen de mejor manera; por el contrario, los modelos represivos, pocas garantías consagran para los involucrados y muchas potestades punitivas se reservan so pretexto —sin sentido— de evitar impunidad.

En consecuencia, resulta falaz pretender justificar la represión y afectación de los derechos de los imputados en la protección de las víctimas y en la garantía de sus derechos. Los derechos de los imputados y de las víctimas son para ejercerse frente a la justicia penal, no entre ellos, lo que implica que los derechos de unos no significan —al menos, no deben significar— el detrimento de los otros; la fórmula de derechos y obligaciones recíprocas inversamente proporcionales opera, en estos supuestos, para las relaciones de derecho público, entre el Estado y sus potestades punitivas frente a las personas involucradas frente a la justicia penal y sus derechos; por lo tanto se trata de un tema de acceso a la justicia, tanto para víctimas como para imputados; ambos, eventuales víctimas del abuso de poder.

3.2 El caso mexicano: reformas y contradicciones

En México, en las dos últimas décadas, ha habido reformas importantes en materia de justicia penal, derechos humanos y víctimas, tanto del delito como de violaciones a derechos humanos, en rango constitucional y a nivel de leyes generales y codificación procesal penal, principalmente.²⁹ Todas estas reformas sin duda han tenido, en la mayoría de sus variables, correspondencia con los estándares internacionales de derechos humanos que priorizan los derechos de las personas por sobre los intereses estatales. Sin embargo, no del todo, ya que las reformas, especialmente en materia judicial penal en la que se optó por seguir un modelo procesal de corte acusatorio de origen garantista, se incluyeron variables no necesariamente compatibles con el garantismo penal y, por ende, no propias de un modelo procesal acusatorio ya que responden más a inercias de corte represivo propias de los modelos punitivos de defensa social que de tipo garantista.

En la epistemología garantista las definiciones de cómo sancionar prohibir y juzgar,³⁰ sin duda, atienden a un ideal democrático que desea que la proporcionalidad y equilibrio en la reacción punitiva se alejen de los modelos represivos y garanticen sanciones justas; lo que supone el incremento en la imposición de límites a las potestades punitivas para evitar al máximo la afectación de los derechos de las personas involucradas con las instancias que operan la justicia penal. La reforma en cita, sin embargo, incluyó variables de excesiva represión incompatibles con las expectativas garantistas, como la fórmula del arraigo,³¹ entre

²⁹ La reforma judicial de 2008 en materia penal; la reforma en materia de derechos humanos de 2011 y la expedición de la Ley general de víctimas de 2013; entre las principales.

³⁰ La epistemología garantista, esquematizada por Ferrajoli, con base a sus diez 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). Luigi Ferrajoli, *Op. cit.*, pp. 91 y ss.

³¹ 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, entre ellas, el arraigo, la extinción de dominio, etc. Así consta en el documento *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*. Documento editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado

Pendientes en la justicia a víctimas

otras variables represivas, sobre todo planteadas para “el combate” a la criminalidad organizada. Esta clara contradicción en un modelo que evidentemente le apostó al garantismo penal como principal influencia, se suma a los pendientes que, para un sistema de justicia penal congruente en sus fórmulas sustantivas y adjetivas, quedaron en una reforma que solo alcanzó a lo adjetivo; en efecto, como se afirmó, esta reforma fue solo procesal, y en rango constitucional, lo que a la postre motivaría la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero no se tocaría, como no se ha hecho hasta la fecha, a la legislación sustantiva penal, que en muchos de los códigos penales vigentes en el país se mantiene bajo la influencia de la ideología de la defensa social. En consecuencia, el modelo procesal es garantista, más respetuoso de los derechos humanos y por tanto más “amigable” con las víctimas, pero poco correspondido con los modelos sustantivos y, por ende, faltos de congruencia interna; todo lo que afecta la congruencia interna del propio sistema de justicia penal y de su funcionamiento en armonía.

3.2 El papel de la víctima en la justicia penal

En México, la víctima ha ido sumando derechos en la legislación, desde la década de los noventa; pero con mejores perspectivas de goce y ejercicio con la instrumentación de un modelo procesal de corte acusatorio, tras la reforma judicial de 2008, anteriormente aludida. Tras la reforma, a la postre, el Código Nacional de Procedimientos penales la consideraría como parte del procedimiento lo que aumentaría y daría sentido a muchos de sus derechos.

La consagración de derechos para víctimas en la legislación mexicana no se puede minimizar, sin duda ha sido vasta; no obstante, la garantía en el goce y ejercicio de estos está muy lejos de corresponderse con las expectativas generadas por la propia legislación. Tener consagrados derechos no es sinónimo de garantía, por ello, el déficit respecto de la garantía de derechos para las víctimas obedece al propio déficit de la justicia penal en el combate al delito.

La instrumentación del modelo procesal acusatorio generó mejores expectativas y posibilidades de

protección de derechos para los involucrados, pero al no cambiarse muchas de las variables propias de la defensa social y erigirse algunas otras más compatibles con aquella ideología que con la garantista, aquellas expectativas se quedarían como tales, pero de incipiente materialización.

El ejercicio de derechos por las víctimas frente a la justicia penal y la obligación de su garantía debería equilibrar la justicia para ellas en igualdad de armas, frente a la incriminación pública y frente a los imputados de delito; algo que el garantismo penal no resuelve porque —como se explicó— la figura de la víctima como parte de los modelos acusatorios no es esencia del garantismo penal. Por ello, se debe de resolver cómo se puede lograr la materialización en completa garantía de ejercicio de derechos por las víctimas y cómo ello puede equilibrar una justicia, ahora tripartita, si el término se acepta.

Para que la atención a las víctimas desde los sistemas de justicia penal tenga mejores niveles de eficacia, es necesario concebir a la atención de manera integral, lo que implica abandonar la concepción meramente asistencialista y tutelarista que suele cosificarlas y se priorice la atención integral, diferenciada y especializada que proteja y garantice el goce y ejercicio de todos sus derechos desde todos los ámbitos de competencia y especializados por quienes operan la justicia penal. Ello implica, desmontar la concepción asistencialista solo médica y psicológica que reacciona a los daños sufridos, pero que suele ser ajeno al ejercicio de derechos en los procedimientos penales; la atención, en este sentido, debe ser integral desde lo jurídico, lo médico, lo psicológico y lo social. Cualquier contacto con una víctima desde cualquier ámbito operacional del sistema de justicia penal, debe respetar y abonar a esta concepción holística; desde el sector policial, ministerial y de investigación jurisdiccional, hasta en de la ejecución de las sentencias. Cada acción desde el sistema de justicia penal debe estar encaminada a hacer posible la reparación integral del daño³² y para ello, resulta indispensable

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).

³² Tanto para las víctimas de violaciones a derechos humanos como para las víctimas de los delitos; si bien los estándares de una reparación integral están diseñados desde el derecho internacional de los derechos humanos y no desde el derecho penal, donde la reparación tiene otros parámetros legales, lo cierto es que aquellos estándares deben utilizarse, en la medida de lo aplicable, a las víctimas de los delitos, donde la atención, protección y, por tanto, reparación debe ser en términos de integralidad. Es necesario sin duda teorizar más a este respecto, pero excede, en este caso, los

conocer los intereses y pretensiones de las personas que han sido victimizadas; ello, evitará cosificarlas y enderezar las acciones, todas, incluyendo las de investigación y persecución del delito, hacia la garantía de derechos de las víctimas para el logro de su goce y ejercicio pleno; de ahí la importancia de que las personas en condición de víctimas sean escuchadas y, para ello, hay que garantizarles el derecho a ser escuchadas y a que lo que dicen sea considerado por el operador jurídico durante el procedimiento y a la hora de juzgar, pero también por cada uno de los operadores intervinientes en sus diversos ámbitos de competencia y especialidad.

Cobra importancia, en este sentido, la reforma en materia de derechos humanos de 2011 a la Constitución mexicana, al establecerse la obligación, para todas las autoridades en los ámbitos de su competencia, de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos. Ello implica, que las autoridades del sistema de justicia penal de todos los ámbitos competenciales de operación y especialización garanticen los derechos de las personas con las que tienen contacto, imputados y víctimas, por supuesto, pero también testigos, familiares y demás personas involucradas directa o indirectamente en y frente a la justicia penal.

3.4 Pendientes de resolver en la justicia a víctimas

Se habrá hecho justicia a toda persona que haya sufrido un daño —para el caso por la comisión delictiva o por abuso de poder— cuando su reparación integral sea completada y se traduzca en beneficios tangibles para ellas. Todos los derechos consignados para las víctimas tienen como meta garantizar la reparación integral del daño, o al menos deberían; esta concepción es indispensable que prevalezca en los operadores de justicia penal, para que la garantía de ejercicio de derechos para las víctimas sea plena. De ahí la importancia de priorizar los intereses de las víctimas por sobre los punitivos. Y es justo esta circunstancia uno de los principales pendientes a resolver desde el sistema de justicia penal; resulta difícil garantizar la reparación integral cuando la apuesta principal es a la reacción punitiva y a la protección de las normas penales por su transgresión; cuando las expectativas están en esa prioridad los derechos de las víctimas di-

ficilmente se garantizarán de manera integral y, como se ha afirmado con insistencia, las posibilidades de generar victimización por abuso de poder aumentan sustancialmente.

En consecuencia, un primer pendiente en la justicia a víctimas se identifica en el orden legislativo, esto es, reformar la ley sustantiva en consonancia con las fórmulas sustantivas previstas por el garantismo penal³³ para hacerlas congruentes con la legislación adjetiva, amén de quitar de esta las variables que se corresponden todavía con las fórmulas inquisitivas de los modelos mixtos. En suma, abandonar las variables aun presentes de defensa social y transitar, en definitiva, al paradigma de garantía de derechos para las personas; ello implica, que debe reformarse la ley sustantiva penal, en congruencia y armonía con el modelo procesal asumido —para el caso mexicano sí, pero también en muchos de los contextos geográficos de la región latinoamericana—. En México ello debe implicar, resolver el problema de la unificación de criterios en materia sustantiva, debido a la organización federada que en el país da soberanía a cada una de las 32 entidades federativas; por lo que existen 32 codificaciones penales del fuero común, más la del fuero federal. Todas operan, sin embargo, bajo las reglas y presupuestos del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2013, por el que se logró la unificación de criterios en materia adjetiva, fórmula también deseable para la codificación sustantiva.

El segundo pendiente, en correspondencia con el primero, exige que la legislación se piense en términos de política criminal integral, pero con perspectiva victimológica; el logro del cambio de paradigma de manera definitiva en términos legislativos debe considerar que lo que se legisle y cómo se legisle, redundará en términos de políticas públicas para el caso de la criminalidad; cuando se legisla se diseña, quíerese o no, sépase o no, una determinada política criminal, por lo que no primero se legisla y luego se estructura la política pública, es la ley la base de toda política pública, por lo que es en el ámbito legislativo en el que se diseña —al menos debe— la manera del actuar público; por ello, el diseño legislativo debe pensarse en términos de integralidad para que el sistema de

parámetros y pretensiones de este artículo.

³³ Fórmulas que pretenden dar respuesta, según la epistemología garantista al cuándo y cómo castigar y prohibir; desarrolladas por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, en los apartados 7 y 8 respecto de la pena y del delito. Óp. cit., pp. 353 -536.

Pendientes en la justicia a víctimas

justicia penal opere con tal, en armonía y congruencia con todos sus componentes, actores e instancias, desde sus muy diversas competencias y especialidades, pero con un mismo fin: la protección y garantía de los derechos de las personas.

El tercer pendiente tiene que ver con el desarrollo teórico; si bien las reformas han tenido influencias diversas teóricas y empíricas, lo cierto es que no se optó por una sola ideología sino por muchas, que si bien compatibles —no todas, como se explicó— habrá que teorizar al respecto, tanto para explicarlas, como para analizarlas y criticarlas y, con ello, orientar el actuar operativo del propio sistema de justicia penal y también las eventuales reformas que ajusten la propia política criminal. En este sentido, por ejemplo, resulta necesario teorizar, desde la perspectiva garantista, cómo se puede equilibrar el proceso penal, en igualdad de armas, considerando también a las víctimas como parte y no solo desde quien acusa y quien es juzgado, como lo plantea el garantismo penal.

El cuarto pendiente de la justicia a víctimas se refiere a la capacidad y posibilidad de permear en la construcción de una determinada cultura, para el caso de la criminalidad, por el derecho y la manera en que se opera y aplica mediante políticas públicas. Una cultura que priorice a las víctimas y sus derechos; que se preocupe menos por el castigo y más por la reinserción de las víctimas, el abandono de su condición y su plena reparación. Una cultura de derechos humanos, que se centre en la dignidad de las personas y que se aleje de la idea del control.

Este reto es el más importante, pero también el más complejo, debe permear sí, en los operadores jurídicos, para el caso del sistema de justicia penal, pero también en las personas en general cuya aprobación siempre es legítima. En la medida en que se construya una cultura de la criminalidad con estas variables y se abandone la actual cultura de la criminalidad que prioriza el control, la represión y el castigo, se logrará que las reformas paradigmáticas vayan teniendo eficacia en sus postulados.

La garantía de derechos para las personas debe permear el ánimo y las expectativas de quienes operan a la justicia penal y de las autoridades en general; pero en la medida en que tal concepción permee el ánimo de las personas en general, mayores posibilidades de cambio habrá.

La tarea no es fácil y tiene dos principales posibilidades: por un lado, la aplicación de la nueva ley

garante de los derechos, en un mismo sentido hasta que logre legitimarse y convencer; y por el otro, la educación y los procesos formativos; difundir hasta sensibilizar y convencer.

4. Fuentes de información

Bibliográfica

- 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.
- 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.
- 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 y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera edición en español, Trotta, Madrid, 1998.
- Lefranc Weegan, Federico César, *Holocausto y dignidad*, Editorial UBIJUS, México, 2009.
- Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, editado por el Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1992.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, octava edición en español, Siglo XXI editores, México, 2003.
- Rivera Beiras, Iñaki, *La cárcel en el sistema penal*, editorial J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Clásicos de la criminología*, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1994.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Editores Coyoacán, México, 2007.

Zaffaroni, E. Raúl y Dias dos Santos, Ílison, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, Editorial KAOS; Aguascalientes, México, 2019.

Zamora Grant, José, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, Editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

Documentos consultados:

Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*, <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>

INEGI, *Encuesta Nacional sobre victimización y percepción sobre la seguridad pública* (ENVIPE 2017), <https://www.inegi.org.mx/programas/envi-pe/2019/>

ONU, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. Elaborado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=132:diagnostico-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-mexico-2003&catid=17&Itemid=278

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

Laura Zúñiga Rodríguez

Catedrática de Derecho penal
Universidad de Salamanca

RESUMEN: En este trabajo se pretende poner de relieve que el derecho penal de la seguridad que se ha ido configurando en los últimos decenios (populismo punitivo) es desigual, caracterizado por reforzar el castigo de conductas “visibles”, propias de las estadísticas criminales, vinculadas a la delincuencia callejera, violenta, de delitos de sangre, la seguridad ciudadana. Mientras la delincuencia socioeconómica, de cuello blanco, suele tener una respuesta más benigna por parte de los aparatos de control social. En contra de esta visión sesgada de la política criminal se propone un derecho penal de la seguridad para todos, propio de un Estado social y democrático de derecho. Para demostrar ese sesgo, se deconstruye el concepto de seguridad en siete preguntas sobre el contenido de un constructo amplio, indefinido, flexible, necesitado de cierta racionalidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal de la seguridad, populismo punitivo, política criminal, delincuencia callejera, delincuencia de cuello blanco, seguridad ciudadana.

ABSTRACT: This paper aims to highlight that the criminal law of security that has disappeared shaping in recent decades (punitive populism) is uneven, characterized by reinforcing the punishment of “visible” behaviors, typical of criminal statistics, linked to street crime, violent, blood crimes, citizen security. While socio-economic crime, neck white, tends to have a more benign response from the social control apparatus. Against This biased view of criminal policy proposes a criminal law of security for all, proper of a social and democratic state of law. To demonstrate this bias, the concept of security in seven questions about the content of a broad, undefined, flexible, needed construct of a certain rationality.

KEY WORDS: Criminal security law, punitive populism, criminal policy, street crime, white collar crime, citizen security.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿La expansión del derecho penal es siempre ilegítima?; 2.1. El populismo punitivo o derecho penal de la seguridad; 2.2. Principales causas del populismo punitivo; 2.3. Nuevas formas de criminalidad, nuevas respuestas penales; 2.4. ¿Qué nos queda como legítimo e ilegítimo? 3. En busca de una racionalidad en la política criminal; 3.1. La centralidad del proceso de criminalización primaria; 3.2. El pluralismo ideológico; 3.3. Un derecho penal desigual. 4. Propuestas para racionalizar la criminalización y el castigo; 4.1. La visibilidad del delito; 4.2. Razones para una visión desigual del delito; 4.3. El derecho penal de un Estado democrático: seguridad para todos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Tiene el mal en el mundo raíces tan vastas y profundas, que como los mismos juristas deben reconocer, el Derecho no puede ser remedio suficiente contra él.

GIORGIO DEL VECCHIO (1947)

1. Introducción

Desde hace algún tiempo existe un distanciamiento entre el derecho penal liberal que enseñamos en las aulas universitarias y el derecho penal que dimana del derecho positivo. La teoría del delito que se ha erigido como herramienta garantista para resolver la responsabilidad penal de los ciudadanos de manera cierta y previsible, ha ido sufriendo durante los últimos decenios una importante erosión de sus andamiajes teóricos, al incorporarse en la legislación la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro hipotético, los delitos de participación en organización criminal, etc. La función de contención del legislador y de límites al *ius puniendi* del Estado de la dogmática no ha sido cumplida y nos encontramos con un derecho positivo sumamente alejado del ideal teórico, que simplemente se erige como modelo, prácticamente inalcanzable.

Me propongo en este *paper* los siguientes objetivos: 1) Ahondar en los procesos que han llevado a esta expansión del derecho penal. 2) Realizar algunas propuestas para intentar racionalizar ese *ius puniendi* ciertamente ilimitado. Todo ello con la finalidad de establecer qué ámbitos expansivos pueden ser legítimos y cuáles ilegítimos. El método de análisis parte del estudio del actual derecho penal de la seguridad, con el fin de demostrar que tal seguridad no es igual para todos los ciudadanos. El objetivo último es establecer propuestas para un derecho penal democrático.

2. ¿La expansión del derecho penal es siempre ilegítima?

2.1. El populismo punitivo o derecho penal de la seguridad

No es posible empezar cualquier análisis del derecho penal sin reconocer el signo de los tiempos. La ola punitivista que nos invade como sociedad, en la que parece que todo conflicto ha de ventilarse con el derecho penal, en una constante tensión hacia más delitos y mayores penas, a ser posible, privativas de libertad. La sociedad demanda castigos más severos, determinados colectivos demandan mayor sanción, mientras que los políticos acceden a dichas demandas con reformas penales punitivistas. Por otro lado, los políticos, a sabiendas que estas propuestas son populares y les rinden votos, fomentan ese auge de la utilización de la pena para solucionar cualquier problema social, llevando en su agenda políticas de seguridad como políticas criminales, con clara omisión de políticas sociales, más complicadas de programar y más costosas de realizar.¹

En casi todos los países del mundo se aprecian gran cantidad de leyes penales y exorbitantes niveles de castigo, en un afán por criminalizar conductas no siempre correspondientes al grado de desviaciones soportables en un Estado democrático de derecho.² Las tasas de encarcelamiento en países como Estados

¹ En muchos casos avaladas por planteamiento ideológicos neoliberales, de privatización de los servicios públicos.

² Discutibles, al menos, son la criminalización de los *delitos de opinión*, como las apologías, los delitos de enaltecimiento, odio o contra los sentimientos religiosos, negacionismos, etc. Su colisión con un derecho fundamental de la democracia que es la libertad de expresión (y de pensamiento!) parece evidente. Si nuestras sociedades democráticas se autodefinen como respetuosas del pluralismo ideológico deberían ser consecuentes y aceptar la disidencia, de todo tipo y de todo color. Se trata de convencer y no imponer unas ideas sobre otras con la sanción penal.

Unidos o Inglaterra, y en otras partes del mundo, demuestran empíricamente que efectivamente hay una “sobrecriminalización” en nuestras sociedades, difícil de justificar.³ Si la pena se ha concebido como un mal solo justificable como una necesidad para salvaguardar bienes sociales mayores, parece que esta máxima no siempre se cumple, pues se advierte como un primer recurso, privilegiando la pena a otras formas de control social.

Este fenómeno social no es propiamente penal, trasciende el ámbito de lo jurídico, pues se comprende como un uso electoralista del derecho penal. El “populismo punitivo”, como se le conoce a partir de finales del siglo xx y comienzos del XXI, describe cómo

(...) determinadas élites políticas occidentales agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos; sin tener en cuenta los datos empíricos de los índices de criminalidad; obviando el enorme grado de subjetividad existente en la opinión pública debido a la truculencia (económicamente interesada) de algunos medios de comunicación de masas, alcanzándose, puntualmente, situaciones de pánico moral / alarma social; y despreciando las autorizadas opiniones de los expertos en la materia.⁴

En el ámbito propiamente penal, este fenómeno ha dado lugar a un derecho penal de la seguridad, caracterizado por la anticipación en la intervención penal a etapas previas a la lesión del bien jurídico, incluso al peligro concreto (como los delitos de peligro hipotético), configurando injustos penales centrados en la prevención de conductas de riesgo. El concepto de seguridad se erige así como idea-fuerza capaz de orientar las definiciones y los conceptos básicos, así como las funciones del derecho penal.⁵

³ Cfr. HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2013. Según este autor: “Personas razonables deberían anticipar que niveles tan masivos de penas y leyes penales serán imposibles de justificar” (p. 42).

⁴ Excelente descripción de ANTÓN-MELLÓN, Joan / ANTÓN CARBONELL, Elisenda, “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Nº 12, 2017, p. 134.

⁵ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política Criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 124, 2018, p. 118.

La idea de seguridad, paradójicamente en una sociedad de la incertidumbre, ha permeado las diversas disciplinas que se ocupan de la criminalidad. Como apunta PITCH, desde principios de los años ochenta, la criminología deja de investigar las causas de la criminalidad para defenderse de ella. Deja de interesarse por el pasado, para ocuparse del futuro: disminución de riesgos de victimización.⁶

Este es el eje de la nueva criminología: el “paradigma victimario”, el control y gestión de los riesgos, la prevención prácticamente como criterio absoluto. Ya no se trata, por tanto, de remover las causas pasadas que llevaron al delincuente a delinquir, normalmente sociales y personales, sino de proteger a las posibles víctimas de previsible males futuros (delitos). Se trata, según PITCH, de la sociedad de la prevención, una definición que resume otras: sociedad de la información, sociedad del riesgo, sociedad de la vigilancia, sociedad de la inseguridad.⁷ Los imperativos de prevención y seguridad se configuran como justificación de los métodos de represión, segregación, exclusión de determinados grupos sociales (marginales/inmigrantes), en suma, del control social moderno, centrándose normalmente en la desviación en la delincuencia callejera, de tipo violento, olvidando que hoy en día muchas de las formas de criminalidad económica se cometen en contextos normalizados, camuflados dentro de “negocios lícitos”.

Esta lógica del derecho penal de la seguridad divide a la sociedad y a la definición de la criminalidad que ella construye entre delincuentes y víctimas, buenos y malos, amigos y enemigos, sin tener en cuenta que la delincuencia es una construcción social pluridimensional, que está vinculada a la condición humana que es poliédrica, donde no se puede realizar divisiones tajantes ni maniqueas, salvo en los extremos.⁸ Más bien, la realidad suele plantearnos *hard*

⁶ PITCH, Tamar, “El tema de la seguridad”, en http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2016/09/SPJ05_05_TamarPitch.pdf, p. 80.

⁷ PITCH, Tamar, *La società della prevenzione*, Carozzi, 2008, passim.

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, “La redefinición del crimen como propuesta de una Criminología Global”, en *Archivos de Criminología, seguridad privada y criminalística*, Nº 18, 2017, p. 103, “El crimen es un concepto socialmente construido”. MORRISON, Wayne, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Antrophos, 2012, pp.62-67, para quien el crimen es un concepto complejo, multidimensional que ha de ir más lejos que el estudio de las figuras tipificadas como delito y la realidad que nos muestran las cifras oficiales de criminalidad.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

cases, situaciones controversiales, conflictos de derechos, intereses contrapuestos, conflictos entre bienes jurídicos, donde las soluciones suelen ser difíciles⁹ y, normalmente, exigen una toma de postura del intérprete o del juez. Estos asuntos controversiales suelen ser más propios de sociedades pluralistas donde conviven diversas demandas sociales y diversos sistemas de valores.¹⁰

Desde el punto de vista epistemológico, los conceptos de seguridad y prevención son idóneos para seleccionar como delitos determinadas conductas (en desmedro de otras), pues la seguridad es un “concepto paraguas o sombrilla”, que encubre una serie nociones, como amenaza, riesgo o peligro, todos ellos conceptos ambiguos o multidimensionales, fundamentados en predicciones que hace el grupo dominante, de acuerdo a sus valores o bienes considerados preciados (normalmente la vida y la propiedad). Además, de convocar emociones ancestrales del ser humano como el miedo, en nombre del cual las personas son capaces de ceder sus derechos y entrar en una lógica insaciable de demanda de mayor protección con la amenaza de la pena.

Como apunta Torrente, el miedo es un sentimiento que puede tener una base irracional.

En ocasiones es resultado de una percepción correcta de una amenaza real, en otras, surge de una percepción deformada de la realidad o el sentimiento es desproporcionado en relación con el riesgo. El miedo y la sensación de inseguridad tiene importancia en la vida colectiva. El miedo debilita los lazos comunitarios: las personas se cierran más en su privacidad, se evitan ciertos lugares y actividades, y aumenta la intolerancia... También deslegitima a las instituciones y favorece políticas reaccionarias.¹¹

La cuestión es miedo a qué delitos, si se trata de predicciones de futuro, con un abanico de posibilidades de ser víctima, de acuerdo con los diversos

⁹ Como apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 9, 2002, p.91: La existencia de casos-límite que se resisten a una estructuración binaria (0-1), no es más que la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación rígida.

¹⁰ Por poner como ejemplos, simplemente la renovada discusión sobre el aborto o la eutanasia. Pero también los conflictos más generales entre desarrollo económico y medio ambiente, libertad de expresión y derecho al honor, etc.

¹¹ TORRENTE, Diego, *Desviación y delito*, Madrid, Alianza, 2001, p. 147.

delitos del panorama criminal. El miedo al delito no es más que la construcción social del sentimiento de preocupación por la supuesta amenaza de sufrir un delito, en la que suelen intervenir los políticos y los medios de comunicación, de acuerdo con determinados intereses, normalmente económicos¹². Prueba de ello es que “los delitos que más temor ocasionan son los violentos”.¹³ Es decir, en la representación estereotipada de ser en un futuro víctima de un delito, el sujeto normalmente piensa en un delito violento no, por ejemplo, en un delito socioeconómico.

2.2 Principales causas del populismo punitivo

No es posible adentrarme en las causas económico, sociales y políticas que han llevado a esta situación, pues existen trabajos excelentes al respecto como el de Garland¹⁴ que analiza los profundos cambios culturales producidos en los últimos decenios que han llevado a que la ciudadanía, las instituciones y los saberes se hayan alejado del paradigma resocializador para centrarse en un paradigma retributivo, orientado a la protección de las víctimas, cercenando los derechos de los infractores. Esta cultura del control dominante explicaría el aumento de la criminalización y el uso y abuso de la pena privativa de libertad, del encarceramiento, en los países posindustrializados.

Lo que parece indudable es que existe una correlación entre este populismo punitivo y las coordinadas políticas de la sociedad de primacía del control social y la utilización del derecho penal para obtener cohesión social. Los especialistas no dudan en sostener que esta comprensión del control social es un pilar estructural del modelo socioeconómico neoliberal/neoconservador hegemónico en los últimos decenios del siglo xx y primeros del XXI,¹⁵ propio del sistema económico posfordista donde las relaciones económicas son en red, flexibles y en las que reina la incertidumbre. La liberalización del modelo económico contrasta con un control social fuerte para aquellos que el sistema expulsa, excluye o no es capaz de absorber, normalmente pobres e inmigrantes. La refe-

¹² Ya sea de *rating* o para ganar votos, lo cierto es que finalmente se traducen en intereses económicos.

¹³ Ob. ult., cit., p. 150.

¹⁴ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Madrid, Gedisa, 2001, *passim*.

¹⁵ ANTÓN-MELLÓN, ob. cit., p. 147. GARLAND,

rencia a la seguridad en el sentido de *safety* acaba dejando de lado políticas sociales, haciendo prevalecer aquellas de tipo represivo.¹⁶ Se produce así el círculo perfecto: unos votantes desafectos con la política y con el derecho y “unos representantes políticos que encuentran en el Derecho Penal un instrumento para mostrar su legitimidad e interés por los problemas sociales, politizando las leyes penales y otorgándoles un carácter de mágico que, obviamente, no tienen. Son políticas de final de la cañería, reactivas y no proactivas, vengativas y no preventivas”¹⁷. Se trata de políticas a corto plazo, realmente simbólicas que finalmente alimentarán el descontento por no cumplir con las expectativas, puesto que todo fenómeno criminal al que realmente se pretenda hacer frente requiere de políticas sociales, educativas, asistenciales, etcétera, de largo plazo (una política criminal integral). En esta dinámica populista tanto en lo político, como en lo penal, se prevé una erosión de los lazos ciudadanos democráticos de solidaridad y una lamentable polarización social.

2.3 Nuevas formas de criminalidad, nuevas respuestas penales

Ahora bien, tampoco puede dejar de reconocerse que en los últimos tiempos se han producido cambios fundamentales en la fenomenología de la criminalidad. Las transformaciones sociales ocurridas en los últimos años, especialmente asociadas al fenómeno de la globalización y al desarrollo de los medios de comunicación, especialmente Internet, han dado lugar a formas de criminalidad organizada que discurre en las esferas de la vida económica y social, prácticamente en sinergias con el mundo legal. La criminalidad organizada y la corrupción (pública y privada), especialmente cuando adquieren dimensiones sociales importantes, pueden llegar a amenazar realmente las instituciones de los Estados democráticos, cooptando los poderes públicos, en busca de impunidad. Por su parte, el terrorismo internacional también puede constituir un fenómeno criminal complejo en el que los aparatos del Estado son puestos a prueba.

Se trata de auténticos *fenómenos sociales* cuya prevención por el derecho penal resulta cuanto menos complicado porque algunos tienen raigambres socia-

les, otros no son fácilmente definibles en una ley al tratarse de auténticos “mundos delincuenciales” con diversas formas de conducta, de muy distinta entidad y, se cometen organizadamente, bajo la cobertura de una organización. Como apunta Torrente:

La delincuencia abarca una variedad de situaciones sociales. Unas son identificables claramente como delitos, otras son ambiguas, ambivalentes y equívocas; las hay que son complejas de definir técnicamente y otras, sencillamente, escapan del control policial. Los delitos son situaciones sociales dinámicas mientras las estadísticas son registros estáticos.¹⁸

Por ese motivo las estadísticas criminales no suelen registrar los delitos cometidos por la criminalidad organizada o los vinculados a la corrupción. Como prosigue este autor, “las estadísticas tienen que dividir estos hechos complejos en unidades delictivas y traducirlos a números”.¹⁹

Esta dificultad cognitiva explica también que se trate, en muchos casos, de “delitos invisibles”, puesto que no se registran propiamente.²⁰ Desde su complejidad, los problemas para definirlos en una ley penal que tiene que realizar una foto fija de una situación dinámica, la concepción de la responsabilidad penal como una cuestión individual (principio de culpabilidad), todo conjura para que muchos de los delitos socioeconómicos, especialmente los cometidos por medio de organizaciones, no sean reconocidos como tales por el propio legislador y los operadores jurídicos (policías, jueces, fiscales), dando lugar a grandes dosis de impunidad. Sin contar con que muchos de los sujetos protagonistas de la criminalidad organizada y la corrupción, suelen ser delincuentes de cuello blanco, personas bien situadas social y económicamente, “respetables”, capaces de tejer redes clientelares que obstaculizan la persecución penal, sino corrompen los circuitos con sus ganancias mal habidas.

En efecto, los últimos estudios europeos han puesto el acento en que tanto la criminalidad organizada

¹⁸ TORRENTE, ob. cit., p. 92.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Así, de acuerdo a los registros de estadísticas de la criminalidad de España que ofrece el Ministerio del Interior, los ítems corresponden a los homicidios, hurtos, robos, agresiones sexuales, secuestros, sustracción de vehículos y tráfico de drogas. Considerados *indicadores de seguridad*: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Tabla.htm?path=/DatosBalanceAct/10/&file=09001.px&type=pcaxis&L=0>

¹⁶ PITCH, “El tema de la seguridad”, ob. cit., p. 86.

¹⁷ ANTÓN-MELLÓN, ob. cit., p. 147.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

(que ha pasado a un nivel de no violencia, más bien centrada en los “negocios”, especialmente en Europa²¹), como la criminalidad socioeconómica, realizan sus actividades ilícitas camufladas en actividades lícitas.²² Especialmente vinculadas con la corrupción pública y privada, las organizaciones criminales se entrecruzan en los circuitos de los negocios legales al intervenir en grandes obras públicas o infiltrarse en empresas de prestigio. Por otro lado, los actores de la corrupción pública y privada utilizan sociedades *offshore*, testaferros, intermediarios, para blanquear el dinero de comisiones y demás prebendas ilegales. En suma, la fenomenología de actuación consiste en pasar desapercibido, no generar sospechas y maquillar todo como actividades económicas de apariencia lícita. De ahí la invisibilidad de estas nuevas formas de actuación y de su gran peligrosidad. Son prácticamente fenómenos ocultos que discurren en nuestras sociedades sin generar reacción, ni de los aparatos del Estado, ni de la ciudadanía.²³

²¹ El *Informe del Parlamento Europeo, el Informe Iacolino* (2009-2014), se hace eco de esta preocupación al señalar que: “La criminalidad organizada comprende dos esferas de actividades: de un lado las organizaciones criminales están comprometidas en un cada vez mayor número de negocios legítimos y, de otro lado, las mismas tienden a mantener sus tradicionales actividades ilícitas usando métodos del mundo de los negocios e intercambiando la administración de prácticas y beneficios de ambos lados”. También la *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011*, en su punto 5: “Expresa su más profunda preocupación ante los intentos por parte de la delincuencia organizada de infiltrarse en los ámbitos político, administrativo a todos los niveles, económico y financiero”.

²² El *Informe de EUROPOL, S.O.C.T.A, Serious Organised Crime Threat Assessment, The Crime in the Age of Thecnology*, 2017, p. 24, en la red, considera “conductores del crimen”, esto es factores facilitadores de la delincuencia organizada grave y vulnerabilidades de las sociedades que son aprovechadas por el crimen: la tecnología, el contexto geopolítico y las estructuras de negocios legales. Concretamente sostiene: “la delincuencia organizada grave explota varios negocios legales y utiliza a expertos profesionales para mantener una fachada de legitimidad, oscuras actividades delictivas y beneficios, así como para perpetrar crímenes lucrativos y complejos. Las estructuras legales de negocios permiten a la delincuencia organizada grave operar en la economía legal y fusionar las ganancias legales e ilegales”.

²³ En un estudio financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo de 2015, “Los costos del crimen y la violencia en el bienestar de América Latina y el Caribe”, la metodología de análisis de lo que es crimen es muy claramente sesgada hacia los delitos violentos: p. 17, “se centra en los delitos comunes y en sus consecuencias indirectas, prestando especial atención a aspectos que han sido abordados en la literatura reciente. La mayor parte del debate guarda relación con delitos violentos y delitos contra la propiedad (homicidio, robos, asaltos, hurtos, etc.). No abordamos las dimensiones más sistémicas del crimen asociadas con el funcionamiento de mercados ilegales, ni la corrupción y violencia asociadas que

Nuevamente puede observarse cómo la cognición, visibilidad y, por consiguiente, perseguibilidad de la delincuencia se centra en los delitos violentos en la sociedad moderna, principalmente homicidios, delitos sexuales, delitos contra el patrimonio, secuestros y tráfico de drogas, dejando fuera del foco de visibilidad a gran parte de delitos económicos. A mayor abundamiento, son los que pueden generar alarma social, con la consiguiente resonancia en los medios de comunicación.

2.4 ¿Qué nos queda como legítimo e ilegítimo?

Mi principal hipótesis es que no es ilegítima toda forma de *expansión* del derecho penal, si entendemos por tal la criminalización de nuevos delitos y/o el aumento de las penas que tradicionalmente se recogen en el Código Penal.²⁴ Porque “no están todos los que son, ni son todos los que están”. O, como sostiene el Profesor Donini: “Hemos construido un Derecho Penal fuerte para los débiles y débil para los fuertes”.

Es preciso reconocer que efectivamente existen nuevas formas de criminalidad no encuadradas idóneamente en las leyes penales tradicionalmente centradas en un comportamiento individual, su fenomenología es compleja porque utilizan organizaciones, legales (negocios lícitos) e ilegales, la complejidad de su actuación dificulta su persecución penal (mecanismos de ingeniería financiera), poseen a su servicio expertos bien pagados (profesionales de diversas especialidades) y, en algunos casos, poseen un poder económico mayor que algunos Estados. De ahí que, deslegitimar toda modernización de las leyes penales, incluso de los mecanismos de imputación vinculados mayoritariamente a los nuevos delitos socioeconómicos, resulta cuanto menos ingenuo y poco realista, puesto que se trata en muchos casos de una delincuencia grave, de gran peligrosidad, si se entiende por tal, la capacidad de producir daños sociales relevantes.

estos engendran”. En la red.

²⁴ También y, a veces hasta más importantes, pueden entenderse como expansión, las modernas técnicas de investigación del Derecho procesal, correspondientes al procesamiento de asuntos de la criminalidad organizada y la corrupción, como las escuchas telefónicas, los agentes encubiertos, la colaboración eficaz, testigos protegidos, etc. Sobre su legitimidad o no ha de calibrarse también con los baremos que seguidamente detallaré. No creo que una deslegitimación a la totalidad sea una respuesta racional a las nuevas formas de criminalidad.

La discusión de la doctrina penal sobre las distintas velocidades del moderno derecho penal puede estar vinculada a distintos baremos: al tipo de sanción, al tipo de autor, al tipo de delincuencia, o como apunta más propiamente Ruiz, pueden convivir simultáneamente diversos modelos: el derecho penal clásico liberal, el derecho penal socioeconómico y el derecho penal de la seguridad.²⁵ También puede realizarse esta clasificación según el modelo de Estado al que se debe cada política criminal. Según Brandaris, conviven tres modelos de Estado: el Estado soberano (el del Estado social y democrático de derecho), el Estado interdependiente (compartido por entes supranacionales como la Unión Europea) y el Estado dependiente (supeditado a políticas diseñadas en estructuras supraestatales).²⁶ Lo cierto es que, partiendo de consideraciones sociológicas del delito, se puede llegar a conclusiones interesantes que constatan la convivencia de diversos modelos de intervención social, diversas visiones del delito y diversos grados de intervención penal. Si el derecho penal es un instrumento de control social formal, que se ocupa de racionalizar la intervención penal, parece relevante tener en cuenta estos factores.

Existe una relación dinámica entre control social formal e informal. La delincuencia como fenómeno social y el delito como hecho punible son el resultado de una construcción social compleja, siempre en movimiento. El delito tiene que ser reconocido como tal por diversos actores sociales para que llegue a castigarse. Se trata, por tanto, de un proceso (criminalización primaria, secundaria y terciaria) en el que participan desde sus correspondientes roles delincuentes, víctimas, policías, jueces, fiscales y la ciudadanía en general (normalmente por medio de la opinión pública), quienes aportan sus concepciones y definiciones sobre qué comportamientos son desviados y cuáles se consideran intolerables en una sociedad.²⁷ Este proceso es dinámico y cambiante, pues con el tiempo se penalizan unas figuras y se despenalizan otras, en ocasiones se definen nuevos problemas como delitos (como los relacionados con el uso de internet) o se destacan viejas conductas que se encontraban en la sociedad invisibilizadas (como la trata, la violencia

de género o el abuso de niños). Como subraya Torrente:

(...) el resultado son procesos de cambio donde la población muda sus opiniones y miedos, la delincuencia se redefine, la policía evoluciona en sus estilos de trabajo, la política de sentencias cambia, las cárceles se llenan o se vacían (más bien lo primero) y todo junto hace que el sistema penal se transforme.²⁸ Por tanto, el derecho penal, que ha de ser reflejo de esos continuos cambios en las visiones de la criminalidad, necesariamente se encuentra en continua transformación. Entran nuevas conductas al catálogo de delitos (societarios, del mercado bursátil, de los trabajadores, etcétera) y nuevas formas de actuación de la delincuencia (bajo la cobertura de personas jurídicas, uso de internet, etcétera). También se despenalizan figuras, aunque este proceso es mucho menor, ante sociedades de riesgo complejas y pluralistas.

El problema es que estos nuevos delitos son tratados con los esquemas construidos de una teoría del delito propio de una delincuencia del siglo XIX, por consiguiente, los criterios de legitimidad que fueron idóneos para valorar los viejos delitos, no pueden ser útiles para establecer la legitimidad de los delitos del siglo XXI.

3. En busca de una racionalidad en la política criminal

3.1 La centralidad del proceso de criminalización primaria

Sin duda el nudo gordiano de la problemática de la legitimidad de la intervención penal está en el proceso de criminalización primaria, esto es, en el momento de creación de las leyes penales; es decir, de todo ese proceso de definiciones para establecer qué conductas son intolerables en una sociedad y se ha de utilizar el instrumento más contundente del Estado, la pena, el momento más importante es el de definición de dicha conducta como típica y antijurídica por una ley (principio de legalidad). Ahora bien, tanto las reglas sociales como las reglas penales se negocian continuamente en sociedades democráticas y pluralistas, en ocasiones intervienen *lobbys* y en otras los medios de comunicación ejercen influencia decisiva.

²⁵ RUIZ, ob. cit., p. 128.

²⁶ BRANDARIS GARCIA, J., *Política Criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007, pp. 26 y ss.

²⁷ Cfr. TORRENTE, ob. cit., p. 74.

²⁸ Ob. ult. cit., p. 75.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

Ello explica que los intentos más serios para racionalizar la política criminal, es decir, para que el proceso de criminalización no sea arbitrario, sino respondida a razones democráticas, comúnmente aceptadas, asimismo, para limitar el *ius puniendi* del Estado y realmente sea la última ratio, privilegiando otros medios de control social, se hayan centrado en el proceso legislativo de creación de las leyes penales. Efectivamente, como recuerda Berdugo, el punto de partida de la crisis de racionalidad y legitimidad del derecho penal actual conduce a un renacer de la ciencia de la legislación.²⁹ Desde hace algún tiempo Díez Ripollés viene insistiendo en la necesidad de establecer “criterios materiales” que guíen al legislador en su labor de promulgar leyes penales.³⁰ En sentido similar Paredes Castañón se refiere a la “justificación” de las leyes penales³¹ y, más recientemente Nieto Martín plantea la “evaluación racional” de las leyes penales.³² En todos los casos, se refiere a que uno de los procesos legislativos más importantes del Estado democrático de derecho, como es la utilización del castigo para disciplinar los comportamientos ciudadanos, no puede ser arbitrario, desigual, oportunista, eficientista o simbólico, como han sido las últimas reformas penales. Esto es así, porque la criminalización primaria es el momento y lugar en que se toman las decisiones más importantes: la selección de los bienes jurídicos penales y el grado de lesión a los mismos, los sujetos a quien se dirige la norma penal, las conductas justificativas, las eximentes, agravantes y atenuantes, así como las clases de pena a imponer.

El derecho penal de la seguridad dominante, paradójicamente, no parece denotar seguridad jurídica, sino todo lo contrario. El discurso de la seguridad no está dominado por un lenguaje jurídico, sino por el lenguaje político-populista, el de las emociones,³³ postergando la racionalidad por la emotividad³⁴ al po-

ner en alza temas sensibles y de alta conflictividad social, como el aborto, la inmigración, el terrorismo, etcétera, donde los acuerdos resultan complicados en una sociedad pluralista. Este discurso simplifica lo complejo en ideas básicas, realizando generalizaciones insostenibles que califica positivamente o descalifica la totalidad, de manera interesada. La dogmática funcionalista orientada a finalidades político-criminales no ha sido capaz de contener esta deriva, toda vez que no ha podido limitar racionalmente el *ius puniendi* del Estado, proliferando diversas finalidades justificativas de la intervención penal, sin llegar a acuerdos sobre criterios valorativos válidos e inválidos.³⁵ Hoy en día sigue pendiente la pregunta de ¿qué criterios valorativos pueden ser válidos para fundamentar una propuesta político-criminal de criminalización y qué penas imponer? En suma, ¿qué conductas son merecedoras y necesitadas de sanción penal? Como resalta Silva, “merecimiento y necesidad de pena”, dos conceptos ya bastante antiguos, cobran protagonismo para definir el “concepto material de delito”,³⁶ que debe corresponder con el “concepto sociológico de delito”. Control social formal y control social informal deben tener correspondencia para una propuesta de política criminal efectiva.

3.1 El pluralismo ideológico

Ahora bien, la tarea de buscar criterios válidos para establecer cuándo una conducta es necesitada y merecedora de sanción penal parece difícil en sociedades pluralistas, donde conviven diversas religiones, culturas y creencias morales. Como apunta el sociólogo Torrente, “el concepto de delito es *ambiguo* por su naturaleza moral y de construcción social. Para que un delito acabe en una definición formal es necesario

grosso por entrar en una lógica beligerante. Está comprobado por las neurociencias que cuando el cerebro está atrapado por la emotividad se simplifica el discurso, tendemos a tomar partido contra los otros (división de “nosotros” y los “otros”), a alimentar nuestro discurso leyendo y aunándonos a opiniones similares a las nuestras contra los otros, retroalimentando una espiral conflictiva. Las redes sociales contribuyen a aumentar estas posiciones extremas pues no existe intermediación, no hay necesidad de agradar al otro, de compatibilizar opiniones. Cfr. VILARROYA, Óscar, *Somos lo que nos contamos: Cómo los relatos construyen el mundo en que vivimos*, Madrid, Ariel, 2019.

³⁵ Vid. más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Dogmáticamente funcionalista y Política Criminal. Una propuesta fundada en los derechos humanos”, en *Revista Penal*, N° 43, 2019.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Mallum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 42.

²⁹ BERDUGO, Ignacio, *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Madrid, Lustel, 2018, p. 53.

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003 y 2ª ed., 2013, passim.

³¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

³² NIETO MARTÍN, Adán, “Un triángulo necesario: Ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, en NIETO MARTÍN / MUÑOZ DE MORALES / BECERRA, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 407 y ss.

³³ Cfr. RUIZ, ob. cit., p. 126.

³⁴ El discurso de la emotividad puede resultar altamente peli-

que antes sea reconocido como tal por la sociedad. Pero las reglas sociales (también las penales) se negocian continuamente en la vida cotidiana (Goffman 1979). Estas cambian según el tiempo, lugar, circunstancias y grupos sociales... Que se perciba o no como desviado depende de variables tan dispares como el contexto de la situación, la clase social del desviado, su relación con la víctima (si la hay), los valores de la persona que juzga, la biografía del sujeto o su intencionalidad. La concepción sobre qué es ‘normal’ y ‘desviado’ es más ambigua (en el sentido de menos consensuada) cuanto más compleja y plural es una sociedad”.³⁷ Efectivamente, son características de nuestras sociedades actuales la laicidad y la caída de creencias en grandes relatos para todo tiempo y lugar. En el mundo actual conviven diversos modelos de familia, identidades, naciones, tribus y grupos sociales que, en muchos casos, luchan por imponer sus valores. La Constitución española en su artículo 1.1 establece que uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico es el pluralismo político. Se entiende así la heterogeneidad ideológica, política, económica, social como una gran fortaleza a respetar por todas las leyes. Las leyes penales, más cercanas a las creencias culturales, a los valores sociales, participan más cercanamente de esta heterogeneidad y, en ocasiones, resulta difícil llegar a consensos duraderos.

Como claramente sostiene Kindhäuser:

(...) en una sociedad pluralista, se erosiona hasta quebrarse aquella base de orientación religiosa común y acuerdo moral que une a todos los ciudadanos del Estado. El Derecho se presenta como único sustituto más o menos estable para resolver aceptablemente conflictos de manera general. La consecuencia de esto es que la sociedad se “juridifica” cada vez más y, por tanto, aumenta la importancia del Derecho Penal como medio de reacción frente al comportamiento desviado. En esta mecánica social, la reivindicación del carácter fragmentario del Derecho Penal se convierte, tarde o temprano, en un postulado político-criminal no vinculante.³⁸

En todo caso racionalidad, legitimidad, justificación o valoración racional de la legislación penal se refiere a criterios consensuados que resultan compli-

cados cuando previamente no hay consensos sobre asuntos sociales que de por sí ya son controvertidos. La sociedad de riesgo, con cada vez más problemáticas asociadas al uso de las nuevas tecnologías, alimenta estas tensiones. Piénsese en los delitos por internet, seguridad informática, inteligencia artificial, el uso de algoritmos, etcétera.

La paradoja de nuestro tiempo es que la sociedad entrega como instrumento prácticamente único de control social, definidor de la conducta aceptable e inaceptable, de los comportamientos tolerables e intolerables, al instrumento más severo que posee que es la pena, el castigo, el cual por definición tendría que ser el último recurso. Esto es, a falta de referentes religiosos o ideológicos que cohesionen a toda la sociedad, el derecho penal se presenta como único instrumento para establecer límites en las conductas de los individuos (la Carta Magna en negativo). Ello, obviamente, es contrario al recurso como última ratio, siendo más bien, única ratio. Constatada esta relevancia social del recurso a la pena, al cumplir indefectiblemente una “función pedagógica” de lo que está bien y lo que está mal a través del proceso de etiquetamiento, las modernas reivindicaciones sociales de colectivos históricamente excluidos pugnan por más delitos y mayores penas, desembocando en muchos casos en un cuestionable uso promocional del derecho penal.

3.3 Un derecho penal desigual

Tanto el cumplimiento de la ley, como su incumplimiento al extremo de delinquir se produce en la sociedad de manera desigual, según grupos sociales y sensibilidades morales, según el tipo de delitos, género, etcétera, resultando aún más desigual la imposición de condenas privativas de libertad. Esta “selectividad penal” que fue denunciada en los años ochenta del siglo pasado por la criminología crítica, es evidente si se analiza la extracción social y la biografía de los sujetos que mayoritariamente llegan a las cárceles en casi todos los países del mundo. Efectivamente, “la raíz social del delito facilita la diferenciación e, incluso, la discriminación en la aplicación de la ley. Las personas se saltan las reglas sociales (también las penales) con consciencia y frecuencia desigual. No todas las personas se saltan el mismo tipo de reglas, como tampoco sufren el mismo nivel de sanción. Las diferencias sociales se hacen también evidentes en

³⁷ TORRENTE, ob. cit., p. 75.

³⁸ KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho”, *Indret*, 2009, p. 3.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

el mundo de la desviación. Determinados delitos y delinquentes se persiguen más o son más detectables que otros. Los delitos de cuello blanco se detectan y procesan menos que los —mal llamados— delitos “comunes”. El delincuente organizado suele ser más impune que el desorganizado... El Estado, que hace las leyes, también comete delitos pero son difíciles de descubrir e, incluso para muchas personas, de creer”.³⁹ Las empresas también cometen delitos y, hasta hace muy poco, en las leyes penales *societas delinquere non potest*.

Ciertamente, las novedades de los últimos años han consistido en visibilizar delitos que antes no se perseguían, como las violaciones de derechos humanos por parte de los Estados y todo el consiguiente al desarrollo del derecho penal internacional; o los delitos cometidos desde el ámbito de las empresas que pueden consistir también en violaciones a derechos humanos y delitos socioeconómicos; o los delitos perpetrados por las organizaciones criminales, que suelen tener altas dosis de impunidad porque en muchos casos poseen raigambres culturales. Y esa nueva mirada hacia estos delitos se debe a que modernamente han tomado protagonismo en la política criminal por su alta dañosidad social, a tal punto que en los supuestos de delincuencia grave puede amenazar las instituciones sociales, económicas y políticas de los Estados democráticos.

Mención aparte merece todo el proceso de internacionalización del derecho penal fruto de la globalización y la consiguiente relevancia de los tratados internacionales de Naciones Unidas y de las uniones de Estados como la Unión Europea, así como otros convenios internacionales que se convierten en *hard law*, cuando se trasponen a la normativa nacional o *soft law*, cuando se trata de recomendaciones o principios. Piénsese en las Recomendaciones del GAFI o la influencia de la OCDE en la expansión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En este proceso social de criminalizar, perseguir y condenar nuevas formas de criminalidad, obviamente, se han tenido que tipificar nuevas figuras, establecer nuevos mecanismos de imputación, considerar como sujetos a los que se exige responsabilidad a nuevos autores (como las personas jurídicas, los aparatos del Estado, las organizaciones criminales), lo cual ciertamente denota una *expansión* del derecho

penal. Ahora bien, sostener que estas nuevas reglas jurídicas son ilegítimas sería desconocer o dejar sin respuesta penal las modernas formas de criminalidad que se presentan con altas dosis de afectación social y, olvidar las transformaciones sociales de los últimos tiempos acerca de lo que sociedad considera delito.

Las distintas velocidades del derecho penal, si se entiende por tales los diversos criterios de imputación correspondiente a las discutidas reformas penales, algunas de ellas sectoriales,⁴⁰ no son más que el reflejo de este proceso de modernización de las leyes penales, correspondiente con las transformaciones sociales de la criminalidad moderna. Lógicamente, no todas estas reglas son legítimas, pero lo que sí parece al menos discutible es valorar la legitimidad de las mismas tomando como referente el derecho penal liberal, construido desde una fenomenología de actuación delictiva muy distinta, inducida de comportamientos simples desarrollados en sociedades mucho menos complejas como las actuales.⁴¹

4. Propuestas para racionalizar la criminalización y el castigo

4.1 La visibilidad del delito

Existen, entonces, varias tensiones para la expansión del derecho penal que son incontestables y que provienen de la realidad criminológica. Nuevas formas de delinquir, nuevos instrumentos para delinquir, nuevos actores sociales capaces de realizar comportamientos con gran capacidad para realizar daños sociales, nuevos bienes jurídicos a ser protegidos por el derecho penal. También los “viejos delitos” se ven alterados en su actuación criminal por esos nuevos

⁴⁰ En Italia entienden las leyes penales modernas como subsistemas. El subsistema de la legislación antimafia, de la responsabilidad administrativa de los entes, etc. Esto corresponde también con sus modelos legislativos, pues esta legislación moderna se desarrolla principalmente con leyes especiales. Esto parece importante subrayar pues, al margen de la formalidad de la promulgación de la ley, resulta que puede haber un reconocimiento de la clasificación de los delitos por sectores, conllevando implícitamente reglas específicas, distintas de las clásicas.

⁴¹ Las valoraciones mayoritariamente parten del paradigma de un derecho penal clásico decimonónico. La teoría del delito, como edificio teórico garantista, ha consistido en la conceptualización de comportamientos simples inducidos de una realidad que afectan a bienes jurídicos individuales, con actores individuales, donde el comportamiento prohibido era *claramente* contrario a derecho. Hoy nos encontramos con conductas delictivas totalmente alejadas de esa realidad criminal.

³⁹ TORRENTE, ob. cit., p. 75.

instrumentos, como el uso de la tecnología, o por esos nuevos actores sociales, como las organizaciones criminales y las personas jurídicas. Por tanto, un primer punto de partida para racionalizar la intervención penal es reconocer estas realidades criminológicas, esto es, relaciones políticas, económicas y sociales, que el conocimiento científico no puede desconocer.

Si el proceso de criminalización de las conductas es un asunto social y político complejo, en el que intervienen diversos intereses, actores, colectivos, etcétera, que se ha mostrado históricamente desigual o ambiguo, que afecta selectivamente a determinados colectivos (normalmente marginales) y, por tanto, afecta menos o no afecta a otros (quienes tienen el poder de definición), parece que la cuestión de la “visibilidad del delito” resulta fundamental. Como apunta Muncie, el núcleo del problema del crimen radica en el poder de visibilizar determinados actos lesivos y definirlos como crimen, mientras que se mantiene la invisibilidad de otros. La cuestión de la visibilidad es importante porque resalta este proceso de construcción social, el cómo la ciudadanía adquiere conciencia de los daños que producen determinados comportamientos. La visibilidad incide en la percepción de los comportamientos como socialmente nocivos y, en consecuencia, necesitados de criminalización.⁴² Por tanto, existe un sesgo en las demandas de seguridad, condicionada por las percepciones sociales de qué conductas son dañinas para la sociedad y cuáles lo son menos, qué sujetos deben ir a la cárcel, cuáles no o menos, a qué víctimas se protege especialmente, etcétera. Las percepciones sociales sobre la criminalidad son selectivas, desiguales, ambiguas, producen demandas de seguridad orientadas hacia determinados comportamientos, hacia unos determinados sectores, bajo la protección de determinados intereses (bienes jurídicos).

Este sesgo de percepción social, fundamentado en la visibilidad (o las visiones) de la criminalidad, retroalimentan una política criminal punitivista orientada hacia el control social de la delincuencia callejera, de los marginados (pobres, inmigrantes), en desmedro de la visibilidad de otra clase de comportamientos nocivos de orden socioeconómico, propio del mundo de los negocios, protagonizados por sujetos bien situados socialmente.

4.2 Razones para una visión desigual del delito

Aunque ya se ha hecho referencia a razones de causa/efecto⁴³ para afirmar este sesgo, intentaré sistematizar las más importantes:

Primero, como apunta Rodríguez Mesa, la sociedad tiende a definir como menos graves aquellas conductas en las que no se produce una confrontación directa con la víctima (delitos de cuello blanco), la víctima es difícilmente individualizable (prostitución, tráfico de drogas) o la sociedad no se identifica con la víctima (crímenes de odio, xenofobia, racismo). Se trata, sin duda, de delitos en los que existe menor consenso.⁴⁴ En efecto, el alejamiento entre autor y víctima que se produce en los delitos de cuello blanco y los de la criminalidad organizada facilitan la comisión del delito, en la medida que el autor se despoja de la empatía propia de todo comportamiento humano e impide su arrepentimiento.

Segundo, la tolerancia hacia los comportamientos desviados cometidos por los sujetos bien situados socialmente suele ser mayor que la realizada por los sujetos marginales. Como recuerda Torrente: “La sociedad suele tolerar menos a una persona que roba carteras que a un empresario que defrauda millones a Hacienda”.⁴⁵ Esto sucede, entre otras razones, por la complejidad del comportamiento desviado, cuya comprensión por la ciudadanía escapa muchas veces de sus capacidades e intereses y porque hay una difícil representación del daño social de sus conductas. Otras veces son los medios de comunicación los encargados de poner el acento en otros delitos (callejeros, violentos), en desmedro de los cometidos por los sujetos bien situados socialmente.

Tercero, en muchos de los nuevos delitos socioeconómicos infrarepresentados en el castigo penal, la ambivalencia valorativa se resuelve con la ambivalencia moral: “se tolera la desviación en la medida que no se haga demasiado visible”.⁴⁶ La frase común en el ámbito de la corrupción, “roba, pero hace obras”, es buena muestra del sesgo con el que la ciudadanía valora los comportamientos de sus gobernantes.

Cuarto, se sabe poco del volumen y alcance de la delincuencia de cuello blanco, porque se trata de

⁴² RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., p. 109.

⁴³ Resulta difícil distinguir cuáles son causas y cuáles efectos. Lo cierto que entre ellas se retroalimentan y potencian.

⁴⁴ RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., p. 108.

⁴⁵ TORRENTE, ob. cit., p. 76.

⁴⁶ TORRENTE, ob. cit., p. 82.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

comportamientos complicados de detectar, investigar, procesar y regular. Como antes se ha dicho, no suelen estar representados en las estadísticas oficiales de la delincuencia. Traducir el comportamiento humano en cifras resulta de por sí un análisis complicado⁴⁷ y resulta aún más cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito de organizaciones. Descomponer sucesos complejos en unidades numéricas es un proceso en el que muy probablemente resulte una brecha entre definiciones legales de delitos y la realidad criminal.

Quinto, además, suelen ser delitos protagonizados por sujetos “delincuentes respetables” —a veces, en complicidad con “hombres de honor”—, cuyas actividades suelen estar sujetas al control de la propia profesión, ocupación o gremio. En ocasiones actúan con el apoyo o la tolerancia de determinados sectores dentro de su profesión.⁴⁸ Al formar parte de las actuaciones profesionales, son difíciles de detectar y aunque, existen mecanismos de control disciplinarios dentro de cada profesión, estos funcionan poco o nada.

Sexto, los delincuentes de cuello blanco, los sujetos que utilizan su profesión u ocupación para alcanzar de manera ilegal beneficios ilícitos, no se consideran a sí mismos delincuentes⁴⁹ —en ocasiones, los propios operadores jurídicos tampoco— y son capaces de racionalizar esas conductas, al desarrollar una filosofía que les hace ver como razonable su comportamiento, cuyo razonamiento gira alrededor de la idea de que “casi todo el mundo es deshonesto”, o “todo el mundo ha cometido algún acto de corrupción”.⁵⁰ Se trata del “sesgo de presentación”, la tendencia de evaluar los acontecimientos según un modo de presentación de los hechos más o menos personal,⁵¹ a conveniencia.

De todo lo que se ha explicado hasta este momento se puede colegir que en lo referente a la criminalización de conductas “no están todos lo que son, ni

son todos los que están”. El populismo punitivo y el derecho penal de la seguridad que es su correlato se han centrado en un tipo de delincuencia: callejera, de los marginales, mayoritariamente violenta, hacia la cual han ido dirigidas las últimas reformas penales de nuevas criminalizaciones y aumento de penas. Se soslaya así otro tipo de delincuencia, la vinculada a los negocios y al poder,⁵² infrarepresentada en las estadísticas, poco visibilizada por los medios de comunicación y perseguida con dificultad por los operadores jurídicos, la cual en los últimos tiempos ha demostrado gran dañosidad social. Por tanto, la intervención penal en estos supuestos puede ser legítima bajo determinadas condiciones que en adelante trataré de fundamentar.

4.3. El derecho penal de un Estado democrático: seguridad para todos

Si se trata de establecer qué es ilegítimo y qué ilegítimo en la política criminal actual respecto a la intervención penal, parece fundamental partir de los principios del Estado social y democrático de derecho, esto es, de los valores superiores del Estado de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Las políticas criminales actuales punitivistas han permitido que, bajo el paraguas genérico y ambiguo de la seguridad, se perpetúe un sesgo hacia la mayor represión de un determinado tipo de criminalidad, la relacionada con delitos violentos, callejeros, como el homicidio, los delitos contra la propiedad y los relacionados con el tráfico de drogas, principalmente. Por otro lado, ha quedado bastante menos representada en las estadísticas, en los medios de comunicación y en la persecución penal la criminalidad de los negocios, de los políticos, como los relacionados con la corrupción (pública y privada), o la criminalidad organizada de cuello blanco.

Efectivamente, como plantean Ruiz y Murraín, por lo general, el concepto de seguridad se entiende como asociado a estar protegido y libre de peligro. Ahora bien, esta definición resultaría en realidad una indefinición, pues se trataría de estar protegido de qué y libre de qué peligro. Estos autores apuntan que, tanto en la lengua castellana como en la inglesa, la palabra

⁴⁷ Hay que decidir qué situaciones incluir y cuáles excluir. Es necesario fijar la unidad de medida (víctima, delincuentes, ocasiones). Como apunta TORRENTE, ob. cit., p. 95: “Las estadísticas son armas de varios filos: sirven para mostrar un trabajo realizado, justificar necesidades y legitimar demandas, como instrumento para la gestión, como elemento de control, sirven de base para la investigación o para presentar imágenes favorables al exterior”.

⁴⁸ TORRENTE, ob. cit., p. 82.

⁴⁹ Por ese motivo la posibilidad de reincidencia es alta.

⁵⁰ Cfr. TORRENTE, ob. cit., pp. 82-83. También “para qué pago impuestos, si todos son corruptos”, dice el corrupto. En suma, todo depende del propio relato que el delincuente se hace a sí mismo y a los suyos.

⁵¹ Cfr. VILARROYA, *Somos lo que nos contamos*, ob. cit., p. 171.

⁵² Sin contar con la cantidad de personalidades aforadas, con inmunidades personales para ser procesadas,

seguridad tiene una misma raíz latina, *securitas*, que significa “a salvo de peligro”.⁵³

Para soslayar la indefinición del concepto de seguridad Baldwin propone siete pautas o preguntas, cuyas respuestas realizan la tarea de especificarla. Con estas preguntas se pretende determinar el contenido de siete aspectos, que a modo de atributos concretan la definición ofrecida. Estas preguntas son las siguientes:⁵⁴

1. ¿Quiénes son los destinatarios de la seguridad? ¿Seguridad para quién?
2. ¿Cuáles son los valores de cuya baja probabilidad de afectación se trata? ¿Seguridad para qué valores o bienes jurídicos?
3. ¿Cuáles son las amenazas para considerar en relación con los valores? ¿Seguridad frente a qué amenazas?
4. ¿Cuáles son los medios para la protección frente a dichas amenazas? ¿Seguridad con qué medios?
5. ¿Cuánta seguridad se pretende? ¿Cuánta seguridad?
6. ¿Cuál es el costo que implica la seguridad? ¿Seguridad a qué coste?
7. ¿Durante qué tiempo se aspira seguridad? ¿Seguridad en qué período de tiempo?

Las tres primeras preguntas se refieren a la dimensión de la seguridad y las cuatro últimas se refieren a las estrategias, esto es a las políticas frente a la seguridad. El orden lógico es esclarecer primero el qué seguridad, para seguidamente establecer el cómo lograr esa seguridad.

Me propongo deconstruir el concepto de seguridad vigente con las políticas criminales punitivistas, contestando y discutiendo las ideas que componen esas siete grandes preguntas, con el fin de proponer una visión de la seguridad para todos los ciudadanos. Ello siguiendo una metodología propuesta por De Sousa Santos, “a favor de una teoría situada, que apoye sus pies en el suelo firme mientras se niega a permanecer atada sin poder levantar el vuelo”.⁵⁵

⁵³ RUIZ, Juan Mauricio / MURRAÍN, Henry, “La cultura ciudadana y la agenda de políticas de seguridad”, en MOCKUS / MURRAÍN / VILLA (Coords.), *Antipodas de la violencia. Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in)seguridad en América Latina*, Washington, BID, 2012, p. 24 y ss.

⁵⁴ BALDWIN, David, “The concept of security”, *Review of International Studies*, N° 23, 1997, pp. 12 y ss.

⁵⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*.

En el ordenamiento jurídico español los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública se emplean de forma indiferenciada y sin concretar claramente su alcance. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que la seguridad pública engloba tanto el orden público, entendido como “protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales”, como la seguridad ciudadana que supone la protección de personas y bienes frente a las acciones violentas, agresiones o situaciones de peligro.⁵⁶ Por tanto, la dimensión de la seguridad pública está relacionada con conceptos como orden público, seguridad nacional o interior, seguridad ciudadana, pues todos ellos coinciden en el mismo objetivo: prevenir y reaccionar frente a las amenazas de la delincuencia y las formas graves de violencia.

El carácter público de esta dimensión puede verificarse con que se trata de valores o bienes de interés para todos los ciudadanos, que no corresponden a la esfera privada. Un buen ejemplo de ello es el caso de la violencia de género, que durante muchos años se entendió como un asunto de la esfera doméstica y hoy existen acuerdos en que se trata de un problema de interés público, que afecta a toda la sociedad.

¿Seguridad para quién?

Esta primera pregunta puede también elaborarse así: ¿hacia la protección de quiénes o qué ciudadanos se dirige la pretensión de seguridad? En su origen, se trataba de la seguridad del Estado, pero en la actualidad puede entenderse que se trata de la seguridad de un área urbana (seguridad urbana), un área rural (seguridad rural), de un colectivo, de las personas, de la sociedad, de acuerdo con los valores o bienes jurídicos que se intente proteger. El concepto de seguridad ciudadana predominante, también ha estado enfocado hacia la seguridad entendida como “seguridad en las

tica. Para un nuevo sentido común en el Derecho, Madrid, Trotta, 2009, p. 19. Este autor plantea una posición intermedia entre el teorismo y el empirismo. Considera: “Vivir es familiarizarse con la vida. La verdadera vanguardia es transvanguardista. El objetivo de la teoría crítica posmoderna es, por tanto, convertirse en un nuevo sentido común; en el caso que nos ocupa, en un nuevo sentido común jurídico”. Prosigue “la energía teórica que subyace a este trabajo se basa en una investigación empírica, a menudo minuciosamente empírica”.

⁵⁶ VIDALÉS RODRÍGUEZ, Caty, “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXII, 2012, p. 471.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

calles”, que configura una clase de criminalidad violenta, clásica de la que hay que defenderse y resulta protagónica en la política criminal. Se trata, en un Estado social y democrático de derecho de concebir la seguridad de manera más democrática, seguridad para todos los ciudadanos, frente a las amenazas no solo violentas, sino también las estructurales.

¿Seguridad para qué valores o bienes jurídicos?

La selección de bienes jurídicos dice también ¿a quiénes se dirige la protección penal? y, con ella, ¿hacia quiénes se brinda tal seguridad? En un Estado minimalista que ha ido despojándose de sus obligaciones de servicio público, la seguridad privada, la que se agencian los propios interesados, ha ido cobrando importancia. No puede olvidarse que detrás de la dimensión de seguridad pública existen valores, intereses, bienes jurídicos que se protegen más o con mayor intensidad, frente a otros. Se trata de una selección que en un Estado democrático debe ceñirse al marco constitucional en el que se encuentran los derechos fundamentales de la sociedad. Tradicionalmente, se ha entendido que se trata de los bienes fundamentales para la supervivencia de la sociedad, la vida, la salud, la propiedad, la libertad. Pero en sociedades más complejas, donde existe una organización social, se trata de proteger también las estructuras de dicha organización (hacienda pública, administración de justicia, etcétera) y los derechos humanos de tercera generación (salud pública, medio ambiente, derechos de los trabajadores). Los primeros son considerados delitos clásicos, los segundos delitos socioeconómicos que aún no están convenientemente sometidos al control social.

En sociedades pluralistas donde se discuten los valores, en las que los bienes jurídicos pueden tener diversa valoración, parece que el concepto de “daño social” puede ser más objetivo y más universal. El concepto de daño social debe ser la noción desde la cual pivotan las valoraciones (los bienes jurídicos), las amenazas, los riesgos y los grados de lesión punibles, en la medida que puede tener una referencia empírica, pues se puede demostrar empíricamente que afecta a la sociedad en sus valores comunes⁵⁷. Cier-

tamente que hay daños más visibles que otros, como sucede con los delitos clásicos de homicidio, lesiones, propiedad, etcétera; frente a los daños sociales que son producidos por los delitos socioeconómicos. Pero es posible sostener la relevancia de los daños sociales, es decir, de los que compartimos todos como ciudadanos de un bien común, cuya relevancia es importante reivindicar en un Estado social, en el que existen valores compartidos. Merecimiento y necesidad de pena tienen como punto de referencia la dañosidad social.⁵⁸

¿Seguridad frente a qué amenazas?

La determinación de los riesgos y amenazas a la seguridad dependen de los valores o bienes jurídicos que se intentan proteger y hacia quiénes se dirige la seguridad, porque se trata de amenaza de un mal hacia algo. En general se entienden como amenazas, las diversas formas de delincuencia y violencia que producen daños sociales, así como las guerras y las catástrofes naturales. Pudiendo preverse aquellas en las que interviene el actuar humano, la aspiración de seguridad pública se refiere a las diversas formas de delincuencia principalmente. Sobresalen, el narcotráfico, los diversos tráfico ilícitos, el terrorismo y las numerosas formas de la criminalidad organizada. En los últimos tiempos ha tomado protagonismo la corrupción pública y privada, en la medida que pueden afectar al sistema económico y financiero nacional y global. Lo son también los conflictos armados, los llamados “Estados fallidos” en la medida que su inestabilidad puede producir daños fuera del territorio concreto en que se desarrollan, como sucede con el tráfico y trata de personas.

Si *securitas* significa a salvo del peligro, riesgo o amenaza de sufrir un mal o daño a bienes jurídicos, el concepto como efecto coincide en buena medida con el concepto de *prevención*, en tanto acción de evitar el mal. De ahí que las políticas prevencionistas sean en realidad políticas securitarias. Especialmente desarrollada es la prevención de la criminalidad. Ahora bien, la prevención es un concepto elástico que admitiría una definición o muy estricta o muy amplia. Crawford la entiende como “cualquier intervención

⁵⁷ En ese sentido también RODRÍGUEZ MESA, ob. cit., p. 103: “El crimen es un concepto socialmente construido... Se propone considerarlo como una subcategoría de “daño social”, independiente del consenso “moral”, su tipificación o no como delito”.

⁵⁸ Creo que también es la idea de SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, ob. cit., p. 43, cuando sostiene: “se trata de poner de relieve el carácter radicalmente político, democrático del Derecho penal correcto... tiene que comprometerse con la primacía democrática de la política frente a la filosofía”.

que puede ser percibida como beneficiosa para la reducción de la delincuencia”.⁵⁹

Efectivamente, prevención supone anticipar o evitar algo. Los desacuerdos provienen precisamente cuando se intenta precisar lo que se pretende evitar y los instrumentos idóneos para tal objetivo.⁶⁰ Los desacuerdos se presentan cuando se trata de precisar una política criminal para determinados fenómenos criminales, puesto que los diagnósticos pueden ser distintos o los medios para hacerle frente también.

Desde un punto de vista estricto, entonces, la prevención se ha identificado con la política criminal y desde un punto de vista amplio, más bien, con la política social. Esto es, si se trata de prevenir la delincuencia, puede pensarse en estrategias penales o estrategias sociales. Estrategias a corto plazo o estrategias a mediano o largo plazo. Por supuesto que no son disyuntivas, pero conviene identificarlas. En un Estado social de derecho la política social juega un papel importante en la política criminal, en el sentido de la prevención de los fenómenos criminales. En efecto:

(...) la Sociedad genera constantemente la imagen de que las políticas y las instituciones contra la delincuencia y contra la marginación (prisiones, centros de menores, residencias, centros de día) responden a lógicas distintas. Pero los condicionantes económicos, sociales, ideológicos y políticos de ambas son los mismos, y sus clientes suelen coincidir: pobres, emigrantes, marginados, desempleados, enfermos.⁶¹

¿Seguridad con qué medios?

La selección de los medios para hacer frente a las amenazas depende del diagnóstico sobre la entidad y calidad de las amenazas; esto es una cuestión de política criminal. Como toda decisión política, se trata de establecer estrategias para determinados fines. En un Estado social y democrático de derecho los fines ni

los instrumentos pueden ser ilegítimos, esto es, deben respetar la legalidad sustancial, que no es otra que el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente la dignidad humana y la proporcionalidad. Mención especial merece el “principio de proporcionalidad”.

Siguiendo a Aguado, puede sostenerse que los principios de justicia y libertad son pilares básicos del principio de proporcionalidad. Justicia significa moderación, medida justa, equilibrio. Y libertad denota la vigencia del principio *favor libertatis*, esto es, que en caso de duda tiene que prevalecer la efectividad de los derechos fundamentales. Además, el artículo 9.3 CE, al consagrar el principio de subordinación del Estado al derecho, prohíbe la arbitrariedad en la actuación política; arbitrariedad que debe entenderse como la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados.⁶² Se trata de un principio que tiene poder no solo en el ámbito de la jurisprudencia, es decir de aplicación de la ley penal, sino incluso en el ámbito de producción legislativa, pues toda autoridad debe someterse al principio de proporcionalidad, justificando la limitación de un derecho fundamental en aras de un bien social mayor. Es el “justo medio” que propugnaba Aristóteles.

La ponderación permite el diálogo entre conocimientos empíricos y conocimientos normativos, porque lo primero que habrá que preguntarse quién pondera para establecer la adecuación es qué características posee la criminalidad que se trata, qué causas la alimentan, cuáles son los perfiles de los autores y víctimas; esto es conocimientos criminológicos, para luego evaluar la necesidad de la intervención (política criminal), con el fin de plantear una propuesta penal (proporcionalidad estricta).

La ponderación permite encontrar la pena justa, necesaria. Acercar la realidad a la práctica, conciliar el ser y el deber ser, plantear propuestas posibilistas que intenten conciliar garantías y eficacia.

¿Cuánta seguridad?

Es importante reconocer que no existe el riesgo cero, ni la seguridad total. En una sociedad de riesgos, donde se convive con la incertidumbre y una confluencia de factores causales, es imposible aspirar a conjurar

⁵⁹ DÍAZ CORTÉS, Lina, “Aspectos fundamentales en torno a la prevención del delito”, en AA. VV., *Introducción a la Criminología*, Madrid, Iustel, 2018, pág. 267.

⁶⁰ RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 170-171.

⁶¹ TORRENTE, ob. cit., p. 209, quien recuerda: “Barbara Hudson sostiene que, aparte del propósito de castigo, las políticas penales tienen una doble función *redistributiva y rehabilitativa* que les conecta con la política social”.

⁶² AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad*, Madrid, Edersam 1999, pp. 135-136.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

todas las amenazas existentes, ni siquiera referidas a un fenómeno criminal concreto. La aspiración de prevenir la violencia y la delincuencia es una de las demandas actuales más difíciles de satisfacer. No podemos aspirar a la “tolerancia cero”. Una buena política criminal es aquella que se marca objetivos realistas como contener determinadas formas de criminalidad, rebajar las estadísticas de esa criminalidad, ponérselo difícil al delincuente para que no refuerce su comportamiento. Lo contrario es simbolismo, distracción, por parte de los gobernantes que, en algún caso, proponen falsamente un combate total contra la delincuencia.

¿Seguridad a qué coste?

Toda forma de intervención social y más aún la penal, para alcanzar la protección de bienes jurídicos (seguridad) supone un coste (restricción de libertades). La pena es un mal (un sujeto en la cárcel, su familia sin protección, etcétera), las medidas de intervención preventivas, también lo son. Póngase como ejemplo el uso de videocámaras en las vías públicas, o las escuchas telefónicas en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción, o los acuerdos de colaboración eficaz también frente a estas formas de delincuencia. Tales intervenciones deben tener como objetivo rebajar los índices de violencia y/o delincuencia; como se ha dicho, al menos ponérselo difícil al delincuente para que no consiga sus objetivos criminales. Aunque dichas medidas pueden suponer una restricción de derechos fundamentales, se entiende que se realizan para salvaguardar un bien mayor que es evitar la dañosidad social frente a la delincuencia grave. La ponderación permite calibrar técnicamente lo que se tendría que hacer es ponderar (principio de proporcionalidad) si dicha medida es adecuada, necesaria y en la medida para alcanzar dicho objetivo. Si no lo es, resulta ilegítima. Ante una delincuencia grave, como pueden serlo la corrupción y la criminalidad organizada, puede ser ponderada la intervención penal con medidas restrictivas de derechos, siempre con el respeto del principio de proporcionalidad y judicialidad.

¿Seguridad en qué período de tiempo?

Los objetivos de prevención, control o gestión de riesgos deben ceñirse a determinados períodos de tiempo, pues la seguridad tampoco puede ser eterna pues los

fenómenos criminales mutan constantemente. Es importante señalar que una buena política criminal se marca periodos de revisión de objetivos, de acuerdo con la evaluación del cumplimiento de los mismos.

5. Conclusiones

1) El populismo punitivo y el derecho penal de la seguridad que predomina en el panorama político-criminal actual está orientado a la prevención de la delincuencia callejera, de tipo violento, olvidando que en el momento actual del desarrollo social existen otras formas de criminalidad, no violentas, ni callejeras, que se realizan en contextos normalizados de los negocios y el poder, que no han tenido atención social.

2) El populismo punitivo defensivo, reactivo, simbólico y vengativo, concuerda con una dinámica política y social de mayor control social penal de determinados sectores sociales (marginados, pobres, inmigrantes, enfermos), frente a mayores libertades económicas para otros sectores, especialmente, los sujetos bien situados en el poder político/ económico.

3) Tanto las estadísticas, los medios de comunicación, los aparatos de persecución han visibilizado determinadas formas de delincuencia, mientras se invisibiliza otras formas de criminalidad que pueden resultar extraordinariamente graves, como la corrupción pública y privada, la criminalidad organizada, los delitos cometidos en el ámbito de los negocios y el poder.

4) Para racionalizar la política criminal y establecer qué ámbitos de expansión del derecho penal son legítimos y qué ámbitos son ilegítimos, conviene tener en cuenta los elementos antes reseñados, pues ha existido un sesgo desigual en la intervención penal, un proceso selectivo empíricamente demostrable con las tasas de encarcelamiento y los *items* de las estadísticas criminales.

5) El nudo gordiano de la racionalidad de la intervención penal se halla en el proceso de criminalización primaria, en el lugar y momento del proceso legislativo de creación de las leyes penales, para comprobar si se trata realmente de *ultima ratio* o *prima ratio*, como sucede con el populismo punitivo. Este proceso legislativo ha estado dominado por la emotividad, el populismo electoral, la atención a las víctimas en desmedro de los derechos del infractor,

con posiciones maniqueas inexistentes en los casos límites de la realidad o asuntos controvertidos.

6) Una de las dificultades más importantes en este proceso de racionalización de las leyes penales se encuentra en el pluralismo ideológico existente en sociedades complejas y pluralistas. La tensión en la utilización del recurso penal se hace más evidente al constatar que el derecho penal se presenta como el referente único y último de lo que está bien y lo que está mal, ante la caída de referentes religiosos y sociales emancipadores.

7) Ante un derecho penal desigual, donde la expansión se expresa focalizada hacia determinadas formas de criminalidad, se propone un derecho penal de la seguridad para todos. Deconstruyendo el concepto de seguridad, que es un concepto eminentemente político, ambiguo, “paraguas” de otras nociones controvertidas como amenaza, riesgo y prevención, se examinan siete cuestiones que se descomponen de esta noción: ¿seguridad para quién?, ¿seguridad de qué valores?, ¿seguridad frente a qué amenazas?, ¿seguridad con qué medios?, ¿cuánta seguridad?, ¿seguridad a qué costes?, ¿seguridad por cuánto tiempo?

8) En esta indagación rescato dos ideas fundamentales para un derecho penal de la seguridad de todos y una racionalización democrática de la política criminal: 1) El concepto de “dañosidad social” como eje sobre el cual pivota toda intervención penal, en tanto valoración teórica y empírica de bienes jurídicos cuyo interés corresponde a toda la sociedad; 2) El “principio de proporcionalidad”, como herramienta para evitar la arbitrariedad y legitimar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, mientras que sean adecuadas, necesarias y en la medida que sean justas para proteger intereses sociales. Los dos conceptos pueden ser útiles para conciliar teoría y práctica, libertad y seguridad, derechos de los infractores y de las víctimas, derechos individuales y defensa social, el ser y el deber ser, filosofía y política. Ante una delincuencia grave, poco visibilizada, que afecta los intereses de la sociedad como la corrupción y la criminalidad organizada, puede resultar proporcional la intervención penal con instrumentos restrictivos de derechos fundamentales, siempre que respeten la proporcionalidad y la judicialidad.

6. Bibliografía

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad*, Madrid, Edersam 1999.
- ANTÓN-MELLÓN, Joan / ANTÓN CARBONELL, Elisenda, “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”, en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, N° 12, 2017, p. 134.
- BALDWIN, David, “The concept of security”, *Review of International Studies*, N° 23, 1997.
- BERDUGO, Ignacio, *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Madrid, Iustel, 2018, p. 53.
- BRANDARIS GARCIA, J., *Política Criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007.
- DÍAZ CORTÉS, Lina, “Aspectos fundamentales en torno a la prevención del delito”, en AA. VV., *Introducción a la Criminología*, Madrid, Iustel, 2018.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003 y 2ª ed., 2013.
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Madrid, Gedisa, 2001.
- HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret*, 2009.
- MORRISON, Wayne, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Anthropos, 2012.
- NIETO MARTÍN, Adán, “Un triángulo necesario: Ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, en NIETO MARTÍN / MUÑOZ DE MORALES / BECERRA, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- PITCH, Tamar, “El tema de la seguridad”, en http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2016/09/SPJ05_05_TamarPitch.pdf
- PITCH, Tamar, *La società della prevenzione*, Carrozzì, 2008
- RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, Tecnos, 1988.

Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?

- RODRÍGUEZ MESA, “La redefinición del crimen como propuesta de una Criminología Global”, en *Archivos de Criminología, seguridad privada y criminalística*, N° 18, 2017.
- RUIZ, Juan Mauricio / MURRAÍN, Henry, “La cultura ciudadana y la agenda de políticas de seguridad”, en MOCKUS / MURRAÍN / VILLA (Coords.), *Antípodas de la violencia. Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in)seguridad en América Latina*, Washington, BID, 2012.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política Criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 124, 2018, p. 118.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 9, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Mallum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018.
- TORRENTE, Diego, *Desviación y delito*, Madrid, Alianza, 2001.
- VIDALÉS RODRÍGUEZ, Caty, “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXII, 2012.
- VILARROYA, Óscar, *Somos lo que nos contamos: Cómo los relatos construyen el mundo en que vivimos*, Madrid, Ariel, 2019.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Dogmáticamente funcionalista y Política Criminal. Una propuesta fundada en los derechos humanos”, en *Revista Penal*, N° 43, 2019.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES