

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 22
enero - junio 2023



La delimitación de competencias y la coordinación operativa interinstitucional entre la Armada de México y la Guardia Nacional en zonas marinas mexicanas



Israel Alvarado Martínez

Investigador del IMEESDN del Ejército Mexicano y del INACIPE.

Correo electrónico: israel.alvarado@inacipe.gob.mx

RESUMEN: Nuestra Constitución regula diversas expresiones securitarias relacionadas con el uso de la fuerza: la seguridad nacional (defensa exterior y orden interno), las operaciones para el mantenimiento/imposición de la paz y la seguridad pública, todas encomendadas a las Fuerzas Armadas, pero es en esta última expresión securitaria, la pública, en la que existen funciones que pueden ser comunes con la nueva institución policial federal (la Guardia Nacional). En este trabajo se analizan la delimitación de competencias y la coordinación operativa interinstitucional entre la Armada de México y la Guardia Nacional que deberá presentarse en las zonas marinas mexicanas.

PALABRAS CLAVE: competencias policiales, derecho de visita, fuerzas armadas, Guardia Costera, Guardia Nacional, Policía Marítima, seguridad pública, zonas marinas.

ABSTRACT: Our Constitution regulates various security expressions related to the use of force: national security (external defense and internal order), operations for the maintenance/enforcement of peace and public security, all entrusted to the Armed Forces, but it is in this last security expression, the public one, in which there are functions that may be shared with the new federal police institution (the National Guard). This paper analyzes the delimitation of competences and the inter-institutional operational coordination between the Mexican Navy and the National Guard that must be present in the Mexican marine zones.

KEYWORDS: police powers, right of visit, Armed Forces, Coast Guard, National Guard, Marine Police, public safety, marine zones.

SUMARIO: 1. Las funciones securitarias en el sistema jurídico mexicano. 1.1. Funciones de las Fuerzas Armadas. 1.2. Funciones de la Guardia Nacional. 2. Las zonas marinas mexicanas y su protección en México. 2.1. La protección legal de las zonas marinas mexicanas. 2.2. La protección naval de las zonas marinas mexicanas. 3. La Armada de México y la Guardia Nacional como instituciones securitarias previstas por la Constitución general, su delimitación de competencias y la coordinación entre ellas en zonas marinas mexicanas. 3.1. Competencias de la Armada de México. 3.1.1. Funciones de la Armada de México en materia de prevención del delito en zonas marinas. 3.1.2. Funciones de la Armada de México en materia de reacción en zonas marinas. 3.1.3. Funciones excepcionales de la Armada de México en materia de investigación del delito en zonas marinas derivadas de su intervención como Guardia Costera. 3.2. Competencias de la Guardia Nacional. 3.2.1. Funciones de la Guardia Nacional en materia de prevención del delito en zonas marinas. 3.2.2. Funciones de la Guardia Nacional en materia de reacción en zonas marinas. 3.2.3. Funciones de la Guardia Nacional en materia de investigación del delito en zonas marinas. 3.3. La coordinación entre la Armada de México y la Guardia Nacional en zonas marinas mexicanas. 3.3.1. Retos que deberán enfrentarse. 4. Referencias.

Rec: 02/08/2022 | Fav: 01/09/2022

1. Las funciones securitarias en el sistema jurídico mexicano

Más allá de la seguridad social y de la seguridad sanitaria —que configuran expresiones de la seguridad ampliada—, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* regula dos tipos de seguridades: (i) la Seguridad Nacional [(SegNal), con sus dos expresiones de Defensa Exterior y Seguridad Interior] y (ii) la Seguridad Pública (SegPu).

La primera de estas expresiones, la SegNal se encuentra regulada en los art. 6º, § cuarto, apartado A, fracciones I y VIII, § séptimo; 16, § segundo; 19, § segundo; 20, apartado B, fracción V; 28, § cuarto; 35, fracción VIII, apartado 3º; 73, fracción XXIX-M; 89, fracciones VI y X y 131, § primero; en tanto que la segunda la norman los art. 10; 16, § segundo; 18, §§ octavo y noveno; 20, apartado B, fracción V; 21, §§ noveno, décimo, undécimo, duodécimo y décimo tercero; 32, § tercero; 69, § tercero; 73, fracción XXIII; 76, fracción XI; 89, fracción X; 115, fracciones III, inciso h) y VII; 122, apartados B, § quinto y C, § segundo; 127, § segundo, fracción IV y 131, § primero.

Sin embargo, existen otras expresiones “intermedias” de estas dos manifestaciones de la seguridad que, al igual que las anteriores —la Seguridad Nacional y la Seguridad Pública— tienen como punto en común el uso legítimo de la fuerza a cargo del Estado. Estas son las operaciones para el mantenimiento de la

paz de corte clásico,¹ así como las complejas o multidimensionales.²

En este documento interesa el estudio y desarrollo de aquellas dos principales manifestaciones securitarias (SegNal y SegPu), pues la delimitación de las competencias entre las Fuerzas Armadas (FFAA) y la Guardia Nacional (GN), así como la posibilidad de que actúen de manera coordinada en la ejecución de las tareas que cada una de estas instituciones tienen asignadas son de las referidas en forma exclusiva a esas expresiones de la seguridad mediante el uso de la fuerza para proteger bienes jurídicos indispensables del Estado y de uno de sus componentes: la población.

¹ Denominadas de corte clásico por la Conferencia de Ejércitos Americanos, cuya característica principal es que son aplicadas “normalmente en zonas donde no ha sido necesaria la actuación en ‘fuerza’”, cuyos “objetivos fundamentales han sido la negociación y el respeto a los acuerdos entre las partes”. Conferencia de Ejércitos Americanos (2011: 6). También denominadas Operaciones Coercitivas para el Mantenimiento de la Paz, así como Operaciones de “Imposición de la Paz” a Estados u organizaciones regionales, así denominadas por Martínez Guillem, R. (2014: 160).

² Llamadas así por la misma Conferencia, y tienen como características que son multifuncionales y multidimensionales “en el sentido de que a las funciones tradicionales de una OMP clásica se añaden componentes de creación de ciertas estructuras de estabilización del conflicto y reconstrucción”, cuya “complejidad es mucho mayor y el uso de la fuerza se hace muchas veces necesario”. Conferencia de Ejércitos Americanos (2011: 7).

1.1. Funciones de las Fuerzas Armadas

La Constitución (art. 32, § segundo; 73 y 89, fracción VI) denomina a esta figura como *Ejército* (en sentido amplio), lo mismo que *instituciones armadas de la Unión* y como *Fuerza Armada permanente*, y comprende —en todos los casos y según ese mismo cuerpo normativo fundamental— a las tres expresiones tradicionales de los ejércitos de tierra, mar y aire, es decir, al Ejército (en sentido estricto), la Marina de Guerra o Armada y la Fuerza Aérea Nacionales, dejando fuera —por el momento— a las expresiones securitarias que la doctrina militar (Glosario: Voz: Fuerzas Armadas) ya reconoce, como los efectivos militares del “espacio exterior y el ciberespacio”.

El Bloque de Constitucionalidad establece una serie de funciones que pueden resumirse en nueve, de la forma siguiente:³

- i. Acciones de *defensa exterior*;
- ii. Operaciones para el *mantenimiento de la paz*, en sus dos vertientes:
 - a. Clásicas o tradicionales (no coercitivas), y
 - b. Complejas o multidimensionales (coercitivas).
- iii. Acciones de *seguridad interior*;
- iv. Funciones de *seguridad pública*, debiendo dividir esta última en:
 - (a) Directas, en sus dos expresiones:
 - (aa) Seguridad pública interna o del fuero de guerra;
 - (ab) Seguridad pública externa o de Policía Marítima;
 - (ac) Seguridad pública externa extraterritorial (derecho de visita), y
 - (ad) Seguridad pública externa “transicional”.
 - (b) Indirectas, mediante funciones de seguridad pública externa o de auxilio de la seguridad pública.

Debe resaltarse el hecho de que, de todas estas funciones securitarias, solo corresponde a la Marina de Guerra intervenir *en su totalidad*, puesto que las funciones de Policía Marítima no se encuentran referidas a los otros dos Ejércitos, ni al de tierra ni al de aire, y

³ Esta clasificación es propia y ya ha sido presentada en otros trabajos (Alvarado, 2018c: 06), pero ha sido adicionada con los puntos (ac) y (ad), relativos al *Derecho de Visita*, así como a la SegPub “transicional”.

ya se verá adelante si es que puede corresponderle o no a la Guardia Nacional llevar a cabo funciones de esta índole.

1.2. Funciones de la Guardia Nacional

La recién creada GN tiene a su cargo funciones concretas en materia de SegPub, pero además cuenta de manera implícita con funciones de SegNal que, si bien no están previstas de manera textual y expresa por la Constitución, los objetivos y alcances de esta expresión de la seguridad,⁴ así como la sistemática de la normatividad que la regula,⁵ deja claro que la GN, además de ser una dependencia de SegPub, es una instancia de seguridad nacional, pues se trata de una institución del Estado que, en virtud de sus atribuciones, participa tanto de manera directa como indirecta en funciones de esa índole.⁶

En consecuencia, la Guardia Nacional tiene encomendadas dos funciones securitarias concretas:

- i. Acciones de *seguridad nacional*, en sentido amplio y de las que no constituyen defensa exterior armada, por ejemplo, en materia de ciberseguridad (Alvarado y Montealegre: 97), y
- ii. Funciones de *seguridad pública*.

Sobre este último rubro es necesario enfatizar que las funciones de SegPub no son exclusivas de las autoridades policiales, también pueden desarrollarse a través de las autoridades penitenciarias, ministeriales o administrativas encargadas de aplicar sanciones por infracciones administrativas, pero el Órgano Reformador de la Constitución⁷ decidió crear a la GN como una institución policial de carácter civil cuya finalidad es otorgar SegPub y salvaguardar los bienes y recursos de la nación; que se regirá “por una doctrina policial fundada en el servicio a la sociedad, la disci-

⁴ Véase el art. 3º de la *Ley de Seguridad Nacional*.

⁵ Por ejemplo, la inclusión del Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana dentro del Consejo de Seguridad Nacional (presidiéndolo en ausencia del Presidente de la República) en términos del art. 12, fracción V de la misma ley y del art. 30 bis, fracción XXI de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*.

⁶ Esto se desprende del contenido de los el art. 6º, fracción II de la *Ley de Seguridad Nacional*, así como del 30 bis, fracciones XIX y XXI de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*.

⁷ Así se regula en el art. 21, §§ undécimo, duodécimo y décimo tercero constitucional.

plina, el respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley, al mando superior, y en lo conducente a la perspectiva de género” y adscrita a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, por lo menos en estos momentos.⁸

De manera que, deviene de especial interés el análisis de las funciones policiales en materia de SegPub encomendadas a la GN. Estas funciones habían sido clasificadas en tres rubros desde la creación de la ley que rige la materia (la *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*), sin embargo, hace casi tres años (el 27 de mayo de 2019) se reformó esa ley (en el art. 75) y ahora se reconocen cuatro funciones:

- i. investigación;
- ii. prevención;
- iii. proximidad social, y
- iv. reacción.

En este orden de ideas, se presenta esta clasificación de funciones de seguridad pública, así como aquellas que se encuentran a ellas vinculadas, para establecer su relación con el modelo de justicia penal (ver Tabla 1).⁹

De manera particular, los art. 6°, 7° y 9° de la *Ley de la Guardia Nacional* establecen cuáles son sus fines, atribuciones y obligaciones, los que en atención a la clasificación anterior pueden resumirse de la manera siguiente:

- i. Investigación
 - a. Realizar las investigaciones de los delitos cometidos,
 - b. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo, la integridad de los indicios, huellas o vestigios, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, dando aviso de inmediato al Ministerio Público, debiendo para ello contar con unidades facultadas para el procesamiento del lugar de los hechos.

- ii. Prevención y proximidad social¹⁰
 - a. Prevenir la comisión de delitos a través de la investigación o de la proximidad;
 - b. Prevenir las faltas administrativas mediante tareas de verificación;
 - c. Salvaguardar la integridad de las personas y de su patrimonio;
 - d. Garantizar y mantener el orden y la paz social (aun cuando la ley les atribuye a estas manifestaciones carácter de reacción), y
 - e. Ejercer, para fines de seguridad pública, la vigilancia e inspección sobre la entrada y salida de mercancías y personas en los aeropuertos, aduanas, recintos fiscales, secciones aduaneras, garitas y puntos de revisión aduaneros; así como para los mismos fines sobre el manejo, transporte o tenencia de mercancías en cualquier parte del territorio nacional.

iii. Reacción

- a. Restablecer el orden y la paz social, y
- b. Dar cumplimiento a las órdenes de aprehensión y demás mandatos ministeriales y jurisdiccionales de que tenga conocimiento con motivo de sus funciones.

2. Las zonas marinas mexicanas y su protección en México

Según la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO):

México es uno de los países megadiversos a nivel mundial con mayor extensión oceánica (~ 65%) que terrestre (35%), distribuida en la región del Océano Pacífico (incluyendo los Golfo de California y Tehuantepec) y en el Océano Atlántico (con el Golfo de México y el Mar Caribe). A su vez el Golfo de México contiene al Golfo de Campeche. Lo anterior da lugar a una amplia variedad de ecosistemas y de especies, así como de procesos ecológicos. (CONABIO, 2015)

⁸ Recientemente se ha mencionado una reestructuración de la Secretaría de la Defensa Nacional, en la que "en la segunda fase la Guardia Nacional será integrada como tercera fuerza armada". (Castillo, 2021).

⁹ Elaboración propia, basada en una tabla también propia (Alvarado, 2018b: 10), pero elaborada antes de la reforma de mayo de este 2019, por lo que ha sido actualizada.

¹⁰ La ley la refiere "como una actividad auxiliar a las funciones de prevención, a través de la proactividad y la colaboración con otros actores sociales, bajo una política de colaboración interna e interinstitucional que fortalezca la gobernabilidad local", por lo que se trata de funciones muy próximas que pueden ser agrupadas en el mismo apartado.

Tabla 1. Clasificación de funciones de seguridad pública

<i>Funciones</i>	<i>Instancias/Instituciones/Autoridades</i>
Prevención general de los delitos	Policiales (preponderantemente de tipo preventivo y de proximidad social)*
Prevención especial de los delitos	Policiales (de tipo preventivo, de proximidad social y de reacción)*
Investigación de los delitos	De procuración de justicia (policiales —de investigación— y Ministerio Público)*
Aplicación de la prisión preventiva	Encargadas del sistema penitenciario
Persecución de los delitos	Ministerio Público
Procesamiento**	Autoridad judicial**
Imposición de penas y su modificación**	Autoridad judicial**
Reinserción social del delincuente y ejecución de penas	Encargadas del sistema penitenciario

* La distinción del tipo de funciones policiales atiende a la clasificación que el art. 75 de la LGSNSP realiza en sus cuatro fracciones.

** En el entendido de que estas instancias y las funciones que desarrollan no forman parte de la SegPub.

La ubicación geográfica de México, al ser un país bioceánico, le proporciona una alta conectividad a nivel mundial por el acceso a las rutas comerciales marítimas más importantes del planeta y la posibilidad de mirar al Pacífico y al Atlántico, y esta situación geopolítica influye directamente en el desarrollo del *poder naval*; en ese sentido, el despliegue y equipamiento de la Armada de México en territorio nacional (*lato sensu*) responde a los intereses del Estado mexicano.

Las zonas marinas mexicanas constituyen el área de responsabilidad de la Secretaría de Marina y cuentan con 11,122 kilómetros de costa, así como una superficie de 3,149,920 km² de las zonas marítimas de jurisdicción nacional, que comprenden el mar territorial y la zona económica exclusiva (CONABIO).

2.1. La protección legal de las zonas marinas mexicanas

Desde la propia Constitución, el Estado mexicano ha plasmado los objetivos nacionales permanentes relacionados con el mar. Y ha sido en particular a través del desarrollo de la *Ley Federal del Mar* que reguló la figura de las zonas marinas.

Es el art. 3° de esta ley el que establece que dichas zonas se encuentran comprendidas por el mar territorial, las aguas marinas interiores, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y las plataformas insulares, así como por cualquier otra permitida por el derecho internacional.

Sin embargo, la protección legal de estas zonas no se limita a esta ley, la Ley General de Vida Silvestre,

la de Puertos, la de Navegación y Comercio Marítimos, la orgánica de la Armada, la de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas o la de Hidrocarburos, lo mismo que el Código Penal Federal, son solo algunos ejemplos de la tutela jurídica que el Estado mexicano dirige sobre uno de sus componentes más importantes: el territorio, en sentido amplio.

Así, en una visión de intervención de las autoridades que interesan en este documento, las zonas marinas son reguladas por las leyes mexicanas en aras de evitar conductas en ellas desplegadas —como el narcotráfico que se vale de la transportación de droga mediante el empleo de lanchas en los mares mexicanos—, o que las afecten —como la afectación a ecosistemas marinos mediante actos de contaminación por vertimientos o por sustracción de la vida silvestre—.

Un tema importante de la protección de estas zonas lo constituye la visión del legislador (plasmada en los art. 24, 35 y 60 de la *Ley Federal del Mar*) respecto a que la soberanía de la nación se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial y las aguas marinas interiores, así como al lecho y al subsuelo de ese mar y esas aguas, espacios aéreos que también constituirán el ámbito de actuación de las autoridades encargadas de velar por su integridad, particularmente la Armada de México y, como se verá adelante, coadyuvando con ella la Guardia Nacional.

Lo anterior no excluye a otro tipo de autoridades que pueden llevar a cabo funciones de tipo policial (en un sentido amplio), pero sin atribuciones en el uso de la fuerza —como la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), la Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca (CONAPESCA), la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) o la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA)—, que de manera directa o indirecta tienen como objetivos la protección de las zonas marinas.

2.2. La protección naval de las zonas marinas mexicanas

La Armada de México es el componente de las FFAA con mayor alcance del poder militar fuera de nuestro territorio de que dispone el Estado mexicano para ejercer y/o proyectar su poder nacional.

La defensa marítima del territorio es asignada a las *Fuerzas Navales*,¹¹ ubicadas en los puertos de Tuxpan, Veracruz (la Fuerza Naval del Atlántico) y Manzanillo, Colima (la Fuerza Naval del Pacífico), las cuales son la primera línea de defensa del país, estando capacitadas para reaccionar en forma inmediata en caso de una crisis, a fin de proteger los intereses marítimos de la nación.

Asimismo, las funciones del Estado mexicano en la mar son ejercidas por la Secretaría de Marina por medio de 7 Regiones,¹² 13 Zonas y 14 sectores navales, distribuidos a lo largo del territorio nacional.

Para esto, el Ejército de Mar cuenta con un total de 249 unidades de superficie para ejercer el Poder Naval de la Federación sobre nuestros mares y costas (Alcalá, 2018), conformadas por patrullas oceánicas, costeras e interceptoras; buques de guerra anfibia, de apoyo logístico, remolcadores, auxiliares multipropósito, para dragado, veleros, y de investigación hidrográfica y oceanográfica, así como embarcaciones de búsqueda, rescate y salvamento y unidades de apoyo a los mandos navales (Alcalá, 2018, SEMAR, 2017).

En el ámbito terrestre, la Armada de México cuenta con 34 Batallones de Infantería de Marina desplegados en las siete regiones navales y el Cuartel General de Alto Mando con sede en la Ciudad de México, en tanto que, en su expresión aérea, la Marina de Guerra cuenta con 141 aeronaves de distinto tipo, de las cuales 65 son aeronaves de ala rotativa y 74 de ala fija (SEMAR, 2017).

Con los medios antes mencionados, la Armada de México coadyuva de manera permanente en el mantenimiento del orden constitucional del Estado mexicano y la seguridad interior mediante la ejecución de operaciones con unidades de superficie, aeronavales y de Infantería de Marina en las zonas marinas, costeras y, como ya se ha dicho, sus correspondientes espacios aéreos, en la jurisdicción de cada región naval en ambos litorales del país.

Tal situación se plasma en el art. 2° de la *Ley Orgánica de la Armada de México*, que establece como atribución de esta Fuerza Armada el llevar a cabo:

¹¹ Se trata de unidades orgánicas operativas integradas por el personal naval, unidades de superficie, aeronavales y de Infantería de Marina, organizados para el cumplimiento de la misión y atribuciones asignadas a la Armada de México, de conformidad con los art. 10 y 37 de la *Ley Orgánica de la Armada de México*.

¹² Las regiones navales son áreas geoestratégicas que agrupan a zonas y sectores Navales, unidades operativas, establecimientos y personal naval, según el art. 12 del mismo ordenamiento.

Figura 1. Regiones, zonas y sectores navales



Fuente: SEMAR (2019)

... acciones para salvaguardar la soberanía y la integridad del territorio nacional en el mar territorial, zona marítimo-terrestre, islas, cayos, arrecifes, zócalos y plataforma continental; así como en aguas interiores, lacustres y ríos en sus partes navegables, incluyendo los espacios aéreos correspondientes, así como vigilar los derechos de soberanía en la zona económica exclusiva.

3. La Armada de México y la Guardia Nacional como instituciones securitarias previstas por la Constitución general, su delimitación de competencias y la coordinación entre ellas en zonas marinas mexicanas

Aun cuando bajo la visión del concepto de la seguridad ampliada —que incluye dimensiones econó-

micas, territoriales, políticas sociales, humanas y ambientales (Oswald & Günter: 45 y 56)— diversas instituciones previstas por la Constitución pueden (y deben) ser consideradas como securitarias —como en el caso de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos¹³ (vinculada además con infraestructu-

¹³ Que es un “órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría del ramo en materia de Medio Ambiente, con autonomía técnica y de gestión”, con atribuciones para “regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades del sector hidrocarburos, incluyendo las actividades de desmantelamiento y abandono de instalaciones, así como el control integral de residuos”, según el art. Décimo Noveno Transitorio del DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

ras críticas) o la Fiscalía General de la República—, solo me referiré a aquellas que se encuentran encomendadas a la Armada y la Guardia Nacional, con miras a vincularlas con las zonas marinas mexicanas.

3.1. Competencias de la Armada de México

Ya he mencionado que la figura de la Armada de México se encuentra prevista en la propia Constitución, al referirse a ella como Armada o Marina de Guerra, como una expresión de la *Fuerza Armada permanente*, o las *instituciones armadas de la Unión*.

Este Ejército de mar tiene encomendadas, por el propio texto constitucional, funciones claras en materia de seguridad nacional en sus expresiones de seguridad interior y de defensa exterior de la Federación, pero además existen instrumentos internacionales vinculantes relativos al *derecho del mar*, así como leyes que regulan su actuación y le confieren funciones en materia de seguridad pública, al desempeñar tareas propias de una *Policía Marítima*, cuando se trata del ejercicio de sus atribuciones del tipo de *Guardia Costera* (GuaCo).¹⁴

Estas atribuciones policiales datan de 1940 (Valdés: 2020) y a nivel convencional, es la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (ConveMar) la que regula esas funciones policiales en materia de *Guardia Costera* para los *Estados Ribereños* (art. 21, 22, 25, 27, 1, d); 41, 42, 56, 1, b), iii); 108, 145, 146, 192, 193, 194 y 235, principalmente).

En el ámbito legal —en estricto sentido—, la *Ley Orgánica de la Armada de México* (art. 1° y 2°), la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* (art. 30, fracciones IV, V, VII, VII ter, VII quáter, XX, XXIV y XXV), la *Ley de Puertos* (art. 2°, fracciones X y XI; 19 bis y 19 ter) y la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (art. 2°, fracciones VII bis y VII ter; 7°, 8°, 9° y 163, particularmente las fracciones IX del art. 9° y la III del art. 28) regulan estas funciones policiales de la Secretaría de Marina.

Finalmente, en un ámbito terciario se encuentran el Reglamento del Centro Unificado para la Protección Marítima y Portuaria, el Manual de Operación del Centro Unificado para la Protección Marítima y Portuaria, el Acuerdo Secretarial número 039 por

el que se crean las Unidades Navales de Protección Portuaria (UNAPROP), en diferentes puertos marítimos de la República mexicana, a partir del 1 de abril de 2014, el Protocolo de Actuación del Personal Naval en Funciones de Guardia Costera y el Acuerdo Secretarial número 333, mediante el cual las UNAPROP tienen como misión el realizar acciones de vigilancia, verificación, visita, inspección y control en funciones de guardia costera dentro de los recintos portuarios en apoyo al ejercicio de la autoridad en materia de protección marítima y portuaria.

En todos esos cuerpos normativos se regulan funciones que son expresiones de la Armada mexicana en su modalidad de GuaCo, y se resumen (Alvarado, 2018c: 15-22) en el mantenimiento del Estado de derecho en las zonas marinas mexicanas, costas y recintos portuarios, a través de la prevención de infracciones de leyes y reglamentos en materia pesquera, aduaneros fiscales, de inmigración y sanitarios, así como de acciones de vigilancia, verificación, visita e inspección; la preservación del medio ambiente y la protección de recursos marinos; la búsqueda y rescate en la mar; la protección marítima y portuaria, la vigilancia de las zonas marinas y costas, la protección y reglamentación de tráfico marítimo y, sobre todo, la seguridad de la navegación del tráfico marítimo.

Desde ahora podrá adelantarse que existen múltiples funciones relacionadas con la protección de las zonas federales a cargo de la Armada mexicana, algunas que son expresiones claras de la SegNal y otras que se tratan de funciones de SegPub, y sobre estas últimas son sobre las que debe delimitarse las funciones policiales que cada una de las corporaciones en estudio tienen a su cargo, sobre cuáles existen competencias exclusivas para cada una de ellas y en qué casos podrán actuar de manera conjunta mediante la figura de la colaboración.

En principio, deberá tenerse muy presente que de las cuatro funciones policiales referidas (prevención, investigación, proximidad y reacción), la Armada de México no tiene atribuciones para llevar a cabo actos de investigación delictiva directas, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, sino excepcionales en esa materia, derivadas de sus funciones preventivas y de reacción que le colocan en una posición en la que, eventualmente en las zonas marinas mexicanas, costas y recintos portuarios, en el ejercicio de sus funciones de GuaCo, puede tener conocimiento de la

¹⁴ Una presentación detallada de las funciones de Guardia Costera a cargo de la Armada de México puede encontrarse en Alvarado, 2018 b: 15-22.

posible comisión de “un hecho que la ley señale como delito”, teniendo el deber de poner a disposición ante la autoridad competente a las personas, objetos, instrumentos y productos relacionados al mismo y fungir como Primer Respondiente (PR), pudiendo actuar como auxiliar del Ministerio Público “Civil” (en contraposición a militar), según las fracciones IX del art. 9º y la III del art. 28 de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, como ya se ha mencionado.

Por lo que toca a la investigación delictiva, esta no es una función a cargo de la Marina, ni de alguna de sus unidades administrativas, sino solo de algunos de los elementos de esta secretaría, limitándose a los casos en los que, dentro del ámbito de la justicia militar (FdG), se encuentren adscritos a la Policía Militar Ministerial —por haber sido designados por la Secretaría de Marina de manera permanente o que, en virtud de su cargo o comisión, desempeñen accidentalmente estas funciones—, pero dentro del esquema organizacional de la Secretaría de la Defensa Nacional, no de la SeMar, es decir, a cargo del Ejército de tierra, y no del marino, por pertenecer los Órganos del Fuero de Guerra a aquella secretaría, en particular la Fiscalía General de Justicia Militar, de quien depende la referida Policía Ministerial Militar, en términos del art. 28, fracción II de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y, particularmente, del art. 48 del Código de Justicia Militar.

Dicho esto, ahora toca ver cuáles son las funciones específicas en esos tres rubros de la SegPub que la Armada tiene a su cargo dentro de las zonas marinas.

3.1.1. Funciones de la Armada de México en materia de prevención del delito en zonas marinas

De acuerdo a la Ley Orgánica de la Armada de México, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Puertos, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas, el Reglamento del Centro Unificado para la Protección Marítima y Portuaria, el Manual de Operación del Centro Unificado para la Protección Marítima y Portuaria, los Acuerdos Secretariales números 039 y 333, así como por el Protocolo de Actuación del Personal Naval en Funciones de Guardia Costera, a esta Fuerza Armada Permanente le corresponden las siguientes funciones de prevención del delito en las zonas marinas mexicanas, costas y recintos portuarios:

- i. Regular y vigilar la seguridad de la navegación y supervisar a la marina mercante;
- ii. Administrar y operar el señalamiento marítimo, así como proporcionar los servicios de información y seguridad para la navegación marítima;
- iii. Proteger el tráfico marítimo, fluvial y lacustre, en las zonas marinas mexicanas, aguas interiores navegables y donde el Mando Supremo lo ordene;
- iv. Establecer las áreas restringidas a la navegación, incluidos los espacios aéreos correspondientes, en coordinación con las autoridades competentes;
- v. Llevar a cabo acciones de verificación en materia de vertimiento de desechos y otras materias al mar distintas al de aguas residuales;
- vi. Proteger los recursos marítimos, fluviales y lacustres nacionales, así como participar en toda actividad relacionada con el desarrollo marítimo nacional;
- vii. Coadyuvar en el cumplimiento de los tratados o convenios internacionales en los que México sea parte en materia de protección marítima y portuaria;
- viii. Realizar acciones de vigilancia, visitas e inspección;
- ix. Establecer, en coordinación con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la protección marítima y portuaria que aplicará el Centro Unificado para la Protección Marítima y Portuaria (CUMAR);
- x. Fungir como instancia coordinadora de las acciones que realicen las autoridades de los tres órdenes de gobierno en materia de protección marítima y portuaria;
- xi. Regular y vigilar la seguridad de la vida humana en el mar y supervisar a la marina mercante;
- xii. Vigilar y proteger el medio marino dentro del área de su responsabilidad, actuando por sí o en colaboración con otras dependencias e instituciones nacionales o extranjeras;
- xiii. Inspeccionar, patrullar y llevar a cabo labores de reconocimiento y vigilancia para preservar, las Áreas Naturales Protegidas, en coordinación con las autoridades competentes;

- xiv. Intervenir en la prevención y control de la contaminación marítima;
- xv. Ejercer funciones de GuaCos;
- xvi. Garantizar el cumplimiento del orden jurídico en las zonas marinas mexicanas por sí o coadyuvando con las autoridades competentes en el combate al terrorismo, contrabando, piratería en el mar, robo de embarcaciones pesqueras, artes de pesca o productos de esta, tráfico ilegal de personas, armas, estupefacientes y psicotrópicos, y
- xvii. Proteger instalaciones estratégicas del país.

Todas estas acciones son expresiones de las facultades preventivas del tipo de Policía Marítima que tiene la Armada, concretamente o de manera referencial en el desempeño de sus obligaciones de Guardia Costera, pero en particular las últimas seis (de la xii a la xvii) son del tipo preventivo delictivo.

Un ejemplo de esta situación la constituye el patrullaje preventivo que pudiera llevar a cabo el personal de la Armada de México en funciones de Guardia Costera en coordinación con otras autoridades —como es el caso de la PROFEPA— en zonas marinas como el Mar de Cortés, dentro de la Reserva de la Biósfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, para detectar delitos contra el ambiente, en su modalidad de delitos contra la biodiversidad, ya sea por la pesca, extracción, posesión o causación de daños de ejemplares de especies protegidas como la totoaba o la vaquita marina, o de las que cuentan con veda, como la langosta, el camarón, el pepino de mar o el caracol.

Este patrullaje bien lo podría llevar a cabo únicamente la PROFEPA, la CONAPESCA o la CONANP, sin auxilio de la Armada, pero al no tener aquellas instituciones atribuciones para el uso de la fuerza deberán ir acompañadas de instancias legitimadas para hacer uso de la misma, sin embargo, ni los Ejércitos regulares de tierra o aire, ni la Policía Federal (la GN) cuentan con atribuciones para ello, lo que solo deja a la Armada en condiciones de actuar, ya sea por su propia cuenta, o en coordinación con otras autoridades, como las mencionadas en este párrafo.

3.1.2. Funciones de la Armada de México en materia de reacción en zonas marinas

De la normatividad especializada que regula la actuación de la Marina de Guerra se desprenden las siguientes funciones a ella encomendadas en materia de reacción policial, las cuales pueden estar duplicadas (superpuestas) con las mencionadas del tipo de la prevención, puesto que, dependiendo de la situación en concreto, estas serán expresiones de uno u otro tipo de acciones policiales:

- i. “Garantizar el cumplimiento del orden jurídico en las zonas marinas mexicanas por sí o coadyuvando con las autoridades competentes en el combate al terrorismo, contrabando, piratería en el mar, robo de embarcaciones pesqueras, artes de pesca o productos de esta, tráfico ilegal de personas, armas, estupefacientes y psicotrópicos”;
- ii. Realizar acciones de vigilancia, visitas e inspección;
- iii. Poner a disposición ante la autoridad competente a las personas, objetos, instrumentos y productos relacionados con la posible comisión de un delito, cuando en ejercicio de estas funciones tenga conocimiento del mismo;
- iv. Fungir como instancia coordinadora de las acciones que realicen las autoridades de los tres órdenes de gobierno en materia de protección marítima y portuaria, y
- v. Realizar acciones para proporcionar seguridad marítima en caso de accidentes o incidentes de embarcaciones.

3.1.3. Funciones excepcionales de la Armada de México en materia de investigación del delito en zonas marinas derivadas de su intervención como Guardia Costera

Algunas acciones muy puntuales, más de coadyuvancia que de investigación directa (pero de investigación, finalmente) de la Armada —más allá de las que tiene encomendadas como auxiliar el Ministerio Público Militar, incluso dentro de la justicia no militar—, se encuentran conformadas por las obligaciones que tiene por su carácter de GuaCo. De manera tal que el art. 30, fracción IV, inciso b, § segundo, de

la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, lo mismo que en el 2º, fracción V, inciso a) § segundo, de la Ley Orgánica de la Armada de México establecen que, cuando la Armada en ejercicio de sus funciones en las zonas marinas, su espacio aéreo, costas del territorio y recintos portuarios tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho que la ley señale como delito, el personal de aquella deberá poner a disposición ante la autoridad competente a las personas, objetos, instrumentos y productos relacionados al hecho delictivo.

Aunado a estas obligaciones, el *Protocolo de Actuación del Personal Naval en Funciones de Guardia Costera* dispone deberes jurídicos adicionales¹⁵ a esta expresión del Ejército como Primer Respondiente (Alvarado, 2018a: 171-180), además de prever la creación de un documento cuya naturaleza es la de un *informe policial homologado* (IPH), denominado por el propio protocolo como *Informe de Actividades de Guardia Costera* (IAGuaCos).

Este protocolo se plantea cuatro objetivos muy específicos para el personal naval en funciones de GuaCos en materia de: (i) actuación ante un hecho de flagrancia y procesamiento de la evidencia, (ii) puesta a disposición ante el Ministerio Público, (iii) coordinación y colaboración con otras autoridades de SegPub, y (iv) capacitación.

Si en el desarrollo de sus funciones de PR, el personal naval en funciones de GuaCos detuviera una embarcación dentro del Mar Territorial —ya tan solo a 10 millas marinas de tocar la costa mexicana en el estado de Guerrero— en la que en su interior se transportaran niñas y mujeres indocumentadas, provenientes de algún país de Centroamérica para ser introducidas a nuestro país ilícitamente, mediante un pago de dinero en efectivo,¹⁶ la Armada de México debería intervenir como Policía Marítima y actuar como Primer Respondiente.

¹⁵ Respecto a las funciones/deberes con que cuenta como PR el personal de la Armada (tanto las genéricas para cualquier servidor público en ejercicio de funciones públicas, como las específicas para los servidores públicos cuando coadyuven con las autoridades responsables de la seguridad pública, y las especializadas en ejercicio de sus funciones de SegPub (las de intervención y las de evitación), véase (Alvarado, 2018 a: 171-180).

¹⁶ En virtud de que pudiera tratarse de una expresión de la delincuencia organizada que trafica con personas, competencia de la Armada de México en términos del art. 2º, fracción XI de la LOAM, con relación a los art. 2º, § primero, fracción III de la LFDO y el 159, § primero, fracción II de la Ley de Migración.

3.2. Competencias de la Guardia Nacional

Las funciones en materia de seguridad encomendadas a la Guardia Nacional quedan muy claras no solo en el texto constitucional, sino en la propia ley que la rige. Así, el art. 5º señala que su objetivo es “realizar la función de seguridad pública a cargo de la Federación”, es decir, por antonomasia, se trata de la institución policial del Estado mexicano en el ámbito federal, por lo que en principio deberá ser competente en el grueso de las funciones policiales que la federación tiene encomendadas, en tanto que la Armada tendrá competencias excepcionales y mucho más restringidas, tanto en funciones (por materias), como en áreas geográficas para su operación, limitándose esas funciones policiales, como ya se ha sostenido, a las zonas marinas.

Sin embargo, del contenido de la propia ley de la GN se desprenden fines que pudieran parecer contrapuestos con los de la AM, o por lo menos que existe una competencia compartida con esta en materias que, de suyo, solo competen a esta Fuerza Armada, como se explicará en las líneas siguientes.

En principio, el art. 6º de la ley de la GN señala esos fines en tres puntos que resultan relevantes en materia de SegPub policial:

- i. Salvaguardar la vida, integridad, seguridad, bienes y derechos de las personas, así como preservar las libertades;
- ii. Contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social,
- iii. Salvaguardar los bienes y recursos de la Nación.

Y en particular, dos funciones policiales —en materia de prevención y de investigación— tiene encomendadas la GN, y son de la mayor relevancia para poder explicar la distribución de competencias entre las instituciones securitarias en estudio. Estas funciones son mencionadas en el art. 7º de la ley de la Guardia: “(i) Prevenir la comisión de delitos y faltas administrativas, y (ii) Investigar la comisión de delitos, bajo la conducción y mando del Ministerio Público competente en el ejercicio de esta función”.

A fin de hacer más fácil la explicación, inicio el estudio con la función de investigación delictiva bajo la conducción y mando ministerial. En este sentido,

resulta evidente que las facultades de la GN en materia de investigación deberán llevarse a cabo en cualquier parte del territorio nacional,¹⁷ lo mismo en tierra firme que en zonas marinas, cuando así lo requiera el Ministerio Público. Por ejemplo, si se cometiera un homicidio del orden federal que estuviera investigando la Fiscalía General de la República y se auxiliara de la GN para ello, esta podría acudir al lugar de los hechos para intervenir y buscar evidencia, testigos y, en general, información penalmente relevante (desde la perspectiva criminalística).

Ante este escenario, la GN podría acudir a investigar en el interior de un barco, un avión, una playa, un manglar, un muelle, el desierto, un bosque, un edificio, una carretera, una plaza comercial, un jardín de niños, una casa habitación, un restaurante, una plaza cívica o cualquier otro lugar en el que se hubiese cometido un delito.

En cambio, en materia de prevención de la comisión de delitos y faltas administrativas, esas atribuciones se encuentran restringidas ante las que le son otorgadas a la Armada de México, precisamente en las zonas marinas, según se verá adelante.

3.2.1. Funciones de la Guardia Nacional en materia de prevención del delito en zonas marinas

Con base en la Ley de la Guardia Nacional, el objetivo de esta institución policial es la realización de las funciones de SegPub a cargo de la federación, lo que implicaría, en principio, facultades respecto de todas las funciones de seguridad pública (prevención, investigación, proximidad y reacción) de todas las expresiones delictivas del orden federal en todo el territorio nacional.

Si sus fines son, entre otros, salvaguardar los bienes y recursos de la nación (LGN: art. 6º, fracción III), y dentro de esos recursos y bienes se encuentran los recursos naturales como los hídricos, la zona federal marítimo terrestre, las aguas marinas interiores, así como muchos otros recursos de la nación, hasta este

¹⁷ Que comprende el de las partes integrantes de la federación; las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico; la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional y las marítimas interiores, así como en el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional, de conformidad con el art. 42 constitucional.

momento pareciera que en la prevención delictiva la GN podrá intervenir en zonas marítimas, situación que no es así por las razones siguientes.

Más allá de que la SeMar y la Armada tienen encomendadas esas funciones policiales en las zonas marinas (ZZMM) a través de diversas leyes y de manera expresa, y de que las interpretaciones normativas deben realizarse de manera sistemática y no aislada (atendiendo y argumentando solo al criterio cronológico), así como del deber de observar el principio de especialidad, la novísima ley que regula a la GN hace las precisiones necesarias para considerar (bien de manera expresa, bien de forma sistémica) que aquellas zonas geográficas de nuestro territorio no se encuentran dentro de las competencias de este nuevo cuerpo policial federal.

A través de una manifestación expresa, la propia LGN establece (art. 9º, fracción II, inciso a) como atribuciones y obligaciones de este cuerpo securitario intervenir para prevenir la comisión de delitos en “la tierra firme de los litorales”, así como en aduanas y recintos fiscales, *exceptuados los marítimos*, situación que debería ser suficiente —sobre todo a la luz de la normatividad ya invocada en materia de GuaCo o policía marítima— para sostener la no intervención de la GN en las ZZMM.

Sin embargo, no se desconoce que existen otras disposiciones de esa misma norma que podrían generar confusiones en el ámbito de la distribución de competencias en este segmento en particular. Así, que pueda intervenir en las siguientes funciones vinculadas con aguas nacionales (AANN), pudiera generar esa confusión:

- i. Prevención delictiva en parques nacionales, instalaciones hidráulicas y vasos de las presas, embalses de los lagos y cauces de los ríos;
- ii. Prevención del delito en todos aquellos lugares, zonas o espacios del territorio nacional sujetos a la jurisdicción federal, así como las instalaciones estratégicas (entre las que se encuentran complejos petrolíferos, presas o hidroeléctricas), conforme a lo establecido por las leyes respectivas, y
- iii. Ejercer, para fines de seguridad pública, la vigilancia e inspección sobre la entrada y salida de mercancías y personas en los ae-

ropuertos, aduanas, recintos fiscales, secciones aduaneras, garitas y puntos de revisión aduaneros; así como para los mismos fines sobre el manejo, transporte o tenencia de mercancías en cualquier parte del territorio nacional.

Pero esta aparente antinomia que podría generarse no lo es tal si se tienen presentes —además de la interpretación sistemática en la que he insistido— otras normas previstas en el mismo cuerpo legislativo:

- i. La GN actuará en aduanas, recintos fiscales, secciones aduaneras, garitas o puntos de revisión aduaneros, pero sin considerar a los de tipo marítimos y solo en auxilio y coordinación con las autoridades responsables en materia fiscal, naval o de migración establece [art. 9º, fracción II, inciso b)];
- ii. La prevención delictiva a cargo de la GN respecto de los medios de transporte en las vías generales de comunicación¹⁸ [art. 9º, fracción II, inciso a)] incluiría tanto a las ZZMM como al espacio aéreo situado sobre estas,¹⁹ pero de forma expresa la misma disposición tan solo refiere como espacios susceptibles de intervención de esta Policía a las carreteras federales, las vías férreas, los aeropuertos y el espacio aéreo, dejando de lado a cualquier forma de AANN;
- iii. Incluso, una de las expresiones de la SegPub no penal a cargo de la GN (referida a las sanciones de las infracciones administrativas), se encuentra a cargo de esta Policía (art. 9º, fracción XXXII) en materia de tránsito en los caminos y puentes federales, operación de los servicios de autotransporte federal,

¹⁸ Debiendo entender por estas los caminos y puentes (art. 2º, fracción XVI de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal); el mar territorial, la zona económica exclusiva y las aguas marinas interiores, los ríos navegables y sus afluentes que también lo sean, los vasos, lagos, lagunas y esteros navegables, así como canales que se destinan a la navegación, siempre que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar, o que en todo o en parte sirvan de límite al territorio nacional, o a dos o más entidades federativas, o que pasen de una entidad federativa a otra, o crucen la línea divisoria con otro país (art. 3º de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos), y el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional (art. 1º, § segundo de la Ley de Aviación Civil.

¹⁹ De conformidad con los art. 24 de la Ley Federal del Mar y, 1º, § segundo de la Ley de Aviación Civil.

sus servicios auxiliares y transporte privado, restringido tan solo a cuando circulen en la zona terrestre de las vías generales de comunicación, no así dentro de las AANN, lo que no la sitúa como una Policía de tránsito acuático.

- iv. En síntesis, no se excluye la actuación de la GN en materia de prevención del delito en AANN, tan solo en aguas marinas,²⁰ puesto que, para este dominio territorial, se encuentra reservada la competencia a favor de la AM en funciones de GuaCo.
- v. De tal suerte que las demás facultades a cargo de la GN en materia de prevención deberán entenderse limitadas a no ser ejercidas dentro de las ZZMM. Tales facultades son las siguientes:
 - a. Realizar investigación para la prevención de los delitos;
 - b. Generar inteligencia preventiva en lugares públicos a través de la sociedad, para evitar el fenómeno delictivo;
 - c. Llevar a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados (infiltración de agentes o agente provocador) en la investigación para la prevención de delitos;
 - d. Solicitar a los concesionarios, permisionarios, operadoras telefónicas y todas aquellas comercializadoras de servicios en materia de telecomunicaciones o de sistemas de comunicación vía satélite, la información con que cuenten, así como la georreferenciación de los equipos de comunicación móvil en tiempo real, para el cumplimiento de sus fines de prevención de los delitos;
 - e. Solicitar la intervención preventiva de comunicaciones privadas;
 - f. Estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de combate a la delincuencia, y
 - g. Realizar acciones de vigilancia, identificación, monitoreo y rastreo en la red pública de Internet sobre sitios web, con el fin de prevenir conductas delictivas.

²⁰ Que en términos del art. 3º, fracción V de la Ley de Aguas Nacionales son aquellas aguas que se encuentran dentro de las ZZMM.

3.2.2. Funciones de la Guardia Nacional en materia de reacción en zonas marinas

Estas funciones referidas a la GN tienen las mismas características que aquellas que ya fueron analizadas en materia de prevención delictiva, con la mención adicional de que en ambas expresiones de la SegPub podrían existir competencias a favor de este cuerpo Policial solo en los casos en los que, a través de la figura de la colaboración, la GN auxilie a la AM en las funciones que esta tiene encomendadas al respecto dentro de las ZZMM.

3.2.3. Funciones de la Guardia Nacional en materia de investigación del delito en zonas marinas

Estas funciones son las más prolijas en la regulación que se hace en la LGN y, como ya he mencionado, la intervención de las Policías de investigación (bien sean las federales, como las que están a cargo de las Fiscalía General de la República o la Guardia Nacional; o locales, como las que pertenecen a las fiscalías y/o procuradurías generales de justicia estatales) no se encuentra restringida a ningún tipo de lugares dentro del territorio nacional, tan solo existe una división por competencias territoriales o espaciales que incluso puede ser muy difusa, sobre todo ante la posibilidad de que las autoridades locales investiguen hechos delictivos en los que aún no se haya definido la competencia a favor de la federación o del fuero común, o hechos delictivos del fuero federal en auxilio de la justicia federal o por una competencia concurrente.

Estas expresiones de la investigación delictiva se establecen en la LGN de la siguiente manera, a cargo de la nueva Policía de la federación:

- i. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delitos;
- ii. Verificar la información que reciba sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito y, en su caso, hacerla del conocimiento del Ministerio Público;
- iii. Realizar, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, las investigaciones de los delitos cometidos, así como las actuaciones que les instruya aquel o la autoridad jurisdiccional;

- iv. Dar cumplimiento a las órdenes de aprehensión y demás mandatos ministeriales y jurisdiccionales de que tenga conocimiento con motivo de sus funciones;
- v. Realizar la detención de personas y el aseguramiento de bienes relacionados con hechos delictivos;
- vi. Informar a la persona, al momento de su detención, sobre los derechos que en su favor establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- vii. Realizar el registro inmediato de la detención de las personas, en los términos señalados en la ley de la materia;
- viii. Poner a disposición de las autoridades competentes, sin demora, a personas y bienes en los casos en que, por motivo de sus funciones, practique alguna detención o lleve a cabo algún aseguramiento de bienes, observando en todo momento el cumplimiento de los plazos establecidos en las disposiciones constitucionales y legales que resulten aplicables;
- ix. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo, la integridad de los indicios, huellas o vestigios, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, dando aviso de inmediato al Ministerio Público. Para estos efectos, contará con unidades facultadas para el procesamiento del lugar de los hechos;
- x. Requerir a las autoridades competentes y solicitar a las personas informes y documentos para fines de investigación;
- xi. Realizar los registros de los actos de investigación que lleve a cabo, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales;
- xii. Emitir los informes, partes policiales y demás documentos relativos a sus investigaciones y, en su caso, remitirlos al Ministerio Público;
- xiii. Proporcionar atención a víctimas, ofendidos o testigos del delito; para tal efecto deberá:
 - a. Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones legales aplicables;
 - b. Procurar que reciban atención médica o psicológica, cuando sea necesaria;

- c. Adoptar las medidas que se consideren necesarias tendientes a evitar que se ponga en riesgo su integridad física o psicológica, en el ámbito de su competencia, y
 - d. Asegurar que puedan llevar a cabo la identificación del indiciado sin riesgo para ellos;
 - xiv. Entrevistar a las personas que puedan aportar algún dato o elemento para la investigación en caso de flagrancia o por mandato del Ministerio Público, en términos de las disposiciones aplicables debiendo dejar constancia de las entrevistas que se practiquen, y
 - xv. Incorporar a las bases de datos del Sistema Nacional de Información en Seguridad Pública la información que pueda ser útil en la investigación de los delitos y utilizar su contenido para el desempeño de sus atribuciones, sin afectar el derecho de las personas a la protección de sus datos personales.
- ii. Participar con otras autoridades federales, locales o municipales en operativos conjuntos, y
 - iii. Suscribir convenios o instrumentos jurídicos con otras instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno y organizaciones no gubernamentales para el desempeño de sus atribuciones.

La operación de las instituciones en materia de coordinación va más allá de la posibilidad de que estas suscriban convenios o instrumentos jurídicos de cualquier tipo, debido a que la LGN establece la figura de la *Coordinación Operativa Interinstitucional* (art. 86), misma que deberá ser de carácter permanente y estará integrada por representantes de las Secretarías de:

- i. Seguridad y Protección Ciudadana;
- ii. Defensa Nacional, y
- iii. Marina.

3.3. La coordinación entre la Armada de México y la Guardia Nacional en zonas marinas mexicanas

Debemos partir de la base de que, las leyes que regulan las actuaciones policiales de ambas instituciones disponen la posibilidad de que estas actúen de manera coordinada con otras autoridades que resulten competentes.

Para el caso de la AM, de manera genérica se señala que esta ejerce sus atribuciones ya sea por sí o conjuntamente con el Ejército y Fuerza Aérea, lo mismo que en coadyuvancia con las dependencias del Ejecutivo federal (art. 3° de la LOAM), y de forma concreta, para inspeccionar, patrullar y llevar a cabo labores de reconocimiento y vigilancia, para preservar las áreas naturales protegidas, podrá hacerlo en coordinación con las autoridades competentes y de conformidad con las disposiciones aplicables (art. 30, fracción XXV de la LOAPF).

Por su parte, la GN podrá llevar a cabo las siguientes acciones (art. 9°, fracciones XXV, XXVIII y XLI de la LGN) de coordinación:

- i. Colaborar con otras autoridades federales en funciones de vigilancia, verificación e inspección;

De tal suerte que la Coordinación Operativa Interinstitucional (COI) entre la Armada de México y la Guardia Nacional en las zonas marinas mexicanas no se encuentra supeditada a la firma de ningún tipo de convenio, puesto que existe disposición normativa obligatoria para ambas dependencias.

En lo particular, considero que la intervención de la GN para coadyuvar con la AM en sus atribuciones de GuaCo podría darse sobre la premisa que estas funciones de prevención del delito en esos espacios geográficos de la nación se encuentran a cargo de esta Fuerza Armada permanente y la intervención de la GN sería tan solo en auxilio de la misma.

Por el contrario, tratándose de las funciones excepcionales de la AM para la investigación del delito y las genéricas de las GN en este mismo rubro —ambas dentro de las zonas marinas mexicanas—, tampoco se encuentran supeditadas a la suscripción de ningún instrumento jurídico ni son excluyentes, salvo por el hecho de que la Marina de Guerra puede participar en una detención en flagrancia, pues se encuentra en las ZZMM realizando funciones de Policía Marítima, en tanto que la GN no estaría en condiciones de hacer esto, salvo en función de su posible coadyuvancia, eminentemente auxiliar, para esta Fuerza Armada.

También resulta muy conveniente señalar que, una vez cometido el delito e iniciada la investigación (ya sea en su fase preliminar o en la complementaria), el MP solo puede dirigir y conducir la investigación a través de las Policías que tienen funciones de investigación, lo que excluye a la AM, pues sería como la situación de una Policía Auxiliar o una Preventiva, que pueden detener en flagrancia, ser primeros respondientes, en ocasiones tener capacidades para procesar²¹ el lugar de los hechos, pero no pueden continuar con la investigación que el órgano ministerial conduzca.

En este orden de ideas, ambas Policías, tanto la Armada de México en funciones de Guardia Costera, como la Guardia Nacional, podrán ser considerados como primeros respondientes, con las obligaciones inherentes para estas figuras procesales, lo que constituye una serie de retos muy importantes en el desarrollo de sus actividades, ya sean independientes o coordinadas.

Vale la pena mencionar en este momento que tales responsabilidades de intervención como primeros respondientes, en el caso de la AM, no le es aplicable a todas las manifestaciones securitarias, por ejemplo, el personal adscrito a los Centros Unificados para la Protección Marítima y Portuaria (CUMAR), que intervienen incluso en apoyo a las Unidades Navales de Protección Marítima y Portuaria (UNAPROP), solo pueden considerarse obligados si intervienen en funciones de GuaCo, como Policía Marítima.

²¹ De conformidad con el apartado “B5. Priorización” del *Protocolo de actuación del personal naval en funciones de Guardia Costera*, la AM puede fungir como Policía para procesar cuando se trate de su intervención en “zonas marinas, zonas remotas o de difícil acceso, donde no exista autoridad cercana”, lo mismo recolectando que identificando, embalando etiquetando y documentando (mediante fotografías, videograbación y/o croquis) los indicios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo, para después resguardarlos, trasladarlos y ponerlos a disposición en sede ministerial junto con su *Informe de Guardia Costera*, salvo tratándose de cadáveres, en cuyo caso deberán trasladarse al puerto o población que el Mando Naval coordine con el Ministerio Público de la Federación para su entrega. Sin embargo, existen posturas doctrinarias que sostienen una situación diversa: “De manera sintética, las normas parecen señalar con claridad que el papel de las Fuerzas Armadas habrá de ser el de resguardar el lugar de los hechos y hacer de conocimiento de la autoridad investigadora para su intervención en el procesamiento de los indicios. La policía tiene las mismas obligaciones, pero cuenta con facultades adicionales para preservar, documentar y priorizar indicios, así como para auxiliar a la autoridad investigadora en el traslado de los mismos” (CASTILLA, 2018: 17 y 18). Tal postura quizá se deba a la fecha de publicación del referido protocolo, posterior a la manifestación señalada.

De un recuento de las actuaciones exclusivas, coincidentes o conjuntas (mediante la Coordinación Operativa Interinstitucional) entre la Armada de México y la Guardia Nacional en las zonas marinas mexicanas, se desprende que tanto el Mando Naval como el Comandante Operativo de la Guardia Nacional tienen deberes muy concretos, lo mismo que retos que deben enfrentar.

3.3.1. Retos que deberán enfrentarse

Sobre esto existen ya algunas manifestaciones doctrinarias que han sido planteadas entre las FFAA y los cuerpos policiales de carácter federal, en general, así como referidas en concreto para la GN en lo particular, las que resultan *ad hoc* para el entendimiento de las necesidades y los retos, tanto presentes como futuros de estos cuerpos securitarios.

Como señala Castilla, es en los detalles de la operación conjunta en donde “se esconde el diablo para poner dificultades en la búsqueda de la tan ansiada coordinación” (Castilla, 2018: 11), por lo que a continuación se presentan esos retos a atender en la concreción de la COI entre Guardia Nacional y Armada de México a través de sus respectivos comandantes:

- i. Fortalecimiento de las instituciones, partiendo de la ampliación del estado de fuerza disponible, hasta el establecimiento de sistemas claros y robustos de carrera y profesionalización (Castilla, 2018: 8);
- ii. Robustecer los mecanismos de intercambio de información, para no abrir espacios que permitan —bien por la existencia de lagunas legales o bien por la presencia de vacíos operativos— resguardos de impunidad (Castilla, 2018: 20);
- iii. Lograr mayores estándares de eficiencia y de colaboración (Castilla, 2018: 20);
- iv. Fortalecer el trabajo en equipo, orientándolo al resultado final de la misión, más que al deslinde de las responsabilidades propias de cada institución y al estrecho cumplimiento de sus atribuciones (Castilla, 2018: 20);
- v. Coordinación y eficiencia en el aseguramiento del lugar, la preservación de la evidencia y el establecimiento de una adecuada cadena

- de custodia (Castilla, 2018: 11), sobre todo ante la dualidad de competencias actuales;²²
- vi. La priorización en la protección de los derechos humanos (Castilla, 2018: 8; Gomár, 2019: 71);
 - vii. Reorientar el modelo policial tanto en su diseño como en su actuación, a fin de lograr “la pacificación del país, mejorar los niveles de estado de derecho y el bienestar de la ciudadanía, sin olvidar que, lo fundamental es realizarse en total apego al marco legal nacional e internacional” (Gomár, 2019: 71);
 - viii. Diferenciar los diversos niveles de intensidad e intervención en las operaciones, tanto en el uso de la fuerza como en la restricción de derechos y uso de atribuciones (Alvarado, 2018c; Gomár, 2019: 57; Cortés, 2018: 84);
 - ix. Establecer un lenguaje de combate común, a fin de evitar el exceso en el uso de la fuerza en el cumplimiento de la misión (Gomár, 2019: 57);
 - x. Desarrollar la aplicación del *Derecho Operacional*²³ (DOper) para ambas instituciones (Alvarado, 2018c);
 - xi. Implementar la figura del *Asesor Jurídico Operacional* (AsJOper), quien deberá contar con conocimientos profundos en dos grandes rubros: (i) jurídicos, y en (ii) ciencias militares y/o policiales (Alvarado, 2018c: 85);
 - xii. Reforzar la doctrina jurídica de ambas instituciones con herramientas de gestión como el Modelo Jurídico de DOper con visión no solo táctica, sino estratégica (Gomár, 2019: 45);
 - xiii. Homologar criterios, debiendo anticiparnos en el plano operativo “incluso a los criterios de interpretación que los órganos jurisdiccionales habrán de realizar conforme el sistema adquiera carta de naturalización” (Castilla, 2018: 20);
 - xiv. Capacitar a todos los operadores del sistema en todos los niveles, y hacerlo de manera constante y conjunta (Vallejo, 2018: 35; Castilla, 2018: 20), a fin de construir: (a) “un lenguaje común que abra canales fluidos de cooperación interinstitucional” (Castilla, 2018: 20), así como (b) “un criterio valorativo y un análisis objetivo para determinar su actuar” (Montealegre, 2018: 48), y
 - xv. Contar con comandantes (en el sentido amplio del DOper) que se hagan cargo del adiestramiento y entrenamiento de sus tropas en materia de las Reglas de Enfrentamiento (RoE, por sus siglas en inglés: *Rules of Engagement*), así como en DOper, y asegurarse de que previo al inicio de una operación (Alvarado, 2018c: 93), “sus subalternos sean informados de la manera más apropiada, clara y sencilla, del significado y aplicación de estas reglas” (Comando General de las Fuerzas Militares: 112).

En este orden de ideas y, sabedores de que en la práctica habrán múltiples formas de intervención de ambas instituciones, y por consiguiente diversas formas de COI, es menester que estos cuerpos securitarios tengan claras sus atribuciones, obligaciones, limitantes y derechos en el desempeño de las operaciones en las que intervengan, que sepan diferenciar con absoluta claridad si se encuentran en presencia de una operación que pertenece al campo de acción del Derecho Internacional Humanitario (DIH) o del diverso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y por consiguiente las normas aplicables, el nivel en el uso de la fuerza, etc.

Así, por ejemplo, el criterio sostenido tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por la doctrina, de que tratándose de seguridad pública existen diferentes niveles de contacto entre la autoridad y las terceras personas para efectos de prevenir, investigar y perseguir las posibles conductas delictivas, que implica la restricción temporal de la libertad personal a

²² Acerca de este rubro, el propio Castilla refiere que “cabría preguntarse si un deslinde de atribuciones tan riguroso tiene el riesgo de convertirse en un obstáculo para la adecuada coordinación” (Castilla, 2018: 18).

²³ Entendido como “el conjunto de normas (tratados internacionales, leyes nacionales y criterios jurisprudenciales) impuestas por los propios países a sus FA, encaminadas a orientar las estrategias, tácticas, planeamiento, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones, operativos y procedimientos militares, ya sean terrestres, navales o aéreos, para la utilización de la potencia de fuego y la conducción del uso de la fuerza para: (i) las hostilidades, como antagonismos a la seguridad nacional mediante la defensa exterior, con los parámetros del Derecho Internacional Humanitario, y (ii) los antagonismos para la seguridad interior y/o la seguridad pública en tiempo de paz bajo los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Alvarado, 2018c: 83).

través del *control preventivo provisional* o la privación de dicho derecho a partir de una *detención en flagrancia* (Tesis 1a. XCIV/2015), que tiene como consecuencia que se considere que “las Fuerzas Armadas solo pueden realizar detenciones en flagrancia cuando el conocimiento de esta, sea autónomo, no así cuando se trate de un control provisional preventivo, pues este se ejerce por las autoridades que realizan funciones de seguridad pública” (Cortés, 2018: 84) no debe ser observado para el caso de los eventuales controles provisionales preventivos que pueda realizar el personal de la AM en funciones de GuaCo.

Como se ha sostenido, su intervención es en su condición de Policía Marítima y además puede ser a título de Marina de Guerra, como Ejército regular, en cumplimiento de toda la normatividad nacional e internacional, pudiendo en consecuencia, por ejemplo:

- i. Ejercer el *derecho de visita* a un buque extranjero que se encuentre en la alta mar y que no goce de completa inmunidad;
- ii. Ejercer “jurisdicción penal” a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, o
- iii. Realizar una *visita de inspección* a un buque nacional en la zona contigua.

Ante estos escenarios, el comandante deberá tener claridad de aquello que tiene frente sí, para entonces estar en condiciones de corroborar que su personal:

- i. Conozca, entienda, aprenda y aplique correctamente las ROE y el DOper;
- ii. Cuente con entrenamiento en el uso de la fuerza con base en el conjunto de reglas seleccionadas, y
- iii. Tenga entrenamiento en el procedimiento para la autorización y el cambio de un conjunto de reglas a otro.

Pues para el primero de los ejemplos, el ejercicio del *derecho de visita*, la actuación del comandante y las tropas bajo su mando deberá contar con la perspectiva del derecho internacional, pues podrán actuar desde un buque de guerra en alta mar, pudiendo apresar a cualquier persona que se encuentre realizando transmisiones no autorizadas y, en vías de consecuencia, confiscar el equipo emisor, o simplemente inter-

venir ante la mera sospecha de que el buque extranjero es utilizado para cometer los delitos de piratería o el de trata de personas en su modalidad de esclavitud.²⁴

Pero su intervención será muy diversa cuando actúen en ejercicio de la “jurisdicción penal” a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial para detener a alguna persona o realizar investigaciones con relación al delito de delincuencia organizada transnacional por el tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas cometido a bordo de dicho buque durante su paso.²⁵

Y qué decir de su actuación en coordinación con la PROFEPA para tripular una patrulla oceánica de largo alcance (POLA) en compañía de inspectores de esa procuraduría, en la que, en ejercicio de las funciones de inspección de ambas autoridades, detienen a una embarcación pesquera tripulada por cinco personas que se dedican al tráfico de totoaba en posesión de cinco de esos ejemplares de pescado dentro de la zona marítima que, a su vez, es un área natural protegida, denominada *Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado*, debiendo para ello detener en flagrancia, asegurar a las personas, la embarcación, los objetos de pesca que se encontraban en la misma y a los ejemplares de totoaba; procesar el lugar de los hechos y poner a disposición física y jurídica del Ministerio Público los objetos y personas aseguradas, al tiempo que entregan el referido Informe de GuaCo.²⁶

Tales situaciones de facto ponen en relieve la importancia del AsJOper y de la pertinencia de su actuación ante escenarios diversos, lo mismo que la

²⁴ Actuación que tendría fundamento en los art. 109, numeral 4, así como el 110, numeral 1, incisos a) y b) de la ConveMar, con relación a los art. 10, § segundo, fracción I y 11 de 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*.

²⁵ Lo que estaría fundado en el art. 27, numeral 1, inciso d) de la misma Convención, así como en los art. 3º de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; 5º, fracción V de la *Ley de Seguridad Nacional*; 2º, fracción I de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* y 2º, fracción IX de la *Ley Orgánica de la Armada de México*.

²⁶ En atención a lo dispuesto por los art. 3º de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; 5º, fracción V de la *Ley de Seguridad Nacional*; 2º, fracción X de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*; 2º, fracciones V, X y XI de la *Ley Orgánica de la Armada de México*; 104 y 113 de la *Ley General de Vida Silvestre*, y 63, fracciones IX, XII, XV y XIX del *Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales*, todos con relación al diverso 420 fracción IV del *Código Penal Federal*.

relevancia de su formación integral, que deberá integrarse por:

- i. Conocimientos básicos en derecho penal, derecho aplicable al conflicto armado, derechos humanos, reglamento de combate, derecho castrense, sistema procesal penal, derecho policial, derecho acusatorio y ciencias criminalísticas, y
- ii. En ciencias militares y policiales, lo que implica contar con amplios conocimientos, entre otros, de la doctrina militar y la doctrina policial, así como una formación sólida en materia de selección y validación de los objetivos, planificación operacional y contingente de operaciones militares y policiales, capacidades y restricciones de conceptos, inteligencia militar y policial, logística, fuerzas y sistemas de armas de misión y sistemas, acción integral, funciones de combate, procesos de toma de decisiones policiales y militares, sistema de planificación y ejecución de operaciones conjuntas, así como procedimiento de comando.

Finalmente, debe resaltarse que, como asesor, es su formación sólida e integral que conjunta aspectos jurídicos, policiales y militares, lo que podrá proporcionarle seguridad y tranquilidad a los comandantes y a los miembros de las FFAA “a la hora de cumplir su misión” (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas: 121 y Ministerio de Defensa Nacional: 4), evitando el “miedo operacional” (Mejía Azuero: 58), pues el derecho de las operaciones “no se encuentra elaborado para inhibir las operaciones militares” (Mejía Azuero: 58), “restringir indebidamente la utilización eficaz de la fuerza” (Humphries) o atar “las manos [de los Comandantes] con restricciones adicionales” (Humphries), sino por el contrario, para llevarlas a cabo en estricto apego a los “deberes constitucionales” (Mejía Azuero: 58) (Alvarado, 2018c: 86 y 87).

4. Referencias

Libros

- Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (2010). *El rol del asesor jurídico operacional en el marco de la legislación que regula el empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional*. Perú: Oficina de Asesoría Jurídica. Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- Comando General de las Fuerzas Militares (2015). *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*. Bogotá: Fuerzas Militares.
- Conferencia de Ejércitos Americanos (2011). *Guía para la elaboración e interpretación de reglas de enfrentamiento para operaciones de mantenimiento de paz*. Estados Unidos de Norte América: Conferencia de Ejércitos Americanos, Fuerte Sam Houston, Texas.
- Martínez Guillem, R. (2014). *La detención operativa. En la frontera entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Ministerio de Defensa.
- Ministerio de Defensa Nacional (2013). *Rol del Asesor Jurídico Operacional*, Ministerio de Defensa Nacional. Colombia: Dirección de Derechos Humanos.
- Secretaría de Marina (2017). *Catálogo de Unidades (sic)*. SeMar. Recuperado de: <https://bit.ly/32RBKdO>
- (2019). *Directorio de Mandos Navales. Mapa Regiones, Zonas y Sectores 2019*. SeMar. Recuperado de: <https://bit.ly/3KeLhvE>

Revistas

- Alvarado Martínez, I. (2018a, Mayo). “La aplicación del Derecho Operacional en las labores de Primer Respondiente de las Fuerzas Armadas en la lucha contra la delincuencia organizada”. En *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, VI(23), 150-192. Recuperado de: <https://bit.ly/2zORhMj>

- (2018b, Octubre-Diciembre). “Las fuerzas armadas y sus funciones policiales. Fuero de guerra, Guardia Costera, apoyo a las autoridades civiles y operaciones para el mantenimiento de la paz”. En *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, INACIPE, 2(6), 3-38.
- Alvarado Martínez, I. y Montealegre Díaz, N. (2018, Enero-Marzo). “Algunas consideraciones de la criminalidad electoral cometida por ciberataques como expresión de la seguridad interior mexicana”. En *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, INACIPE, 1(3), xx-xx. Recuperado de: <https://bit.ly/307h00c>
- Castilla Cravioto, M. (2018, Mayo). “Actuación conjunta de la Policía Federal y las Fuerzas Armadas en el procesamiento del lugar de los hechos”. En *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, VI(23), 8-21. Recuperado de: <https://bit.ly/2zORhMj>
- Castillo García, G. (2021, Julio). “Será la GN la tercera fuerza armada de la SEDENA”. En *La Jornada*. Recuperado de: <https://bit.ly/32RwiaQ>
- Cortés Silva, N. I. (2018, Mayo). “La valoración del uso legítimo de la fuerza en el aseguramiento y detención a cargo de las Fuerzas Armadas”. En *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, VI(23), 73-94. Recuperado de: <https://bit.ly/2zORhMj>
- Humphries, J. G. (1993, Agosto 6). “El derecho operacional y el reglamento de combate en las operaciones Escudo del Desierto y Tormenta del Desierto”. En *Air & Space Power Journal*. Recuperado de: <http://www.au.af.mil/au/afri/aspj/apjinternational/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html>
- Mejía Azuero, J. (2008, Enero-Junio). “Armas de precisión y el respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos. Garantía de cumplimiento del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA)”. En *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XI(21), Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, 58.
- Montealegre Díaz, N. (2018, Mayo). “Capacitación de las Fuerzas Armadas para la preservación del lugar de los hechos”. En *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, VI(23), 36-50. Recuperado de: <https://bit.ly/2zORhMj>
- Valdés Cerda, R. E. (2020). “Historia y prospectiva de la Autoridad Marítima Nacional en México”. En *Revista del Centro de Estudios Superiores Navales*, 41(1), 111-134. Recuperado de: <https://bit.ly/34t8qef>
- Vallejo Silva, A. (2018, Mayo). “Los retos del ejército en el sistema penal acusatorio”. En *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, VI(23), 22-35. Recuperado de: <https://bit.ly/2zORhMj>

Tesis

- Alvarado Martínez, I. (2018c). *El derecho operacional en la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas por el uso de la fuerza en el ejercicio de sus funciones*. (Tesis para obtener el grado de Maestro en Administración militar para la seguridad interior y defensa nacional, no publicada). Colegio de Defensa Nacional, Universidad del Ejército y Fuerza Aérea, Secretaría de la Defensa Nacional. México.
- Gomár Hernández, J. I. (2019). *Modelo jurídico de Derecho Operacional para el ejercicio de las funciones de la Guardia Nacional*. (Tesis para obtener el grado de Maestro en Administración militar para la seguridad interior y defensa nacional, no publicada). Colegio de Defensa Nacional, Universidad del Ejército y Fuerza Aérea, Secretaría de la Defensa Nacional. México.

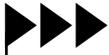
Normatividad y Criterios Judiciales

- Acuerdo Secretarial número 039 por el que se crean las Unidades Navales de Protección Portuaria (UNAPROP), en diferentes puertos marítimos de la República Mexicana.
- Acuerdo Secretarial número 333 mediante el cual las las Unidades Navales de Protección Portuaria (UNAPROP) tienen como misión el realizar acciones de vigilancia, verificación, visita, inspección y control en funciones de guardia costera dentro de los recintos portuarios en apoyo al ejercicio de la autoridad en materia de protección marítima y portuaria.
- DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Ener-

- gía. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
- Guía Nacional de Cadena de Custodia
- Ley General de Vida Silvestre
- 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
- Ley de Aguas Nacionales
- Ley de Aviación Civil
- Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal
- Ley de Migración
- Ley de Navegación y Comercio Marítimos
- Ley de Seguridad Nacional
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Orgánica de la Armada de México
- Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
- Protocolo de Actuación del Personal naval en Funciones de Guardia Costera
- Protocolo Nacional de Actuación del Primer Respondiente
- Protocolo Nacional de Policía con Capacidades para Procesar
- Tesis 1a. XCIV/2015 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable página 1097 del Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, de la Gaceta del SJF, con el número de registro 2008639, con el rubro Detención y Restricción Provisional de la Libertad Personal. Su Interrelación y Diferencias Conceptuales.

Conferencia

- Alcalá Ferraez, L. G. (2018). *El Poder Militar y la Seguridad Nacional*, Simposio presentado en el Colegio de Defensa Nacional, el 21 de mayo, Ciudad de México.



Migración, derechos humanos y delito y seguridad. Una perspectiva de la actual política migratoria en México

Manuel Jorge Carreón Perea *Director de Investigación del INACIPE. Profesor Titular de la asignatura Derechos Humanos en México en la Universidad Panamericana.*

Carla Elena Solís Echegoyen *Secretaria de Estudio y Cuenta en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.*

RESUMEN: Análisis del fenómeno de la migración en México visto desde las áreas de derechos humanos, derecho penal y seguridad, durante el gobierno de la república 2018-2024, iniciando con la política migratoria con la relación de México y Estados Unidos, además de presentar las estadísticas de entradas, personas presentadas ante autoridad migratoria y devueltas a su país de origen, así como la exposición de los indicadores, resultados y retos, todo basado en documentos de la Organización Internacional de las Migraciones, asimismo, se presentan estadísticas de quejas y recomendaciones en materia de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: migración, política, derechos humanos, delito, seguridad

ABSTRACT: Analysis of the phenomenon of migration in Mexico seen from the areas of human rights, criminal law and security, during the government 2018-2024, starting with the migration policy with the relationship of Mexico and the United States, in addition to presenting the statistics of entries, people presented before the migration authority and returned to their country of origin, as well as the exposure of indicators, results and challenges, all based on documents of the International Organization for Migration, also, statistics of complaints and recommendations in the field of human rights are presented.

KEYWORDS: migration, politic, human rights, crime, security

Rec: 15-11-2022 | **Fav:** 07-12-2022

SUMARIO: 1. Política migratoria. 2. Estadística de entradas, personas presentadas ante autoridad migratoria y devueltas a su país de origen. 2.1. Registro de entradas. 2.2. Personas presentadas o canalizadas por la autoridad migratoria 2.3. Personas devueltas. 2.4. Análisis. 3. Derechos humanos. 4. Delitos. 5. Análisis. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

La migración tiene diferentes facetas. La primera de ellas es la que la considera como un problema o un fenómeno. En el primer caso, nos referimos a aquellas visiones que encuentran en la movilidad humana una problemática (negativa) que los Estados deben resolver en beneficio de la ciudadanía. Así, se considera a las y los migrantes como elementos de un inconveniente y no como sujetos de derechos que ejercen un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12) o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 11).

En el segundo caso, la migración se aborda desde el punto de vista de un fenómeno en el que convergen varios factores y no como un hecho aislado, además de tener como prioritario el elemento humano. En este nivel de análisis importan tanto las causas como las consecuencias que desencadenan los flujos migratorios, siendo la pobreza el origen de la mayoría de los procesos de migración. En segundo lugar ubicaríamos la violencia.

La segunda faceta también se integra de dos vertientes: la migración desde un punto de vista interno y otro externo. En el primer caso nos referimos a la movilidad humana que se da en un país, por ejemplo, del tránsito del campo a la ciudad, que puede suscitarse por diversas razones (económicas y de seguridad principalmente). El segundo nos remite al cruce de fronteras nacionales. Usualmente cuando hablamos de migración viene a nuestra mente o hacemos referencia a esta vertiente.

Desde cualquiera de las dos facetas que abordemos la migración, encontraremos una relación con diferentes áreas del campo jurídico, pero a nosotros nos interesan tres en particular: derechos humanos, derecho penal y seguridad. Por ello, el presente trabajo tendrá como propósito analizar cuál ha sido el papel del gobierno de la república 2018-2024 en cada una de estas tres áreas, para lo cual centraremos nuestro análisis en conocer cuál ha sido la política migratoria del Gobierno de México, para después realizar un análisis por cada uno de los elementos señalados.

1. Política migratoria

Los ejes sobre los que se sustenta la política migratoria del actual Gobierno de la República (2018-2024) se ubican fundamentalmente en dos documentos: *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 (Plan Nacional de Desarrollo, 2019)* (PND) y la *Nueva Política Migratoria del Gobierno de México 2018-2024* (Secretaría de Gobernación, 2018).

En el primero de los documentos citados, el tema migratorio adquiere un papel preponderante al ubicarse como uno de los ejes rectores de las actuaciones gubernamentales, lo cual puede observarse a continuación:

No más migración por hambre o por violencia

La mayor riqueza de las naciones es su población; sin embargo, el modelo neoliberal agudizó la emigración de mexicanos y hoy tenemos que un alto porcentaje de nuestra gente reside fuera del país, muchas veces en condiciones de precariedad y sujeta a discriminación y atropellos. Aspiramos a ofrecer a todos los ciudadanos las condiciones adecuadas para que puedan vivir con dignidad y seguridad en la tierra en la que nacieron. Nuestros consulados en Estados Unidos funcionarán como defensorías del migrante y lograremos que nadie más tenga que dejar su lugar de origen para ganarse la vida o buscar refugio en otros países. México tiene una larga tradición como tierra de asilo y refugio que ha salvado innumerables vidas y enriquecido al país. A los extranjeros que llegan a nuestro territorio brindaremos respeto a sus derechos, hospitalidad y la posibilidad de que construyan aquí una nueva vida. (Secretaría de Gobernación, 2018).

El encabezado de este eje brinda una respuesta a pregunta de cuáles son las causas de la migración en México para el actual gobierno: pobreza y violencia.

Ahora bien, identifico dos vertientes de la política migratoria contenida en el PND. La primera enfocada en la relación de México con Estados Unidos a la que podemos denominar *política externa*. La segunda, apenas apuntada, es la forma en cómo México tratará a los migrantes extranjeros que habitan, transitan o solicitan refugio o asilo en el país que denominaré *interna*. De la lectura del encabezado y la mayor parte del eje recto, es notorio que la actuación del Gobierno

de la República estará enfocada en la *externa*, es decir, en la migración de mexicanos a Estados Unidos.

El *PND* posee un apartado denominado *Política y gobierno* que a su vez contiene el apartado *Migración: soluciones de raíz*. Además de hacer una relatoría en el que se ahondan las causas que han propiciado la migración de mexicanos a diferentes lugares del mundo (principalmente Estados Unidos), plantea las acciones que a llevar a cabo para atender el fenómeno migratorio, basados en:

- a. Fortalecimiento de la red de consulados para brindar asistencia migratoria y legal a los ciudadanos.
- b. Impulsar procesos de construcción de paz y edificación de un Estado de bienestar.
- c. Generar empleos y condiciones de vida digna a partir de proyectos regionales que servirán como “cortinas para captar el flujo migratorio”.
- d. Generar lazos con Estados Unidos y países centroamericanos, principalmente Guatemala, Honduras y El Salvador (zona denominada *Triángulo del Norte centroamericano*).
- e. Garantizar el tránsito o afincamiento seguro de personas extranjeras en México.
- f. Erradicar en la población nacional el racismo, xenofobia o conductas paranoicas que propician el desprecio a la población migrante.

Resulta importante resaltar una afirmación contenida en este apartado *Migración: soluciones de raíz* que podrá confirmarse o no con los resultados obtenidos en la investigación estadística:

En lo que respecta al tratamiento de extranjeros migrantes en México ya sea que se encuentren de paso hacia el país del norte o con propósitos de residencia en el territorio nacional, la política del gobierno federal ha dado un giro en relación con la que había venido poniendo en práctica el régimen anterior.

Si bien es cierto que el ingreso de extranjeros requiere de un proceso de registro por razones de seguridad empezando por la de los propios interesados, estadística e instrumentación de mecanismos de acogida, México ha retomado su tradición de país hospitalario, tierra de asilo e integrador de migraciones.

El Ejecutivo Federal aplicará las medidas necesarias para garantizar que los extranjeros puedan transitar con

seguridad por el territorio nacional o afincarse en él. Es preciso adelantarse a posibles situaciones de una crisis humanitaria debida al arribo al país de flujos masivos procedentes de otras naciones, pero, sobre todo, es necesario sensibilizar a la población nacional con una campaña de erradicación del racismo, la xenofobia y la paranoia que, por desgracia, han anidado en algunos sectores de la sociedad. (Plan Nacional de Desarrollo, 2019).

Ahora bien, las directrices de la política migratoria de México en la actual administración se contienen en el documento intitulado *Nueva Política Migratoria del Gobierno de México 2018-2024* de la *Unidad de Política Migratoria* (Secretaría de Gobernación, 2018), *Registro e Identidad de Personas* en el que se reconocen las 4 dimensiones del fenómeno migratorio en el país (origen, tránsito, destino y retorno de migrantes) (Secretaría de Gobernación, 2018).

Ahora bien, los tres ejes sobre los que se articula la política migratoria en el gobierno de López Obrador son: derechos humanos, perspectiva de género e inclusión. Todo esto desde una dimensión “micro” que es la del migrante, de acuerdo con el último documento referido (Secretaría de Gobernación, 2018).

Los componentes fundamentales de la política migratoria 2018-2024 son los siguientes:

- Responsabilidad compartida: Establecer diálogo con los gobiernos centroamericanos y con el gobierno de los Estados Unidos de América. Lo anterior para señalar que el fenómeno es un asunto que compete a la región y no sólo a un país. La idea principal es fomentar la comunicación (Secretaría de Gobernación, 2018).
- Movilidad y migración internacional regular, ordenada y segura: Asegurar el tránsito libre y seguro de personas migrantes, tomando como prioridad la incorporación y fortalecimiento del uso de tecnologías de la información y comunicación, a la par de impulsar acciones en materia de infraestructura (Secretaría de Gobernación, 2018).
- Atención a la migración irregular: Proporcionar atención integral (física o psicológica) a las personas migrantes, así como medidas de protección, principalmente a niñas, niños y adolescentes apelando al interés superior de la infancia (Secretaría de Gobernación, 2018).
- Fortalecer las capacidades institucionales: Bus-

car que las autoridades que tengan funciones vinculadas a la migración actúen de manera conjunta (Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, Instituto Nacional de Migración, oficinas consulares y la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas) para fortalecer habilidades y competencias, principalmente en casos de niñas, niños y adolescentes (Secretaría de Gobernación, 2018).

- Protección de mexicanos y mexicanos en el exterior: Brindar ayuda y asistencia para proteger a los mexicanos en el exterior, sobre todo en los casos de personas que se encuentren en situación de prisión (Secretaría de Gobernación, 2018).
- Integración y reintegración de personas migrantes: Fomentar procesos de apoyo a los mexicanos que retornen del extranjero y empoderar, así como asistir a las personas migrantes que se establezcan en México (Secretaría de Gobernación, 2018).
- Desarrollo sostenible en comunidades migrantes: Trabajar en la difusión de los derechos de las comunidades migrantes, así como de sus contribuciones (Secretaría de Gobernación, 2018).

Enfocándome en las acciones concretas del órgano administrativo encargado de implementar la política migratoria en México (INM), vemos que publicó un *Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2019-2024 (Instituto Nacional de Migración, 2019)*. Sus objetivos estratégicos son los siguientes:

- i. Fortalecer los mecanismos de simplificación y

facilitación de los flujos migratorios actuales.

- ii. Robustecer las acciones de control y verificación de los flujos migratorios.
- iii. Atender a las personas mexicanas y extranjeras migrantes con énfasis en el respeto a los derechos humanos.
- iv. Fomentar la modernización y mejora del desempeño institucional.
- v. Profesionalización de los servidores públicos.

Como puede advertirse, se enfoca en los puntos derivados del PND y de la *Nueva Política Migratoria*, aunque llama la atención el hecho de que se colocan las acciones de control antes del respeto a los derechos humanos, lo cual puede ser interpretado como una forma de privilegiar la detención antes del respeto a la movilidad.

Ahora bien, para medir el impacto de la política migratoria se pueden ocupar dos fuentes. La primera es a partir de los resultados que genere la Auditoría Superior de la Federación, la cual sólo determinará el uso correcto de los recursos públicos sin adentrarse en otros aspectos, como la actualización del marco normativo.

La segunda, sobre la que me basaré, es la que generan organizaciones independientes del ámbito gubernamental que nos otorgan un panorama más completo y objetivo. Para ello, después de una búsqueda de diferentes fuentes se optó por elegir el documento que generó la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) intitulado *Indicadores de la Gobernanza de la Migración. Estados Unidos Mexicanos. Perfil 2022*.

A continuación, se exponen los indicadores y el resultado de cada uno de ellos de acuerdo con la OIM.

Indicador	Resultados
Respeto de los derechos de las personas migrantes	<p>Avances Articulación de una política pública contra la discriminación, odio y xenofobia contenida Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación (PRONAIND) (2021-2024), y que resulta obligatorio para todas las instituciones de la Administración Pública Federal (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). Desarrollo de un Protocolo de Acción para la atención integral de NNA por parte de la Secretaría de Educación Pública. (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). Campaña #MigraresHumanos por parte de la CNDH (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). Inclusión del tema migratorio en el Programa Nacional para la Igualdad entre Hombres y Mujeres 2020-2024 (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p> <p>Retos Las personas migrantes no regulares (sin documentos) no tienen acceso a seguridad social todavía (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
Enfoque de gobierno integral	<p>Avances Creación de la Comisión Intersecretarial de Atención Integral en Materia Migratoria en 2019 (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). cuyos integrantes son las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, Seguridad y Protección Ciudadana, Hacienda y Crédito Público, Bienestar, Salud, Trabajo y Previsión Social, Turismo; los Instituto de Migración, Nacional de las Mujeres y De administración y Bienes Activos; así como la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Servicio de Administración Tributaria y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (Secretaría de Gobernación, 2019). Aprobación de la Ruta de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en situación de migración (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). Puesta en marcha del sistema de información <i>Por tus Derechos</i> que agrupa información sobre NNA en condición de movilidad humana (Secretaría de Salud, S/A).</p> <p>Retos Falta legislación que regule de manera específica la migración en México. Asimismo, es necesario "... materializar estrategias puntuales que reconozcan a las mujeres migrantes como agentes sociales, políticos y económicos de los procesos migratorios, así como acciones para fortalecer la respuesta institucional para la protección y garantía de los derechos de las mujeres migrantes" (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>

Indicador	Resultados
Alianzas	<p>Avances Celebración de cuatro <i>Foros regionales de movilidad humana</i> en las siguientes fechas y sitios: Bajío en abril de 2022 Norte en junio de 2022 Centro-Sur en agosto de 2022 Sur en noviembre de 2022 (Secretaría de Gobernación, s/a). Celebración de un convenio entre el INM y el INMUJERES con “... el objetivo de fortalecer las acciones interinstitucionales encaminadas a la promoción, protección y respeto por los derechos humanos de las mujeres nacionales y extranjeras en situación de movilidad, las cuales, por medio del apoyo de la sociedad civil y otros agentes clave en su atención y protección, pueden implementarse en territorio, específicamente en las Estaciones Migratorias” (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
	<p>Retos Falta de acuerdos regionales de movilidad laboral (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
Bienestar Socioeconómico	<p>Avances Realización de un estudio diagnóstico sobre personas trabajadoras guatemaltecas en el Estado de Chiapas (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). En el marco del Programa Institucional 2020-2024 del Banco del Bienestar se incluyó como estrategia prioritaria el “fomentar el uso de servicios financieros por parte de los migrantes para aumentar la transaccionalidad y penetración financiera” (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
	<p>Retos No se cuenta con información o evaluaciones nacionales para monitorear la demanda de inmigrantes en el mercado laboral (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
Movilidad en situaciones de crisis	<p>Avances Desarrollo de “... un componente de la Ruta de Protección Integral de los Derechos de NNA en situación de migración para situaciones de crisis o emergencias en México” (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
	<p>Retos Falta de planes de contingencia para gestionar los movimientos de población a gran escala en situaciones de crisis (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
Migración segura y ordenada	<p>Avances Reformas a la Ley de Migración. Campaña “En tus camino, tus derechos van contigo” enfocado a NNA en situación de movilidad (Organización Internacional de las Migraciones, 2022). Instalación de Centros Integradores para el Migrante en la frontera norte (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>
	<p>Retos Implementar las reformas a la Ley de Migración (Organización Internacional de las Migraciones, 2022).</p>

2. Estadística de entradas, personas presentadas ante autoridad migratoria y devueltas a su país de origen

El Gobierno de México cuenta con una estadística migratoria completa que reúne información sobre la migración en México a partir de cinco ejes fundamentales: 1) Registro de entradas; 2) Documentación y condición de estancia en México; 3) Extranjeros presentados y devueltos; 4) Protección a personas migrantes; y 5) Repatriación de mexicanas y mexicanos desde Estados Unidos.

Considero relevantes tres rubros para los efectos de este trabajo: registro de entradas, personas presentadas ante autoridad migratoria y número de personas devueltas. Las razones son las siguientes:

- El registro de entradas nos permite observar la movilidad de personas migrantes en México y, por ende, si ha aumentado o disminuido en los primeros tres años del gobierno de Andrés Manuel López Obrador con respecto al sexenio de Enrique Peña Nieto dividido por trienios.
- El número de personas presentadas nos ayuda a entender la vinculación de la autoridad mexicana con las personas migrantes.
- La cifra de personas devueltas visibiliza si la política migratoria en verdad está enfocada en brindar la posibilidad de transitar por el país o radicar en él.

Pasemos al análisis de cada uno de los rubros apuntados. Cabe señalar que la información se extrajo de las

estadísticas contenidas en los cuadernos *Estadísticas migratorias* de los años 2013 a 2021, elaborados por la Secretaría de Gobernación a partir de la Unidad de Política Migratoria (Secretaría de Gobernación, s/a).

2.1 Registro de entradas

El número de entradas al país de personas extranjeras de 2013 a 2021 es el siguiente (Secretaría de Gobernación, s/a) Ver tabla 1.

El número de personas que han ingresado al país durante el primer trienio del sexenio 2018-2024 es menor que el de los dos períodos anteriores, lo cual puede deberse a múltiples factores, pero sin duda uno de los más importantes es la pandemia del coronavirus SARS-COV2 y las medidas de restricción de movilidad implementada en diferentes países, incluido México.

Ahora bien, aunque existe un menor número de personas que ingresaron al país, si revisamos la cifra de delitos en materia migratoria cometidos en México en el mismo período, es notorio que la criminalidad aumentó a pesar de contar con menos ingresos, es decir, hubo más delitos a pesar de que la población migrante se redujo.

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Entradas al país	19,576,761	22,176,606	24,784,966	27,974,370	30,824,372	32,103,406	32,513,720	12,618,862	19,136,629

Si traducimos el número por trienio y no por año, encontramos el siguiente dato:

Trienio	2013 - 2015	2016 - 2018	2019 - 2021
Entradas	66,538,333	90,902,148	64,269,211

Tabla 1. Elaboración propia con la información obtenida de los informes de Estadística Migratoria

2.2 Personas presentadas o canalizadas por la autoridad migratoria

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Presentadas o canalizadas	86,298	127,149	198,141	186,216	93,846	131,445	182,940	82,379	309,692
Hombres	72,323	98,456	148,930	139,337	72,604	99,766	121,535	64,660	208,225
Mujeres	13,975	28,693	49,211	46,879	21,242	31,679	61,405	17,719	101,467

Es evidente el incremento de las personas presentadas o canalizadas ante la autoridad migratoria en México durante el período 2013-2021, práctica que en 2021 alcanzó la cifra más alta con 309,692 y que contrasta con las 86,298 del año 2013.

La información por trienio, considerando los últimos tres, es la que se expone en la siguiente tabla, la cual además incluye información por sexo sin distinguir grupo etario:

Trienio	2013 - 2015	2016 - 2018	2019 - 2021
Presentados	411,588	411,507	575,011
Mujeres	91,879	99,800	180,591
Hombres	319,709	311,707	394,420

Como podemos observar, el periodo 2019-2021 ha tenido una cifra mayor con respecto a los anteriores, lo cual se adelantó en el PND al señalar que el registro de personas que ingresen en el país sería una prioridad de gobierno.

Sin embargo, lo que llama más nuestra atención es que el número de mujeres aumentó casi el doble en el último trienio con respecto a los anteriores, lo que nos implica la necesidad de que las políticas migratorias incluya una perspectiva de género ya que el número de mujeres migrantes que tiene vinculación con las autoridades aumentó en los últimos años.

2.3 Personas devueltas

Sobre las personas devueltas, el Estado mexicano a partir del gobierno de Andrés Manuel López Obrador ha devuelto a menos migrantes (principalmente centroamericanos) que los dos periodos anteriores. Sin embargo, la información debe leerse con cautela ya que el año 2020 fue el que cifras más bajas reportó durante el período 2013-2021 y ello se debió, en gran medida, a la pandemia del Covid-19 ya que el flujo migratorio disminuyó, volviendo a repuntar en 2021 como puede observarse en la siguiente gráfica (Secretaría de Gobernación, s/a):

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Devueltos	80,902	107,814	181,163	159,872	82,237	115,686	149,812	60,315	130,269
País	Honduras	Guatemala	Guatemala	Guatemala	Guatemala	Honduras	Honduras	Honduras	Honduras
Cifra	33,079	42,808	82,597	62,299	35,874	53,571	72,125	27,320	62,844
País 2	Guatemala	Honduras	Honduras	Honduras	Honduras	Guatemala	Guatemala	Guatemala	Guatemala
Cifra	30,231	41,661	57,823	53,857	29,959	44,680	50,794	26,149	53,156

Un dato relevante consiste en el hecho de que la mayoría de las personas devueltas por México son nacionales de los países del *Triángulo del Norte centroamericano* como se señaló en el PND.

Finalmente, se presenta la información sintetizada por trienio durante el período que hemos trabajado.

Trienio	2013 -2015	2016 - 2018	2019 - 2021
Personas Devueltas	369,879	357,795	340,396

2.4 Análisis

Ahora bien, debemos considerar que la información relativa a *personas presentadas* es de suma importancia dado que “[L]a dinámica de esta cifra se utiliza como indicador del esfuerzo que hace el gobierno para controlar los flujos de migrantes, en situación irregular” (Calva, L. & Torreblanca, E., 2022) como apuntan Luis Calva y Eduardo Cantalapiedra.

Bajo esta línea discursiva y como ya apunté, el gobierno de López Obrador en su primer trienio ha presentado más personas que los dos períodos previos, lo que significa la aplicación de una política migratoria con mayor grado de intervención que las anteriores. A lo anterior debemos añadir que la cifra pudo ser mayor, pero en 2020, dada la pandemia del covid-19, se registró un menor número de migrantes.

Ahora bien, un elemento adicional que debemos considerar para determinar si la política del presidente López Obrador es más abierta con el tema migratorio con respecto a las anteriores administraciones la obtenemos a partir de relacionar el número de personas presentadas con las devueltas. En la siguiente tabla se muestran los resultados:

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Presentados o canalizados	86,298	127,149	198,141	186,216	93,846	131,445	182,940	82,379	309,692
Devueltos	80,902	107,814	181,163	159,872	82,237	115,686	149,812	60,315	130,269
Porcentaje	93.74	84.79	91.43	85.85	87.62	88.01	81.89	73.21	42.06

Fuente obtenida de: http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/Sintesis_Grafica/?Sintesis=2013

Con base en lo anterior, puede afirmarse que el porcentaje de personas migrantes que son retornadas a su país de origen ha disminuido de manera significativa durante los primeros tres años del gobierno de Andrés Manuel López Obrador.

3. Derechos humanos

Por el tipo de registro que lleva la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el que se prioriza definir a la autoridad que comete las presuntas violaciones de derechos humanos, en el siguiente apartado presentaremos el número de quejas y recomendaciones que ha tenido el Instituto Nacional de Migración (INM), agencia administrativa del Estado mexicano encargada de implementar la política migratoria en México y supervisar el cumplimiento de la normatividad en la materia.

Antes de continuar, se harán precisiones conceptuales:

- **Quejas:** Las quejas son un procedimiento/mecanismos de exigibilidad de los derechos humanos que las personas interponen ante un organismo del sistema *Ombudsman* en México derivadas de una posible vulneración a los derechos humanos.
- **Recomendaciones:** Resoluciones que emite una institución del sistema *Ombudsman* en la que se determinan violaciones a los derechos humanos. Son públicas y no vinculatorias.

Una vez realizada esta precisión, se presenta el número de quejas que personas han presentado en contra del INM en el período 2012-2021, señalando el

principal motivo de la queja y el lugar que ocuparon en la anualidad con respecto a las diez primeras instituciones señaladas en los registros de quejas de la CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, s/a).

Año	Quejas	Posición top 10
2021	1,239	Tercero
2020	1,044	Cuarto
2019	714	Tercero
2018	587	Cuarto
2017	521	Cuarto
2016	532	Sexto
2015	688	Sexto
2014	450	Octavo
2013	454	Octavo
2012	482	Noveno

Tabla 2. Información obtenida de los informes anuales de la CNDH

Podemos notar que en el trienio 2019-2021 se registran las cifras más altas de quejas presentadas en contra del Instituto Nacional de Migración durante el período 2012-2021 por presuntas violaciones a los derechos humanos.

Un dato adicional que se extrae de la información presentada es aquel que indica que el INM ha sido una de las principales autoridades señaladas como responsables de violaciones a los derechos fundamentales por parte de la CNDH, ocupando dos veces el tercer lugar en los años 2021 y 2019, lo cual coincide con el aumento del número de quejas. Así, es notorio que en el presente sexenio existe una mayor vulneración de los derechos de las personas migrantes.

En la siguiente tabla se muestran las recomendaciones emitidas por la CNDH y podremos notar que los números no son tan elevados como el número de quejas, pero se hace evidente que en los últimos tres años se ha mantenido un número elevado de recomendaciones emitidas en contra de la autoridad migratoria en el país.

Año	INAMI	Total de Recomendaciones
2021	4	146
2020	6	90
2019	5	99
2018	2	91
2017	7	81
2016	2	71
2015	3	59
2014	1	55
2013	2	86
2012	3	93

4. Delitos

La Ley de Migración, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo 2011, contempla dos delitos en materia migratoria (tráfico de migrantes), los cuales se encuentran previstos en los artículos 159 y 161. Se transcriben para mayor referencia:

Artículo 159. Se impondrá pena de ocho a dieciséis años de prisión y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quien:

- I. Con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro;
- II. Introduzca, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, o
- III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria. Para efectos de la actualización del delito previsto en este artículo, será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente.

No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanita-

rias y sin buscar beneficio alguno, presten ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria.

Artículo 161. Al servidor público que auxilie, encubra o induzca a cualquier persona a violar las disposiciones contenidas en la presente Ley, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro en dinero o en especie, se le impondrá una pena de cuatro a ocho años de prisión y multa de quinientos hasta un mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Como puede advertirse, la Ley de Migración consagra el tipo penal de tráfico de migrantes, figura que no se encuentra tipificada en el Código Penal Federal. Recordemos que el bien jurídico tutelado en este caso es la soberanía nacional y debe diferenciarse de la trata de personas, en donde el bien jurídico es el libre desarrollo de la personalidad.

A continuación, se presenta la información de los delitos contenidos en la *estadística delictiva* que conjunta el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) a partir de las cifras que reportan las fiscalías/procuradurías de las entidades federativas mes con mes.

De 2012 a 2022 (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2022), se tiene registro de la apertura de 10,715 carpetas de investigación² por delitos contemplados en la *Ley de Migración*. Las cifras por año son las siguientes:

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Cifra	775	927	937	1,202	801	497	764	1,369	672	1,681	1,090

Tabla 3. Cifras obtenidas del informe de incidencia delictiva del fuero federal del SESNSP

Si hacemos un análisis por trienio, los datos son los siguientes:

- 2013-2015: Se cuenta con un registro de 3,066
- 2016-2018: Se presentó una disminución 2,062
- 2019-2021: Alcanzó el número más alto con respecto a los dos trienios anteriores con 3,722

Se presenta la información con el respectivo incremento o descenso porcentual:

Trienio	2012	2013
2013 - 2015	3,066	----
2016 - 2018	2,062	- 32.74 %
2019 - 2021*	3,722	+ 80.50 %

Tabla 4. Información obtenida del informe de incidencia delictiva del fuero federal del SESNSP

* Con respecto al trienio anterior

Las razones por las cuales se presentan las variaciones pueden ser las siguientes:

1. Se presentaron más denuncias por el delito en el período 2019-2021 y, por ende, una labor de investigación que antes no se realizaba.
2. El incremento del flujo migratorio propició una mayor ocurrencia del delito.

Otro hallazgo relevante fue el que se obtuvo al analizar las entidades federativas en donde el delito se presentó con mayor frecuencia, obteniendo como resultado que mayoritariamente son entidades fronterizas tanto del sur como del norte. Se presenta la información completa en la tabla 5.

² Antes de la entrada en vigor del proceso penal acusatorio en México (2016) se denominaban *averiguaciones previas*.

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022*
Estado +	Baja California	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Chiapas	Nuevo León	Veracruz
	269	224	243	196	124	94	141	277	119	346	185
Estado 2 +	Sonora	Baja California	Baja California	Tamaulipas	Tamaulipas	Nuevo León	Nuevo León	Nuevo León	Nuevo León	Veracruz	Nuevo León
	188	206	205	132	103	86	115	221	115	232	175

Tabla 5. Información obtenida del informe de incidencia delictiva del fuero federal del SESNSP

Un dato que puede ser de utilidad radica en que de 2015 a la fecha, los estados del centro y oriente del país, con cercanía a las costas del Golfo de México, han tenido mayor incidencia de conductas delictivas en materia de tráfico de migrantes.

Lo anterior se explica dado que la zona del Golfo de México es una de las principales rutas migratorias y hacia el centro del país se congregan la mayoría de los Albergues y Comedores para migrantes (BBVA Research, 2020).

En lo que respecta al número de personas migrantes muertas o desaparecidas en México, no se identificó una estadística gubernamental que brindara este dato, por lo cual se recurrió a la revisión de información provista por Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que dan seguimiento a esta información.

La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) posee un proyecto denominado *Missing Migrant Projects* en el que se identifica el número de personas migrantes muertas y desaparecidas en las diferentes rutas migratorias del mundo. La información disponible corre de 2014 a la fecha. A continuación, se muestran las cifras de la ruta México-Estados Unidos (Missing Migrants Project, 2022):

A partir de las cifras anteriores podemos identificar un aumento gradual del número de personas migrantes muertas o desaparecidas del 2014 al 2022. Si comparamos el último trienio del gobierno de Enrique Peña con respecto al primero de Andrés Manuel López Obrador, notamos que existe un incremento del 11.5% en el número de personas migrantes muertas o desaparecidas.

Las cuatro principales causas de muerte son: ahogamiento (898), condiciones climáticas e inanición (608), accidentes de transporte (284) y violencia (113). Si centramos el análisis en características de las víctimas, encontramos prevalencia del sexo masculino. En lo que respecta al grupo etario, encontramos 112 víctimas menores de edad (81 en el período 2016 - 2021).

De 2014 a 2022 se reportan 48,423 se registraron a nivel mundial muertes de migrantes. Conforme a las cifras antes señaladas casi el 10% de los casos se presenta en la ruta México-Estados Unidos.

Año	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022*
Cifra	304	347	412	414	448	524	476	727	465
Mes	Septiembre	Diciembre	Julio	Diciembre	Agosto	Diciembre	Septiembre	Agosto	Junio
Cifra	123	134	75	96	81	111	61	109	124
Trienio			252			281			

Tabla 6. Información obtenida de la Organización Internacional de las Migraciones (oim) y disponible en el enlace https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region_incident=All&route=3936&incident_date%5Bmin%5D=&incident_date%5Bmax%5D=

5. Análisis

Como apuntamos al inicio de este trabajo, el actual Gobierno de la República planteó una política migratoria de “puertas abiertas” basada en el trato humanitario de las personas, lo cual difería de las acciones implementadas por las administraciones anteriores que enfocaron sus estrategias en la contención de la migración. En estos términos lo exponen Luis Calva y Eduardo Torreblanca en su artículo “Cambios y continuidades en la política migratoria durante el primer año del gobierno de López Obrador” quienes explican que la característica de los gobiernos mexicanos ha sido la de *contención* de la migración, a pesar de implementar programas de apoyo a los migrantes como el *Plan Sur* en tiempos de Vicente Fox, *Reordenamiento de la Frontera Sur* de Felipe Calderón y *Frontera Sur* en el sexenio de Peña Nieto.

López Obrador, a pesar de generar una esperanza de cambio por motivo del discurso que promovió como candidato, no se ha distanciado mucho de los anteriores en materia migratoria a juicio de los autores ante referidos, ya que aunque su política está enfocada en proteger a los migrantes y brindarles mayores oportunidades, es decir, “... el gobierno de Andrés Manuel López Obrador ha vendido más su *nueva política* migratorio que dado verdaderos pasos para cambiar la manera de gestionar el fenómeno migratorio” (Calva, L. & Torreblanca, E., 2022).

Esta misma idea es compartida por otros autores como Sergio Vázquez Meleny, el cual sostiene que:

El énfasis en lo humanitario se constató en los primeros meses del actual gobierno mexicano, encabezado por Andrés Manuel López Obrador (AMLO), quien desde su campaña defendió una política de puertas abiertas para los migrantes en tránsito procedentes del TNC e incluso de otros orígenes, lo que ya en su gobierno se concretó a través de diversas acciones. Sin embargo, esta tendencia duró escasos siete meses, hasta que la contraparte estadounidense amenazó con imponer aranceles si el gobierno de México no contribuía a reducir la inmigración y mostraba resultados en un plazo determinado. (Vázquez, M., s/a)

Este autor va más allá, al sostener que la política humanitaria impulsada por AMLO no tiene novedad, ya que sus antecesores habían generado todas aquellas

instituciones y pautas que la presente administración utiliza. En estos términos lo expone:

La interpretación del *cambio de paradigma* también se anula ya que el gobierno de AMLO retomó el marco normativo, así como capacidades institucionales con los que ya se contaba en materia migratoria acorde con las leyes de Migración, Refugio y Protección Complementaria de 2011, en las cuales se incorporaron los derechos humanos en la atención a los migrantes. De manera que el componente humanitario ya existía en las políticas migratorias de los gobiernos mexicanos anteriores, por lo que no es posible hablar como tal de un cambio, más bien de un acento humanitario que se incorporó en la política migratoria para responder a la coyuntura del 2018. (Vázquez, M., s/a)

La misma línea discursiva sostiene Ana Covarrubias quien señala que la intención original del gobierno de AMLO fue de una política de puertas abiertas y con un carácter humanitario. Se transcribe lo expuesto por la autora: “... desde que era presidente electo y ante el fenómeno de las caravanas migrantes centroamericanas que llegaban a México buscando cruzar la frontera con Estados Unidos, anunció que su política migratoria tendría un enfoque humanitario. Como presidente, este enfoque se tradujo en una política ‘abierta’, que consistía en permitir el paso de los migrantes y otorgarles una visa humanitaria...” (Covarrubias, A., s/f).

A pesar de esta política que inicialmente estaba enfocada en el respeto a los derechos humanos y la movilidad, lo cierto es que al poco tiempo se vino abajo, principalmente por las presiones del entonces presidente Donald Trump (Covarrubias, A., s/f), lo que propició un cambio de timón en la política migratoria en México. En palabras de Ana Covarrubias “... el último gran cambio en la política de López Obrador fue la contención de la migración centroamericana, en ambas fronteras, a cargo de la Guardia Nacional (GN). Irónicamente, México se ha convertido en el muro para la migración centroamericana y de otros países que pretenden transitar por México para llegar a Estados Unidos” (Covarrubias, A., s/f).

Covarrubias ingresa un elemento importante que será característico de la actual administración en materia migratoria: la utilización de la Guardia Nacional para contener la migración. Esta idea es explorada en

profundidad por Luciana Gandini y Juan Narváez en el libro *De la esperanza a la militarización: agenda de la política migratoria durante el primer año de la 4T*, en el que exponen que a pocos meses del inicio de la gestión presidencial se transformó el trato brindado a los migrantes, lo cual se debió en gran parte a las agresiones de Donald Trump. Se transcribe lo sostenido por los autores:

Con las provocaciones de Donald Trump respecto al aumento de aranceles para las exportaciones desde México, se presentó un incremento en las deportaciones desde Estados Unidos, y un acoso de autoridades mexicanas tanto a migrantes como a instituciones, albergues, activistas y defensores de derechos humanos. Lo anterior fue el prelude a lo que se desarrolló en el mes de mayo, y con ello el despliegue inicial de la Guardia Nacional en la frontera sur, y así sucesivamente en la frontera norte, y finalmente en todo el país, se mencionó que serían alrededor de seis mil agentes de la Guardia Nacional que apoyarían al Instituto Nacional de Migración.

En síntesis, el discurso inicial de respeto a los derechos humanos y de recepción a las personas migrantes no ha cambiado a lo largo de estos meses; sin embargo, en los hechos se ha mostrado que, al contrario de lo que se difundió como ejes rectores de la política migratoria, cada vez se han detectado más acciones en retroceso, e incluso se han cometido graves violaciones a los derechos de las personas. A pesar de la “buena voluntad” que parecía albergar el discurso del gobierno federal en un inicio, se pudo apreciar que más allá del discurso, realmente no se tuvo un plan con cimientos fuertes para tratar los asuntos migratorios... (Gandini, L. & Narváez, J., 2021)

6. Conclusiones

Como podemos observar, la actual administración ha implementado acciones para proteger y resguardar los derechos de las y los migrantes, adoptando una política mucho más flexible que las administraciones anteriores. Esto se puede notar en el número de personas devueltas que ha sido menor en proporción con los periodos previos.

A pesar de ello, los derechos humanos de las personas migrantes se han visto afectados por parte de las autoridades encargadas de la política migratoria, principalmente integrantes del INM y de la GN, lo cual resulta un aspecto negativo.

Creemos que es pronto para juzgar los resultados de la política migratoria actual, toda vez que existen diferentes proyectos que, de implementarse, lograrán consolidar los puntos sostenidos en el PND.

7. Referencias

- BBVA Research, (2020), *Mapa 2020 de casas del migrante, albergues y comedores para migrantes en México*, Disponible en: <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/mapa-2020-de-casas-del-migrante-albergues-y-comedores-para-migrantes-en-mexico/>
- Calva, Luis y Torreblanca, Eduardo, “Cambios y continuidades en la política migratoria durante el primer año del gobierno de López Obrador” en *Norteamérica*, Año 15, número 2, julio – diciembre de 2022
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, (s/a), *Informes anuales*, Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/pagina/informes-anuales-de-actividades>
- Covarrubias, Ana, “La ‘política exterior migratoria’” en *La intersección de la política exterior con la política migratoria en el México de hoy* (Claudia Masferrer y Lucy Pedroza, editoras), México, Colmex.
- Gandini, Luciana & Narváez, Juan, (2021), *De la esperanza a la militarización: agenda de la política migratoria durante el primer año de la 4T*, México, UNAM-IIIJ.
- Missing Migrants Project, (s/a), Disponible en: https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region_incident=All&route=3936&incident_date%5Bmin%5D=&incident_date%5Bmax%5D=
- Organización Internacional de las Migraciones, (2022), *Indicadores de la Gobernanza de la Migración. Estados Unidos Mexicanos. Perfil 2022*.
- Secretaría de Gobernación, (2018), *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0
- Secretaría de Gobernación, (s/a), *Síntesis Gráfica*, Disponible en: http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/Sintesis_Grafica/?Sintesis=2022
- Secretaría de Gobernación, (2018), *Nueva Política Migratoria del Gobierno de México 2018 – 2024*, Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/>

attachment/file/530166/Nueva_Politica_Migratoria_2018-2024.pdf

Secretaría de gobernación, (s/a), Incidencia Delictiva del SESNSP, Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-federal?idiom=es>

Vázquez Meleney, Sergio, “La humanitario en la actual política migratoria de México ¿Cambio o continuidad?” en *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 7(1)

Entre mitos y realidades de la justicia penal de la niñez y la adolescencia en Centroamérica¹

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Diego Cuarezma Zapata

Profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

RESUMEN: *El trabajo presenta un estudio sobre los avances de la adecuación legislativa de las diferentes legislaciones interna de los países de Centroamérica a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, reformas, contramarchas y riesgos regionales en esta materia. El trabajo además presenta, en la medida de lo posible, un análisis sociológico de la criminalidad y la violencia juvenil, sus características, extensiones, mitos y realidades y las reacciones punitivas.*

PALABRAS CLAVES: *Garantía, Niñez, Delincuencia, Adolescencia, Justicia Penal Especializada, ILANUD, Juvenil, Delito, Protección integral, Centroamérica, Estatuto.*

ABSTRACT: *The work presents a study on the progress of the legislative adaptation of the different internal legislations of the Central American countries to the United Nations Convention on the Rights of the Child, reforms, counter marches and regional risks in this matter. The work also presents, as far as possible, a sociological analysis of youth crime and violence, its characteristics, extensions, myths and realities, and punitive reactions.*

KEY WORDS: *Guarantee, Childhood, Delinquency, Adolescence, Specialized Criminal Justice, ILANUD, Juvenile, Crime, Comprehensive protection, Central America, Statute.*

¹ El presente trabajo de investigación se fundamenta en la investigación *La Justicia Penal Juvenil en Centroamérica. Reformas, contrarreformas y riesgos de involución* desarrollada en el marco de la “Justicia Juvenil. Paradigmas e experiencias comparadas”, bajo la dirección científica de Anderson Pereira de Andrade y Bruno Amaral Machado, publicada en la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios y la Marcial Pons, Brasil, 2017.

SUMARIO: 1. Estatutos de ciudadanía. 2. Fundamento de la justicia penal especializada de adolescentes. 3. Mitos y realidades. 4. Vientos de contrarreformas de mano dura y riesgos de involución. 5. Conclusión: Un proceso de marcha y contramarcha. 6. Referencias bibliográficas.

Rec: 10/01/2023 | Fav: 20/01/2023

1. Estatutos de ciudadanía

La aprobación y aplicación de las leyes de adolescentes en Centroamérica (integrales o especiales), armonizadas y adecuadas a la Convención, representan un presupuesto invaluable en el fortalecimiento del Estado democrático y social de derecho de cada uno de los países, son auténticos *estatutos de ciudadanía*. En esta línea de pensamiento, la legislación aprobada por los países responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Este modelo de legislación se caracteriza por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentada en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana y actualizando al resto del ordenamiento jurídico con la finalidad de que se haga efectiva la igualdad convencional y constitucional.

La legislación regional centroamericana unificó la mayoría de edad a los 18 años, e instituyó el principio de *interés superior* y protección integral, que establece que las medidas concernientes a las niñas y niños y los adolescentes que tomen las instituciones públicas y privadas, los tribunales (civiles o penales), las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deben considerar su desarrollo integral y su bienestar, y eliminó el fundamento de la ideología tutelar, separar las niñas o niños de su familia por pobreza, a tal punto que muchos de los países acogieron el mandato de la Convención respecto a que “en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres, o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela” (Código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua, 1998, art. 22). Con toda razón, el profesor chileno Cillero Bruñol (2007) expresa que existe una absoluta equivalencia entre el contenido del *interés superior* del niño y la niña expuesto en la Convención y los derechos fundamentales de niño y la niña reconocidos en los

países de la región. Expresa, además, que la formulación del principio *interés superior* (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 3) permite desprender las siguientes características:

- Es una *garantía* que toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es de una *gran amplitud* ya que no solo obliga al legislador sino también e instituciones públicas y privadas y a las madres y padres;
- Es una norma de *interpretación* o de *resolución* de conflictos jurídicos;
- Es una *orientación* o *directriz* política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

2. Fundamento de la justicia penal especializada de adolescentes

El fundamento de la justicia penal (especializada) de adolescentes adoptadas por las legislaciones de la región, como conjuntos de normas o instituciones creadas expreso para dar respuesta a la situación de las personas menores de edad o imputadas o encontradas responsables de la comisión de delitos (Vasconcelos, 2009, p. 7).

Sus características y principios son resultado de una investigación científica que se llevó a cabo a inicios de la década de los 90', tanto en el aspecto jurídico como en el sociológico del sistema de justicia penal juvenil. Esta investigación se desarrolló dentro del Proyecto de Investigación “Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en

América Latina” que contó con la colaboración de las Comunidades Europeas, y se ejecutó por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), bajo la dirección científica de su director, Elías Carranza, con actividades en diez países, a saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador. La investigación sociológica contiene importante información sobre el sistema de justicia juvenil y sobre los niños, niñas y adolescentes infractores que con motivo de su accionar.

La investigación arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos sin excepción, que la justicia penal juvenil (como toda la justicia penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres (empobrecidos). En sociedades con muy desigual distribución de la riqueza y el bienestar, también la justicia penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales. De la investigación jurídica se desprende —al igual que de las investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto— que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la justicia penal reconocidas ahora explícitamente por el Derecho internacional para la protección de los Derechos humanos en materia de los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En la doctrina de la situación irregular los niños, niñas y adolescentes no eran considerados responsables de los delitos que cometen y, por el contrario, se trata de sustraerlos del Derecho penal. En esta situación el adolescente es considerado un *objeto* de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos. Contraria a esta doctrina la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal en el caso de los adolescentes que cometen un delito, pero atenuada.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una dife-

rencia de grado que se manifiesta las diferenciaciones de las medidas o sanciones que según su naturaleza tienen sus particulares fines. Sin embargo, aunque su finalidad sea la de reeducar, comportan siempre una cierta restricción de derechos y son productos de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la Ley penal. Los países de la región por medio de sus legislaciones de Derecho penal especial de adolescentes, la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no solo una visión de naturaleza asistencial (hipócrita) como la que promueve la doctrina de la situación irregular.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del Derecho penal especial de adolescentes, los países han tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas, por lo general no privativas de libertad. Se trata de principios como el de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, el de determinación de las clases de medidas, la duración y ejecución de estas. Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual, el juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista, reconoce que, aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o protección no puede negarles sus derechos y libertades fundamentales. Por esta razón, aunque sea condenado con medida de privación de libertad, el juez está obligado constantemente a revisarla por otra más adecuada.

La creación del sistema de justicia penal especializada, por los países de la región centroamericana, plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de “responsabilidad con garantías” (Cuarezma Terán, 2014, p. 103). Cuyas características serían las siguientes:

1. Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales;
2. refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad;

3. una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad;
4. las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación;
5. a la víctima u ofendido del delito se le integra como una parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo; y
6. en general se encuentran todas las garantías y principios que integran el debido proceso constitucional.

Los países con la creación de este sistema de justicia penal especializada para adolescentes no solo constituyen un nuevo sistema de valores, ni constituyen únicamente un sistema de derechos, garantías y deberes para los adolescentes en conflicto con la Ley penal, sino que crearon una novedosa respuesta del Derecho acorde a la naturaleza compleja de la delincuencia o desviación de los menores de edad, para enfrentar el problema con nuevos contenidos de prevención y control para el Derecho penal de adolescentes. Esta justicia especializada trata de crear una nueva cultura de la responsabilidad institucional y ciudadana, que rompa el círculo de violencia y recupere en consecuencia la importancia del Derecho, en la prevención y el tratamiento de la delincuencia de los adolescentes.

El tema de la justicia penal de adolescentes más que un problema social, se ocupa (o debería ocupar) de un problema humano. De ahí que su filosofía, medidas y procedimientos que desarrolla y utiliza están acordes a la naturaleza humana del problema social del adolescente infractor. El sistema propone propiciar la participación del adolescente, de la familia, de la escuela, de la comunidad, de la víctima, de las instancias judiciales y de la administración pública en materia de los servicios sociales, y por estimular un proceso que permita avanzar tanto en la construcción e individualización de los elementos que hagan más eficaz el deber de protección social como el desarrollo de la teoría de la responsabilidad penal del menor de edad. En palabras del jurista italiano Palomba F., “La responsabilidad, es

un valor irrenunciable de nuestra vida jurídica y social.” (Cuarezma Terán, 2015, p.104).

La respuesta de este problema tiene que ir dirigida al adolescente y a la sociedad, el adolescente por su conducta y la de las personas adultas por faltar a sus deberes. Aquí, como dice Palomba “es donde cobra mayor importancia el llamado Derecho de adolescentes. Pues detrás de un menor de edad que comete un delito siempre hay un adulto que ha fallado en sus deberes.” (*Ibid.*) El juicio de responsabilidades por tanto es el resultado de la relación conducta del adolescente y deberes de los adultos. Por tal razón, la justicia no puede solo enfrentar el problema llamado adolescente infractor solo con instrumentos represivos y judiciales, es necesario mantener un estrecho y continuo enlace con el sistema de prevención y protección social. Hay que evitar, por el contrario, que la justicia penal, se vuelva punto de referencia esencial en este tema, para romper el círculo de violencia e impedir que los problemas sociales devengan en problemas penales, hay que evitar la aparición del *Estado penal excluyente*, como expresa Elías Carranza (2013).

3. Mitos y realidades

Los medios de comunicación informan, como expresa la penalista española de Castilla-La Mancha, Martín López M. (2000, p. 101), una aparente elevación de los delitos cometidos por adolescentes menores, resaltan particularmente la violencia de estos: peleas colectivas, vandalismo y pandillas. La delincuencia de los adolescentes es uno de los problemas sociales más sentidos de nuestras sociedades. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a esta última en nuestros días. Esta alarma, por lo general artificial, los operadores políticos traducen en propuesta de reforma de la legislación con tendencia de endurecimiento al castigo y menos inversión en el gasto público. Hay que destacar, sin embargo, que los adolescentes no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más graves que los que cometen los adultos. Ni causan proporcionalmente un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos.

Los menores de diez y ocho años no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más grave que los que cometen los adultos. Ni causan en proporción un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos (López M., 2000, p. 101).

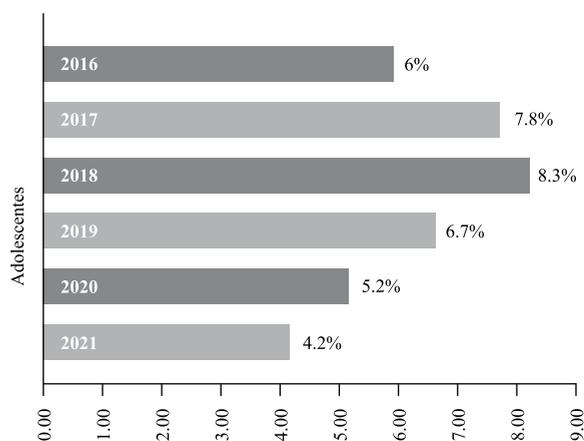
Existe la impresión, en la opinión pública, tal fue el caso de Nicaragua, que la aprobación del modelo de justicia especial especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes, nada más alejado a la realidad. Esta percepción es un mito, y es injustificada. Veamos. En Nicaragua, por ejemplo, después de la aprobación del Código, en el periodo 1997 y 2002, según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional, se detuvieron 229, 034 personas por la supuesta comisión de delitos. De esta cantidad, 205,046 eran adultos, 89.5% del total, y 23,988 adolescentes entre quince y dieciocho años no cumplidos, el 10.5%. Entre el periodo 2010 a 2015 (no se dispone de datos del 2013) los infractores adolescentes de la ley penal no superan el 6.1% del total de la población a nivel nacional que delinque, a saber: 6.1% (2010), 5.8% (2011), 4.5% (2012), 5.5% (2014) y 5.5% (2015), conforme a las estadísticas oficiales de la Policía Nacional. Con base al porcentaje más alto de adolescentes que infringen la ley penal, 6.1%, el 93,9% de personas que delinquen son mayores de 18 años, mujeres y hombre adultos.

Si realizamos un análisis comparativo entre los periodos indicados versus los últimos seis años (2016-2021) observaremos un patrón estadístico similar y con cifras en descenso. Según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional obtenidos de los anuarios estadísticos de esta institución, reflejan que del año 2016 al 2021 se efectuaron 339,168 detenciones por supuesta comisión de delitos, de esta cantidad 21,724 eran adolescentes de edades entre los 15-18 años no cumplidos es decir el 6.4% del total y 317,444 eran adultos mayores de 18 años (mujeres y hombres) equivalente al 93.6% del total. El porcentaje equivalente de detención en adolescentes por año se detalla de la manera siguiente: 6% (2016), 7.8% (2017), 8.3% (2018), 6.7% (2019), 5.2% (2020) y 4.2% (2021).

Tabla1.

Año	Detenciones	Adolescentes	Porcentaje
2016	57,741	3,493	6%
2017	67,773	5,263	7.8%
2018	50,531	4,036	8.0%
2019	59,436	4,020	6.7%
2020	54,406	2,845	5.2%
2021	49,281	2,067	4.2%

Gráfica1. Detenciones 2016-2021



En Costa Rica se observa un fenómeno similar, la cantidad de denuncias recibidas por la Sección Penal Juvenil en los últimos 5 años, son en comparación de los distintos actos delictivos realizados por los adultos, una minoría, la incidencia de los adolescentes infractores de la ley penal se encuentran dentro del porcentaje más bajos. Hay que destacar que la referida información se dio entre los años del 2012 al 2015, mientras que para el 2016 se tomaron los primeros ocho meses.

No obstante este rotulamiento (*labeling*) que se hace de la población joven y menor de edad, el ILA-NUD analizando homicidios y homicidas en un país de la región verificó que las tasas de homicidas se distribuían proporcionalmente entre los diversos grupos etarios, y que la interpretación correcta sería no que estamos en presencia de jóvenes generaciones violentas, sino que estamos en presencia de sociedades violentas que socializan a las personas menores de edad y jóvenes en la violencia (Carranza & Solana, 1997, p. 8).

Para Martín López (2000, p. 105), la sociedad por lo general, con ayuda de los medios de comunicación, crean una imagen estereotipada del adolescente delincuente que funciona a modo de *chivo expiatorio* sobre el que descarga miedos y frustraciones, cegada la sociedad por la incomprensión y el impulso de negar la propia responsabilidad (o fracaso) en sus hechos. El Estado y la sociedad son contradictorios. Como dice la autora, se promete a las niñas, niños y adolescentes grandes cosas, sin embargo, la realidad es bien distinta. Las universidades se abren a los adolescentes, pero no todos tienen acceso a ellas y cuando lo logran no siempre el título le sirve o le será de utilidad; se ofertan cines, literatura, automóviles, ropa de moda, deportes, Internet, viajes, pero el adolescente no dispone de recursos económicos y cada vez tarda más en incorporarse al mundo laboral, cuando llega, y en muchas ocasiones en no muy buena situación laboral o en trabajos muy debajo de su formación y se potencian los valores de independencia y libertad, pero sin vivienda propia han de permanecer en la casa materna y paterna toda la vida. La enseñanza, la salud, el empleo y la vivienda son oportunidades vitales para cada adolescente de cara a su inserción social adulta. Cuando estos medios se bloquean, surge un desajuste individual y social en la adolescencia que puede llevar a la infracción de normas y a la violencia como respuesta reactiva; surgen auténticos caldos de cultivo de frustración, agresividad y violencia.

Por otra parte, la fuerza represiva del Estado configura un mecanismo de control social sobre los adolescentes acrecentando la posibilidad de delinquir más o con mayor gravedad. Los adolescentes reprimidos pertenecen mayoritariamente a las capas sociales inferiores, aquellas que encuentran más dificultades para la reinserción social por las escasas posibilidades laborales, bajo rendimiento escolar,

conflictos familiares y emocionales, en definitiva, pertenecen al grupo social que más sufre todas las crisis económicas.

Por esta razón, la justicia penal juvenil debe dejar de ser vista como un asunto de carácter exclusivamente policial y judicial, para trascender a la concepción amplia que demandan los estándares internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, resolución 40/33, 1985, orientaciones fundamentales 1.4):¹⁴

1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

La investigación científica arriba referida del ILA-NUD sobre los “Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina”, arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción: “Que la justicia penal juvenil criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres”.

Por ejemplo, en el caso de uno de los países de la región, Nicaragua, la investigación reveló que la clientela de la justicia penal estaba constituida por niñas, niños y adolescentes pertenecientes a los sectores de menores recursos de la sociedad y que practican conductas propias de estrategia de sobrevivencia. La justicia penal les aplicaba la medida de privación de libertad en casos en que otras medidas serían posibles y apropiadas. Los perfiles psicosociales y sociológicos que la investigación pudo establecer del “transgresor tipo” reflejaban que estas niñas, niños y adolescentes se encontraban en una situación de extrema pobreza, tenían baja o nula instrucción escolar, provenían de hogares desintegrados y, en aquellos casos que la tuvieran, hacía falta la figura paterna responsable. La investigación además arrojó un dato escalofriante: El costo por niña, niño o adolescente privado de libertad era alto: doscientos dólares por mes (USD\$ 200.00), frente al ingreso familiar de los mismos que era muy bajo: cincuenta dólares (USD\$ 50.00). Esta conclusión puso de manifiesto una dura

realidad: que el Estado y la sociedad invertirían cinco veces más en el internamiento o encierro de las niñas, niños y adolescentes respecto del ingreso de las familias originarias que apenas les alcanza para comer.

Para el exdirector del ILANUD, Elías Carranza (1994, p. 118), los muchachos de la calle, de clase pobre o marginal, suelen ser condenados a prisión o “internados” por el hecho de no tener familia. La misma conducta practicada por un niño de otra extracción social (media o alta), con una familia, es normalmente resuelta de otra manera. A los de sectores vulnerables les exigimos más que a otros y, sin quererlo, “castigamos su pobreza”. Si un adolescente de clase pobre comete un delito, decimos que es un “delincuente”, que merece castigo, lo perseguimos y lo etiquetamos. Si es un adolescente que pertenece a otro tipo de clase económica, que comete un delito, somos indulgentes, decimos que fue “un episodio accidental” o una “travesura”, y procuramos que no se le castigue. Estos personajes, los de clase pobre, son seres libres, lleno de necesidades insatisfechas, que sufren agresiones; a quien debemos ayudar con su consentimiento, pero sin agregar la agresión del encierro a las agresiones que ya sufren.

La información empírica autorizada (Carranza, 2013) nos permite advertir que las personas menores de edad privadas de libertad por la justicia penal juvenil de Centroamérica, casi la totalidad, pertenece a los estratos sociales bajo o marginal; que las altas tasas de delito y de personas privadas de libertad de la región tienen correlación con sus altos índices de inequidad en la distribución del ingreso, que son los más altos del mundo según las mediciones de CEPAL y el Banco Mundial; que la respuesta al delito no puede ser solo justicia penal y cárcel. Los países necesitan por sobre todo más justicia social, concretamente políticas que reduzcan la inequidad de la distribución del ingreso; que el lugar o espacio natural de los niños, niñas y adolescentes no es la cárcel, sino la familia y la escuela, como lo establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que la justicia penal debe utilizarse exclusivamente como último recurso (*ultima ratio*). Se debe procurar resolver esos conflictos por medio de la justicia restaurativa, haciendo uso de alternativas al juicio y a la prisión, y en los casos en que la justicia penal sea inevitable esta debe ser especializada y las personas menores de edad contar con las garantías pe-

nales, procesales y de ejecución de las sanciones con que cuentan las personas adultas, más las garantías específicas que les corresponden por su condición de menores de edad.

4. Vientos de contrarreformas de mano dura y riesgos de involución

En el año 2009 el ILANUD, en el marco de la colaboración entre la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Escuela Judicial de Costa Rica, se inició un proyecto que permitiera, mediante acciones especialmente de capacitación, impulsar la mejora de los sistemas penales juveniles de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. El proyecto de investigación se denominaba “Prevención de la violencia y acceso a la justicia en condiciones de igualdad para la mujer, la niñez y la adolescencia en Centroamérica” bajo la dirección científica de Douglas Durán Chavarría, experto (y actual director) del ILANUD. La investigación fue publicada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (2012).

La investigación pone de relieve que las corrientes de mano dura para la región significan un riesgo de involución como los procesos de contrarreforma en América Central. Los procesos de reforma realizados de conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño supusieron un avance de grandes dimensiones en lo que a la reacción penal a las conductas desviadas de las personas menores de edad concierne, sin embargo, la investigación advierte que hay problemas serios que amenazan el progreso logrado. Este proceso de contrarreformas se desarrolla dentro de una tendencia general —y, además, global— hacia un endurecimiento del sistema penal en su totalidad, la cual responde a una concepción eficientista del Derecho penal, según la cual la respuesta a las conductas desviadas debe darse primordialmente a través de la represión, la punición y, especialmente, la prisión. Este tipo de concepción expresa la investigación, se arraigan inicialmente en la proliferación de un sentimiento de inseguridad acrecido y que, en muchas ocasiones, no se corresponde con la victimización y, a veces, ni siquiera, de lejos, con la criminalidad registrada. Al respecto de este fenómeno, vale citar como ejemplo el caso de Costa Rica, paradigmático en el área, toda vez

que siendo el país con la tasa de homicidio más baja de Centroamérica, es la nación con mayor sentimiento de inseguridad de Latinoamérica, circunstancia que se verificó mediante un estudio realizado por FLACSO con la cooperación de AECID en 2009.

Como expresión de este proceso de contrarreformas, El Salvador modificó la Ley del Menor Infractor con una Ley para combatir las actividades delincuenciales, (Decreto 305, 2004). La reforma expresa que la ley es aplicable a toda persona mayor de 12 años por el solo hecho de pertenecer a la “mara o pandilla”. Para la ley, la “mara o pandilla” significa “grupos o asociaciones ilícitas especiales [...] agrupaciones de personas que en su accionar afecten la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana”. Además, que se agrupen o reúnan habitualmente; que señalen injustificadamente segmentos de territorio como exclusivo en relación con otras maras o pandillas; que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con la mara o pandilla; que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices, como medio de identificación o pertenencia a la misma. Incorpora el criterio de discernimiento al que llama “habilitación de edad” lo que significa que el menor de 18 años que posea “discernimiento de adulto” es juzgado como tal. Restringe o elimina garantías específicas de los derechos de los adolescentes infractores, entre otras, restricción de medidas cautelares distintas a la detención, declaración de improcedencia de la conciliación, eliminación de la posibilidad de renuncia de la acción penal por parte de la Fiscalía, elevación del máximo de la pena privativa de libertad de 7 a 20 años y solo modificable por cumplimiento de la mitad de la condena.

El Estado de Honduras reformó el 332 del Código Penal en materia de asociación ilícita, por medio de la “Ley De Maras”, (Decreto 117, 2003) (Decreto 6, 2017) que reforma y adiciona al Código penal el articulado necesario para enfrentar las “maras” o “pandillas” de las extorsiones o amenazas que hacen a la población. Panamá, a través de la Ley 46 del 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales reformas que realiza son el aumento del máximo de la pena privativa de libertad de 5 a 12 años; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de 2 a 6 meses; ampliación de la lista

de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad. La investigación de ILANUD expresa que una ley más reciente aumentó los mínimos de las penas de cárcel por aplicar a los adolescentes panameños, mecánica que implica, ya no por la vía del aumento de los máximos imponibles, un uso acrecido de la pena de cárcel en materia de niños y en el 2010 en Panamá la edad mínima a efectos de responsabilidad penal de los catorce a los doce años.

En el caso de Nicaragua, a pesar de los intentos para desarticularlo, el Código de la Niñez y adolescencia no ha sufrido reformas después de 26 años de haber entrado en vigor.

En este proceso de marcha y contramarchas, observamos una ambigüedad. Por una parte, los países del área centroamericana adecuaron su normativa interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, con un espíritu esencialmente minimalista, pero, por otra parte, este proceso de adecuación en algunos casos, como los arriba apuntados, abandonan muchos de los principios fundamentales del Derecho, sobre todo la visión en el uso de la privación de libertad.

Sin embargo, y como un esfuerzo renovado, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe y de otros organismos conexos (FOPREL), el 14 de noviembre de 2014, resolvió aprobar por unanimidad “Ley Marco Regional Referente a la Prevención del Delito en Niñas, Niños Y Adolescentes”.

Esta Ley Marco, tiene la finalidad de generar iniciativas conjuntas para la emisión de normativas en cada país miembro, encaminadas a la prevención de los delitos en la niñez y la adolescencia. Es importante destacar que, sin perjuicio que aún no se han desarrollado impulsos internos para la aprobación o adecuación de este texto legislativo en los países que la han aprobado, la Ley Marco reconoce la necesidad de “elaborar políticas públicas o una política criminal para la prevención del delito en niñas, niños y adolescentes y para el interés general de la sociedad” y exhorta a sus Estados miembros que introduzcan dicha Ley Marco en cada Órgano Legislativo de acuerdo a las características de cada país, para su correspondiente discusión, consulta y aprobación. Hay que destacar que FOPREL, se compromete desde este texto legislativo regional “en no utilizar el Derecho penal y la privación de libertad como primer recurso para

abordar el fenómeno de la criminalidad de la niñez y la adolescencia. Solo deberá recluir a los niños, niñas y adolescentes en instituciones como *último recurso* y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a sus propios intereses” (art. 24) y respecto del fenómeno de la violencia y la delincuencia juvenil denominada “maras”, se compromete a establecer o promover medidas propias de la llamada *justicia de transición o justicia transicional*. “El Estado para lograr el cese de la violencia de las pandillas y su incorporación plena a la sociedad de forma pacífica, buscará una salida a través del mecanismo de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR)” (art. 34).

5. Conclusión. Un proceso de marchas y contramarchas

La aprobación en los países de Centroamérica (Cuaresma, 2001, p. 457) de la Convención y los procesos de reformas con la finalidad de adecuación a ella, han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de estos como sujetos de derechos y sujetos sociales. No obstante, en el istmo centroamericano, ha nacido una “paradoja” con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el Estado de la Región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala (el Estado legal) y lo que la realidad muestra (el Estado real), señala el referido estudio regional, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos sino, también, de vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, de una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia solo a los relacionados con la infracción de la ley penal.

La hazaña de la implementación de este tipo de legislación es de marchas y contramarchas, no pudiendo anticiparse con exactitud, por lo tanto, la llegada a puntos predeterminados más bien establece un sendero estratégico, cuya viabilidad es perfectamente autoreforzable, a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en prácticas.

Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido tan solo como un texto legal más o menos sistemático y articulado de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la región centroamericana no son solamente un problema derivado de la calidad, vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad.

Por tanto, la aplicación legal debe de abordarse estratégicamente también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, se producen lamentablemente a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es (salvo excepciones) un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de Derecho constitucional como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de internalización de forma individual (educación y familia).

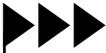
Continuar con la aplicación de la legislación y promover la necesaria transformación cultural para su efectividad, sigue siendo un gran desafío, que supone además en términos políticos un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía.

6. Referencias bibliográficas

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores. "Reglas de Beijing"*. Resolución 40/33 de la Asamblea General de la ONU, del 28 de noviembre de 1985.
- Asamblea Nacional de Nicaragua (1998). Ley No. 287. *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Publicada en La Gaceta Diario No. 97 del 27 de mayo de 1998. Nicaragua. Recuperado de: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument)
- Armijo G. (1998). La tutela constitucional del interés difuso. En *Serie de Políticas Sociales*, UNICEF, Costa Rica.
- Bacigalupo E. (1983). Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela. *Revista ILANUD*, año 6, (#17-18) San José.
- Beloff M., Cillero Bruñol, M. & García Taengua E. (1998) *Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Prefacio de Luigi Ferrajoli. Temis, Desalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires.
- Bonner, K.; Carranza, E. & Steffens R. (1997). *Delito y Seguridad de los habitantes*. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD, Comisión Europea. San José. Costa Rica. [resultado del proyecto ILANUD, Comisión Europea "Reflexión científica sobre el delito y la seguridad de los habitantes"]
- Carranza E. (1994). *Criminalidad: ¿Prevención o promoción?* UNED. San José, Costa Rica.
- Carranza, E., & Maxera, R. (1995). El control social sobre niños, niñas y adolescentes en A. Barrata y Sneider Rivera (Ed.) *América Latina. La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal* (63-82). San Salvador.
- Carranza E. & Cuarezma Terán S. (1996). Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente. Managua: UCA.
- Carranza E. & Solana E. (1996) Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos. San José: ILANUD/Comisión Europea.
- Carranza E (2000). Garantías básicas de carácter penal, procesal y ejecución en la justicia penal de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia en Nicaragua. *Doctrina. Revista penal*, (No. 5) PP. 3 – 21. La Mancha: Praxis, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad Castilla.
- Carranza, E. (2013, junio) *Menores de edad, delito y prisión en América Latina ¿Qué hacer?* Conferencia dictada en Estocolmo.
- Carranza, E. (2012) Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? En CDH. *Anuario de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/articler/viewFile/20551/21723>
- Cillero Bruñol M. (1998). El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García Méndez (Comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*.
- Cillero Bruñol M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En UNICEF. *La Justicia y Derechos del Niño* (pp. 125 – 142). Santiago: UNICEF. Recuperado de http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf#page=125
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002, agosto). *Opinión Consultiva OC/2002 solicitada por la sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"*
- Cuarezma Terán, S. (1997). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, Concordado y Actualizado*. Managua: Hispamer.
- Cuarezma Terán, S (1998). Código Penal. Comentado, Revisado y Actualizado. Managua: Hispamer.
- Cuarezma Terán S. (2001). La justicia penal de adolescente en Centroamérica. En José Martín Ostos (Dir). *Anuario de Justicia de Menores*, (No. 1) Sevilla.
- Cuarezma Terán, S. (2002). Código de Instrucción Criminal. Comentado, concordado y actualizado. Managua: Hispamer

- Cuarezma Terán, S. (2015). Mitos y realidades sobre la legislación de niñas, niños y adolescentes de Nicaragua. En C. Tiffer (coord.) *Homenaje a Elías Carranza, Justicia penal, política criminal y Estado social de derecho en el siglo XXI*, (Tomo I) (pp. 95 – 131) Argentina: EDIAR. Recuperado de <http://www.sergiocuarezma.com/wp-content/uploads/2015/11/Mitos-y-realidades-de-ni--as-y-ni--os-y-adolescente-en-nicaragua.pdf>
- De Hoyo S., M. (2004). El detenido y sus derechos. *Breviarios Jurídicos* (No. 4), Managua: Hispamer.
- Durán, D. (2012). *Prevención de la violencia juvenil y fortalecimiento del sistema de justicia penal juvenil*. Managua: ILANUD, AECID, Escuela Judicial de Costa Rica. INEJ.
- Fernández Molina, Esther. (2002). La valoración del Interés Superior en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Anuario de Justicia de Menores* (Nº. II) Sevilla: Universidad de Sevilla.
- García Méndez, E. (1992, julio). La Convención de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos. *Revista Foro Penal*, (# 57).
- García Méndez, E. & Beloff M. (Comp). (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. TEMIS y Depalma.
- Giménez Salinas E. & González Zorrilla C. (1983, abril). Jóvenes y cuestión penal en España. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, (#3) Madrid.
- Gurdián Hamyn. (2004, 1 de febrero). Entrevista. *La Prensa*. Edición Nº 23,349.
- Houed M; Sánchez C. & Fallas D. (1997). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. San José: Escuela del Poder Judicial.
- Houed, M. (Coord). (2000). *Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal*. (1 Ed.) Managua: Hispamer.
- Ibáñez A. (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza Editorial.
- IIDH/De palma. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)* Buenos Aires: IIDH.
- Infancia y Derechos Humanos (1993). *Conferencia*, San José.
- ILANUD. (1997). *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*. Escuela Judicial y Unión Europea.
- Jaén Vallejo, M. (2004). *Principios y Garantías del Proceso Penal*. Managua: APICEP de la UPOLI.
- Jescheck, Jans H. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo I), Bosch.
- Llobet Rodríguez, J. (1997). *La Prisión Preventiva*. (Ed. 1) San José: UCI.
- Luzón Peña, D. (1995). *Iniciación a la Teoría General del Delito*. Managua: UCA.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitaria, S.A
- Martín López M. (2000). *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.
- Maxera, Rita. (1992). *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales, en Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Buenos Aires: Bolerina.
- Maxera R. & Carranza E. (1999). Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina. *Estudios de Derecho Judicial*. (No. 18)
- Maxera R. (2005, abril). *Mecanismos Restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles; Latinoamérica y España*. Informe presentado en el Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la justicia criminal. Bangkok.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. (Fundamentos y Teoría del Delito). (3ra ed.). PPU.
- Mora Mora, L. & Navarro Solano S. (1995). *Constitución y Derecho Penal*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica.
- Pedraz Penalva, E. & Zaffaroni R. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Managua: Hispamer.
- Pedraz Penalva, E. & Zaffaroni R. (2004). *Documentos Penales y Criminológicos (DPC)*, (Vol. 2) Managua: Hispamer.
- Rivera, Sneider. (1998). *La nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia del El Salvador*. San Salvador.
- Trejo M; Serrano A; Rodríguez D & Campos Ventura J. (1994). En *Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Centro de Investigación y Capacitación*, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador.

- UNICRI. (1990). Prehistoria e Historia del Control socio-penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina. *Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos*. (42), Buenos Aires: Galerna
- Zapata López, R (1999). El artículo 71 de la Constitución Política y el Código de la Niñez y la Adolescencia. *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. Managua: Hispamer,
- Zaffaroni E. (1990). Los menores y la ley, en Pibes unidos y la ley. *Colección cuadernos* (#1) Buenos Aires.



Violencia de género: un análisis de la situación en México y Argentina

Sofía Andrea Curatolo

Abogada, Diploma de Honor, Especialista en Derecho Penal y Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cumpliendo funciones en el Poder Judicial de la Nación Argentina. Contacto: soficuratolo@gmail.com.

RESUMEN: *La problemática de la violencia de género es algo que históricamente las mujeres y los colectivos LGBTQI+ han sufrido por parte de los hombres, que son quienes tomaron el poder y erigieron el sistema patriarcal, un sistema de dominación. La diferencia es que en el último siglo esto se ha cuestionado en todos los ámbitos y con ello se ha logrado visibilizar las distintas violencias y las desigualdades, como así también las discriminaciones en razón de género. Las agencias del sistema penal cumplen un rol eficaz en perpetuar al sistema patriarcal y machista, desde las judiciales pasando por las policiales y las penitenciarias y muy fuertemente las de comunicación social. Es por ello que es necesario e indispensable que las agencias políticas intervengan y modifiquen el funcionamiento de las otras para mejorar la situación de las mujeres y cumplir con las obligaciones internacionales.*

PALABRAS CLAVE: *violencia de género, desigualdad, patriarcado, agencias del sistema penal*

ABSTRACT: *The problem of gender violence is something that women and LGBTQI+ communities have been historically suffering due to men, who took power and erected the patriarchal system, a system of domination. In the last century, this long-lasting problem has been called into question in every sphere of life. This made visible the different types of violence and inequalities, as well as discrimination based on gender. The agencies of the penal system play an effective role in perpetuating the patriarchal and sexist system, from the judicial ones to the police and penitentiary ones, and particularly mass media. That is why it is necessary for political agencies to take part in the solution of this problem and modify the functioning of the other agencies to improve the situation of women and fulfill international obligations.*

KEY WORDS: *gender violence, inequality, patriarchy, agencies of the penal system*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Violencia de género. 2.2. Antecedentes teóricos del femicidio. 2.3. Figura del femicidio en México. 2.4. Datos y estadísticas de femicidios en México. 2.5. Figura del femicidio en Argentina. 2.6. Datos y estadísticas de femicidios en Argentina. 2.7. Análisis comparado de los datos. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

Rec: 01/08/2022 | Fav: 20/08/2022

1. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad abordar la problemática de la violencia de género y realizar un análisis comparativo de la situación actual en México y Argentina.

A tal efecto, en primer lugar, nos abocaremos a definir el término género, luego explicaremos los motivos históricos por los cuales existe una desigualdad social, económica, y política de las mujeres respecto de los hombres, para finalmente abocarnos a la violencia de género.

Asimismo, veremos los tratados internacionales y la legislación tanto mexicana como argentina en relación a la protección de las mujeres. Posteriormente, observaremos y analizaremos las cifras de los femicidios en ambos países.

Por último, propondremos modificaciones tanto legislativas como del servicio de justicia a los efectos de contribuir a la equidad y justicia social.

2. Desarrollo

2.1. Violencia de género

En primer lugar, es necesario poner de relieve que el término “género” hace alusión a los roles, funciones, valoraciones, comportamientos y características que fueron impuestas a cada género a través de los procesos de socialización, y que, a su vez, fueron y son mantenidos y reforzados por la ideología y todas las instituciones patriarcales.

Sin embargo, este concepto no es universal, ya que se concretiza en cada sociedad conforme su contexto temporal, espacial, económico y político, es decir, de la realidad en que cada una de ellas está transitando. Se encuentra constantemente redefiniéndose a través de las teorías de género feministas.

Ahora bien, una vez explicado el concepto de género podemos adentrarnos en preguntarnos cómo es que surge la violencia con motivos de género. Para ello,

tenemos que decir que tiene su origen en estereotipos y prejuicios acerca de los atributos y las características que poseen hombres y mujeres y en expectativas de las funciones sociales que ambos supuestamente *deben* desempeñar (por ejemplo, que las mujeres sean las únicas encargadas de las labores domésticas, tanto del cuidado de los hijos, su educación, entre otras tareas). Estos patrones socioculturales colocan a las mujeres en una posición inferior o subordinada respecto de los hombres y propician su discriminación, elementos que son los principales impulsores de la violencia dirigida hacia ellas.¹

¿Cuál es la razón por la cual existe una situación de subordinación por parte de las mujeres hacia los hombres? Sencillamente, porque, como señala Gerda Lerner en su libro *La creación del patriarcado* desde hace cinco o seis mil años los hombres tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano. Desde allí que la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres, y posteriormente han ejercido y continúan ejerciendo violencia contra la mitad de la población mundial.

El sistema patriarcal establece cuál es el rol de la mujer y ejerce un control social formal e informal sobre ella, todo el tiempo. Estos roles son internalizados en primer lugar, a través de la familia y la educación, y luego reforzados continuamente en el ámbito laboral y académico superior. Los medios masivos de comunicación se encargan fehacientemente de reforzarlo a través de la emisión de constantes mensajes que responden al modelo social dicotómico de mujer-hombre (no hay lugar para la persona que se considere no binaria), dominante-dominada. El motivo detrás de los medios de comunicación es simplemente económico, mantener el statu quo.

¹ OEA. *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas*. Obtenido de: <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Guia-conceptos-basicos-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf> consultado el 30/03/2022.

Ahora bien si existen roles predeterminados, hay también mujeres que no los cumplen y salen de ellos. Aquí es donde entra en consideración el concepto de “desviación”. Uno de los principales roles, y también el más importante, es el sexual. Existe un disciplinamiento social que le otorga a la mujer el papel de madre antes que su vida sexual. Cuando decide no ser madre, se encuentra “incumpliendo” el rol asignado por el patriarcado y es considerada una desviada. De aquí surgen los conceptos de bruja, mala madre, mala esposa, desobediente, histérica, loca.

Así como mencionamos anteriormente, que los medios de comunicación reproducen el contenido del mensaje machista, existe también un discurso jurídico androcéntrico y sexista que se replica en los tribunales, reafirmando estereotipos y muchas veces produciendo revictimización.

En consonancia con ello, señala Zaffaroni que: “el poder punitivo lo asegura, al vigilar a los controladores para que no dejen de ejercer su rol dominante. Por otro, si se perdiese ese rol dominante, se derrumbaría la jerarquización misma porque las mujeres volverían a interrumpir la transmisión cultural que legitima el poder punitivo y el saber señorial que se logró con el primer ejercicio del poder punitivo en los siglos de su configuración originaria”.²

Por lo expuesto anteriormente, se puede evidenciar que producto del sistema patriarcal, la violencia que se ejerce contra las mujeres y contra el colectivo LGBTQI no puede ser interpretado como una serie de hechos aislados o individuales. Como señalan Fellini y Deganut “pertenece a un conjunto de estructuras y relaciones injustas de poder cuya forma es la violencia”.³

Si bien abordaremos el término de femicidio posteriormente, es dable remarcar que Carcedo y Sagot desde Costa Rica lo presentan como un concepto que ayuda a desarticular el argumento de que la violencia de género es un asunto personal o privado, y muestra su carácter profundamente social y político, que es resultado de las relaciones estructurales de poder, do-

minación y privilegio entre los hombres y las mujeres de la sociedad.⁴

Así como mencionamos que el primer ámbito de reproducción del discurso es en la familia, también la violencia se produce en el ámbito doméstico. Este puede abarcar tanto a las mujeres como a los hijos o niñas, pero aquí nos enfocamos en la situación de las mujeres que conviven o mantienen un vínculo en el mismo espacio físico con una pareja hombre. Así, señala Di Corleto que: “la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar constituye una de las manifestaciones más evidentes de la desigualdad entre los géneros y debe ser concebida como una forma de control que incluye violencia física, sexual o psicológica”.⁵

Los hombres establecieron a través del sistema patriarcal los roles que deben cumplir las mujeres, y una forma de hacer eso es a través de la violencia, generando temor, culpa, vergüenza. La violencia tiene la capacidad de limitar seriamente la libertad de las mujeres y mantenerlas en una posición de sometimiento y opresión, que coarta las posibilidades de autodeterminación.⁶ Además, no debe menospreciarse el carácter instrumental de la violencia para garantizar la sumisión.

Con relación a cómo se encuentra legislado el concepto de violencia contra las mujeres corresponde señalar tanto las leyes en Argentina y México como los instrumentos internacionales que detallaremos.

La ley 26.485⁷ en su artículo 4 establece que: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también

² Zaffaroni, E. R. (2000). *El discurso feminista y el poder punitivo en Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, p. 329. Obtenido de: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14202.pdf> Consultado el 11/04/2022.

³ Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2021). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 61.

⁴ Carcedo, A. y Sagot, M citadas por Arocena, G.A. (2021). *Femicidio y otros delitos de género*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 25.

⁵ Di Corleto, J. (2006). *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Buenos Aires: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*. Obtenido de: <http://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar/wp-content/uploads/Julietta-Di-Corleto.pdf> Consultado el 2/04/2022.

⁶ Fellini, Z. y Morales Deganut, C. *Violencia contra las mujeres*. ob. cit., p. 61.

⁷ Argentina. Ley de Protección Integral de las Mujeres. Fue sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada el 1 de abril del mismo año. Obtenida de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>. Consultado el: 3/6/22.

su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”.

Cabe señalar que el artículo 6 de la mentada ley en su inciso a) comprende la siguiente modalidad: “Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

La ley General De Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia⁸ en su artículo 5 establece en los siguientes incisos: IV “Violencia contra las Mujeres: Cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público”; V. “Modalidades de Violencia: Las formas, manifestaciones o los ámbitos de ocurrencia en que se presenta la violencia contra las mujeres”; VI. “Víctima: La mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia”; VII. “Agresor: La persona que inflige cualquier tipo de violencia contra las mujeres”.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,⁹ conocida como Convención de Belém do Pará define en su artículo primero que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer 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”.

Así también, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujeres en su artículo primero dice: “por ‘violencia contra la mujer’ se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al

sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Sin embargo, pese a lo detallado anteriormente, como nos ilustra Maqueda Abreu:

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre en ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995). Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género (Maqueda Abreu citado por Arocena, 2021, p. 26).

2.2. Antecedentes teóricos del femicidio

En Latinoamérica Marcela Lagarde, Julia Monárrez y Rita Segato, y en Estados Unidos Diana Russell, Jane Caputi y Jill Radford elaboraron tanto los neologismos femicidio y femicidio (expresiones sinónimas) y *femicide* en inglés.

Como pone de relieve Toledo, en América Latina, la conceptualización de Russel y Caputi en 1990 en Estados Unidos se transformó en la base para la reflexión de activistas y académicas feministas en varios países del continente, donde posteriormente surgieron las primeras propuestas legislativas. En otras partes del mundo, la expresión *femicide* fue utilizada en investigaciones académicas.¹⁰

⁸ México. Ley General De Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007 y la última reforma fue del 22-6-2017. Obtenido de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_mex_ref_leygralvidalibredeviolencia.pdf. Consultado el: 22/8/22.

⁹ Fue suscripta el 9 de junio de 1994, aprobada por la ley nro. 24.632 cuya sanción fue el 13 de marzo de 1996 y la promulgación el 1 de abril de 1996.

¹⁰ Toledo, P. (2019). *Femicidio en Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, ps. 238/9.

Si bien hay diferentes evoluciones de este concepto, en atención al análisis de los países involucrados, corresponde señalar que el concepto de femicidio/feminicidio es entendido como “todos aquellos homicidios de mujeres que se cometan por razones de género, es decir, aquellos que constituyen una manifestación extrema de violencia contra las mujeres, ya sean cometidos por conocidos o desconocidos, en el ámbito público o privado”.¹¹ El mismo ha sido desarrollado y utilizado en diversos contextos y regiones de México y la mayor parte de Latinoamérica.

El uso de la expresión feminicidio que es sinónimo de femicidio se ha generalizado en México y en gran parte de la región a mediados de la década de los noventa, principalmente a partir de la denuncia de varios casos de desapariciones y homicidios de mujeres en el Estado de Chihuahua, particularmente en la Ciudad Juárez, los cuales fueron caracterizados por su violencia sexual o física extrema como así también por la falta de sanción que los ha rodeado. Estos casos dieron lugar a pronunciamientos y recomendaciones de organismos internacionales como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tan conocido caso “Campo Algodonero” que condenó al estado mexicano por no garantizar el derecho a la vida, integridad y libertad de las víctimas, así como por la impunidad y discriminación que afectó a las víctimas y sus familiares.¹² Sin embargo, utilizaron en la sentencia la expresión feminicidio pero sin aludir a la necesidad o conveniencia de tipificar esta figura como un delito específico.

La tipificación de esta figura ha sido principalmente justificada desde la perspectiva jurídica por el derecho internacional de los derechos humanos, principalmente a raíz de la Convención de Belém De Pará.

2.3. Figura del femicidio en México

En el Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Decimonoveno - Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, Capítulo V en el artículo 325 se encuentra tipificada la figura del feminicidio de la siguiente manera: “Comete el delito de feminicidio quien prive de

la vida a una mujer por razones de género”.¹³ Fue incorporada el 14 de junio de 2012.

2.4. Datos y estadísticas de femicidios en México

Comenzaremos a señalar los datos desde el año 2015 para luego realizar lo mismo con Argentina, dado que a partir de aquel año se comenzó a elaborar un registro de datos estadísticos de muertes de mujeres, personas trans y travestis por razones de género.

Así las cosas, en el año 2015, en México, la cifra de femicidios fue de 412. En los años subsiguientes se puede observar un preocupante incremento en la tasa de víctimas de este delito.

En el 2016 la cifra ascendió a 607; en el 2017 a 742; en el 2018 a 896, en el 2019 a 947.¹⁴ Asimismo, en aquel último año las tres entidades federativas con un mayor número de presuntas víctimas de feminicidio de enero a septiembre fueron: Veracruz (146), Estado de México (81) y Nuevo León (53).¹⁵

En el año 2020, el número de femicidios fue de 948 siendo la tasa por cada 100.000 mujeres del 1.4.¹⁶

Por último en el año 2021, volvió a subir pero en menor proporción que antes a 966 femicidios y la tasa por cada 100 mil mujeres fue de 1.47.¹⁷

En el cuadro elaborado por Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública en diciembre de 2021 es dable observar que, a nivel nacional, desde enero de 2015 a diciembre de 2021, las presuntas víctimas de femicidios son mayoritariamente personas adultas, es decir, que tenían más de 18 años.

¹¹ Toledo, P. *Femicidio en Género y Justicia Penal*. ob. cit., p. 241.

¹² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Consultado el: 22/8/22.

¹³ Código Penal Federal de México. Obtenido de: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimonoveno/capitulo-v/>. Consultado el: 23/8/22.

¹⁴ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (2021). *Información sobre violencia contra las mujeres Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1*. Obtenido de: <https://testigopurpura.files.wordpress.com/2022/01/info-delictivencia-contra-las-mujeres-dic21.pdf>. Consultado el: 23/8/22.

¹⁵ Instituto Nacional de las Mujeres. (2019). *La violencia feminicida*. Obtenida de: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA5N10.pdf. Consultado el: 23/8/22.

¹⁶ ONU. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Obtenido de: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>. Consultado el: 23/8/22.

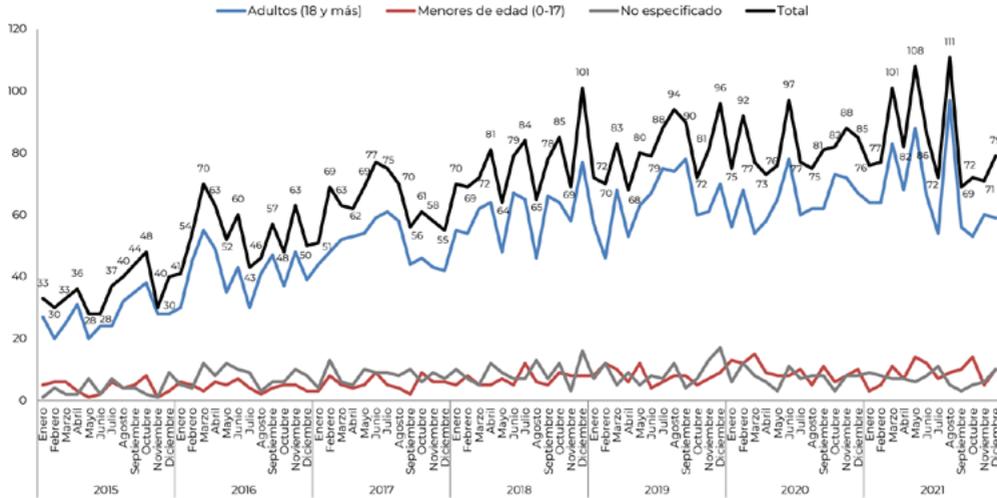
¹⁷ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Información sobre violencia contra las mujeres Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1*. ob. cit., ps. 14/16.

Violencia de género: un análisis de la situación en México y Argentina • págs. 51-64



PRESUNTAS VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO* POR GRUPO DE EDAD: TENDENCIA NACIONAL

Enero 2015 – diciembre 2021



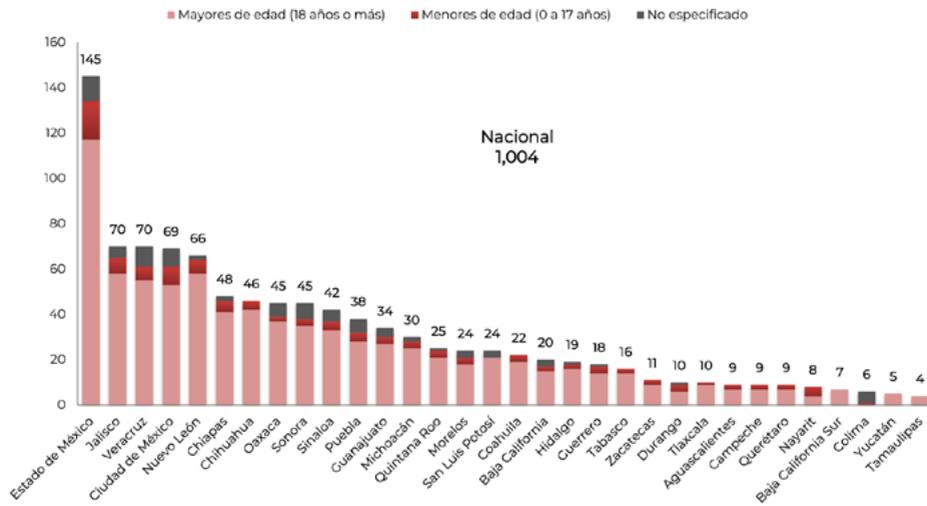
* La contabilidad del delito de feminicidio se realiza conforme al manual de llenado del Instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de los Delitos y las Víctimas CNSP/38/15 publicado en: <https://drive.google.com/file/d/1ZCUCr3aDh-HuEkB8xZDUEBk3qxQFD2t/view> y conforme a los lineamientos para el registro y clasificación de los presuntos delitos de feminicidio para fines estadísticos publicados en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment_data/filer/data/lineamientos_registro_feminicidio_CNP1_aprobada_5MZO2018.pdf

17



PRESUNTAS VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO* POR GRUPO DE EDAD: ESTATAL

Enero – diciembre 2021



* La contabilidad del delito de feminicidio se realiza conforme al manual de llenado del instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de los Delitos y las Víctimas CNSP/38/15 publicado en: <https://drive.google.com/file/d/1ZCUCr3aDh-HuEkB8xZDUEBk3qxQFD2t/view> y conforme a los lineamientos para el registro y clasificación de los presuntos delitos de feminicidio para fines estadísticos publicados en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment_data/filer/data/lineamientos_registro_feminicidio_CNP1_aprobada_5MZO2018.pdf

18

En este segundo cuadro que representa a las presuntas víctimas de femicidio en el plazo de enero a diciembre del año 2021, realizan una división por estados. Principalmente, corresponde remarcar que los cinco estados donde más se comete esta figura son: Estado de México, Jalisco, Veracruz, Ciudad de México y Nuevo León.

Aquí también podemos visualizar que en porcentajes la mayoría son personas mayores de edad, mientras que el número de víctimas de 0 a 17 años es bajo y en los estados de Yucatán y Tamaulipas, nulo.

2.5. Figura del femicidio en Argentina

La ley 26.791 introdujo reformas en algunos incisos pero el que aquí resulta relevante es el 11° del artículo 80 del Código Penal. El cual quedó redactado de la siguiente manera: “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

Este inciso incorpora el femicidio como una figura agravada del homicidio. Este tipo se caracteriza por su formulación diferenciada en función del género del sujeto activo y del sujeto pasivo: se trata de un delito propio que solo puede cometer un varón contra una mujer. Además, incluye la violencia de género como elemento definitorio del delito, para comprender todos los homicidios de mujeres perpetrados por varones que reflejan la desigualdad de poder estructural existente entre ambos grupos.¹⁸

2.6 Datos y estadísticas de femicidios en Argentina

A raíz de la masiva e histórica marcha del *Ni Una Menos* el 3 de junio del 2015, desde aquel año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación elabora un registro de datos estadísticos de las causas judiciales en las que se investigan muertes violentas de mujeres cis, mujeres trans y travestis por razones de género. Atento a ello, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación requirió la colaboración de todas las jurisdicciones del país, quienes desde entonces

aportan la información relativa a las causas, las víctimas y los sujetos activos.

En el año 2015, 235 mujeres fueron asesinadas por razones de género. El 43% de las víctimas tenía entre 21 y 40 años al momento de ser asesinadas. El 25% de las víctimas tenía entre 41 y 60 años, el 11% se encontraba entre 16 y 20 años, el 9% superaba los 60 años y el 9% era menor de 16 años. Solo en el 3% de los casos la edad no se encuentra disponible.¹⁹

Con relación a los sujetos pasivos, el 54% de los imputados fueron varones mayores comprendidos en el rango etario de 19 a 40 años. El 28% de los imputados tenía entre 41 y 60 años. El 6% eran mayores de 60, mientras que el 6% tenía entre 16 y 18 años. Hay un único imputado menor de 16 años. Solo en el 6% de los casos este dato no se encuentra disponible.²⁰

Un 5% de los femicidios fueron cometidos por sujetos que no conocían a sus víctimas, mientras que el 17%, por conocidos. La mayoría de los casos fue perpetrado por parejas, exparejas, novios, maridos y convivientes, constituyendo la sumatoria de los casos en que existía este vínculo un 58%. En un 12% de los casos se encuentran imputados familiares. Por lo tanto, en el 70% de los casos el perpetrador fue un allegado de la víctima.

En el año 2016 el número de víctimas ascendió a 254. En aquel informe, se relevó por primera vez el travesticidio/transfemicidio, incorporándose la variable “sexo/género de las víctimas”, que tuvo dos categorías: mujeres biológicamente femeninas y mujeres trans/travestis. Se relevaron 249 víctimas biológicamente femeninas y 5 mujeres trans/travestis. El 49% de las víctimas tenía entre 21 y 40 años al momento de ser asesinadas. El 22% de las víctimas tenía entre 41 y 60 años, el 13% se encontraba entre 16 y 20 años, el 7% superaba los 60 años y el 6% era menor de 16 años. Solo en el 3% de los casos la edad no se encuentra disponible. Con respecto a los vínculos los sujetos pasivos y activos, en 164 los mismos eran de pareja y ex pareja. En 37 casos se trató de familiares, en 31 casos de conocidos. En 23 casos se trató de desconocidos. En 15 casos este dato no se registró.²¹

¹⁸ Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). (2016). *Homicidios Agravados por razones de Género: Femicidios Y Crímenes De Odio*. Obtenido de: https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2016/09/UFEM-Homicidios-agravados-por-razones-de-género_Femicidios-y-crímenes-de-odio.pdf. Consultado el 5/6/22.

¹⁹ CSJN, Oficina de la Mujer. (2015). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2015.pdf. Consultado el 3/6/22.

²⁰ CSJN, Oficina de la Mujer. *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. ob. cit., p. 8.

²¹ CSJN, Oficina de la Mujer. (2016). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf. Consultado el 3/6/22, ps. 8/9.

En el año 2017 se realizó una modificación, la cual significó la incorporación de nuevos tipos de femicidio. Se agregaron las siguientes categorías:

- Femicidio/femicidio directo: muerte violenta de mujeres/mujeres trans/travestis (niñas, adolescentes y/o adultas) perpetradas por varones por razones asociadas a su género hayan sido o no tipificadas como femicidio, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión.
- Transfemicidio/travesticidio: Se considera travesti o mujer trans a todas aquellas personas asignadas al género masculino al nacer, que se identifican como travestis o como mujeres respectivamente, hayan accedido o no al cambio registral establecido por la Ley Nacional de Identidad de Género (Ley N° 26.743) e independientemente de si se hayan o no realizado modificaciones en el cuerpo.
- Femicidio vinculado: homicidios cometidos contra una o varias personas (niñas, niños, adolescentes, mujeres, varones, trans, travesti), a fin de causarle sufrimiento a una mujer, mujer trans o travesti. Para ello, debe existir una desigualdad de género entre la per autor del hecho y la mujer, mujer trans o travesti a quien se pretende afectar.
- Femicidio vinculado por interposición en línea de fuego: homicidio cometido contra una o varias personas (niña, niño, adolescente, mujer, varón, trans, travesti) que se interpone/n o intenta/n evitar un femicidio. Debe surgir en la causa que existe un contexto de desigualdad de poder en razón del género entre la persona sindicada como autor del hecho y la mujer, mujer trans o travesti a quien se pretendía agredir.
- Otras muertes violentas vinculadas a la violencia de género: categoría que se agregó para relevar todas aquellas muertes violentas vinculadas a un femicidio y/o contexto de violencia de género en los cuales la información disponible al momento de la carga no permite precisar si se trató de un femicidio, femicidio vinculado o vinculado por interposición en línea de fue-

go. Por ejemplo, el homicidio de una mujer en un contexto de violencia de género y de sus hijos sin que se pueda precisar en el caso de los niños el móvil de generar sufrimiento o que se interpusieron entre el imputado y la víctima directa de femicidio²².

En el año 2017 en Argentina se relevaron 251 víctimas de femicidios directos. Asimismo, se identificaron 22 víctimas de femicidios vinculados, vinculados por interposición en la línea de fuego y otras muertes violentas vinculadas a la violencia de género. El total de víctimas letales de la violencia de género fue de 273. En el 93% de los casos los imputados son varones conocidos por las víctimas de femicidios. El 59% de los vínculos entre las víctimas y los imputados son parejas y ex parejas de las víctimas. Por su parte, 19% restante son familiares. Se puede observar que casi el 80% del total de los vínculos encuadra en el perfil de situaciones incluidas en lo que la legislación nacional define como “violencia doméstica” (Ley 26.485) y que requiere dispositivos de abordaje específico por los tres poderes del Estado.²³

Por otro lado, en el año 2018, se identificaron 255 víctimas directas de femicidios. Esta cifra incluye 4 travesticidios/transfemicidios. La tasa de víctimas directas de femicidios cada 100.000 mujeres en 2018 fue 1,1, idéntica a la de 2017, la cual a su vez fue idéntica a la de 2016. También se identificaron 231 víctimas de femicidios vinculados. Al sumar ambas categorías, la cifra de víctimas letales de la violencia de género en Argentina durante 2018 asciende a 278. La cantidad mayoritaria de víctimas directas de femicidios tenían entre 25 y 34 años (25%). Luego, sigue el grupo de edades entre 35 y 44 años (19%). En tercer lugar, 41 víctimas tenían entre 45 y 59 años. Diecinueve niñas de hasta 12 años fueron víctimas de femicidios y trece tenían entre 13 y 17 años. Treinta y dos víctimas tenían más de 60 años. Existe un total de 289 vínculos entre las 255 víctimas directas de femicidios y los 276 sujetos activos. Lo que conlleva que el 83 % de las víctimas tenía un vínculo previo con

²² CSJN, Oficina de la Mujer. (2017). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2017.pdf>. Consultado el 3/6/22, p. 4.

²³ CSJN, Oficina de la Mujer. *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. ob. cit. ps. 9/11.

los sujetos activos. Solamente un 6% eran personas desconocidas para las víctimas²⁴.

En el 2019, el número de víctimas directas de femicidio fue de 252, las de femicidio vinculado de 16, ascendiendo a un total de 268. Del total de las 252 víctimas directas de femicidio, 247 eran mujeres cis y 5 mujeres trans/travesti. El promedio de edad de las víctimas directas de femicidio para las cuales se contaba con este dato fue de 37,6 años. El 90% de las víctimas directas de femicidio tenía un vínculo previo con los sujetos activos: en el 66% de los casos los femicidios fueron cometidos por sujetos activos que mantenían un vínculo de pareja (113 casos) o de ex pareja (66 casos) con las víctimas directas. En el 10% eran familiares (21 casos directos y 6 otro tipo de familiares) y en el 14% tenían otro tipo de vínculo, según la tipología de vínculos definida en la metodología. Solamente un 7% eran personas desconocidas para las víctimas.²⁵

En el año 2020, en el que comenzó la pandemia de Covid-19 en el mes de marzo, las víctimas directas de femicidio fueron 251, las de femicidio vinculado 36, por lo que el total asciende a 287.

Como pone de relieve el informe, la evolución de la distribución de femicidios directos se mantuvo relativamente estable de 2017 a 2020. En efecto, la tasa de víctimas directas de femicidio cada 100.000 mujeres pasa de 1,11 en 2017, asciende levemente en 2018 a 1,14, para luego volver a descender a 1,10 en 2019 y a 1,09 en 2020. En cuanto a la evolución de las víctimas de femicidio vinculado, sí se produce un incremento de casos de 2019 a 2020, ya que pasa de 16 a 36 casos.

En al menos el 84% de los casos la víctima directa de femicidio tenía vínculo previo con el sujeto activo: en el 59% de los casos los femicidios fueron cometidos por sujetos activos que mantenían un vínculo de pareja (116 casos, esto es, 41%) o de ex pareja (51 casos, esto es, 18%) con las víctimas directas. En el 10% eran familiares (18 casos directos y 10 otro tipo de familiares), y en el 15% tenían otro tipo de vínculo, según la tipología de vínculos definida en la

metodología. Solamente un 9% eran personas desconocidas para las víctimas.²⁶

Respecto del año 2021, las víctimas directas de femicidio fueron 231 y las de femicidio vinculado fueron 20, por lo que el total llega a 251. Observando del período 2017 a 2020 podemos ver un leve descenso. Con relación a las víctimas de femicidio vinculado, se puede observar que es fluctuante, sin una tendencia clara. De 2017 a 2019 bajaron, para luego en 2020 subir y en 2021 bajar.²⁷ Lo que sí implicó es que hubo un femicidio cada 35 horas, lo que se mantiene actualmente en el 2022.

2.7. Análisis comparado de los datos

¿Qué es lo que nos están mostrando estos datos? Con relación a Argentina, pese a que todos los años desde el 2015 el día 3 de junio hay masivas movilizaciones en todo el país contra la violencia contra la mujer, específicamente la física, por los femicidios que son llevados a cabo por los sujetos activos, la tasa no desciende. Si bien hay algún leve descenso o ascenso, se mantiene estable. En siete años no se han logrado bajar significativamente las muertes de mujeres y personas del colectivo LGBTQI.

Exactamente lo mismo ocurre en México. Pudimos mostrar que desde el año 2015 al 2021 la tasa de femicidios continúa en aumento, pese a que desde el 2019 hasta hoy no ha superado la cifra de los mil casos y se encuentra estable.

En el corriente año, el 8 de marzo, miles de mujeres salieron a manifestarse a las calles en México con el mensaje de “basta ya”, “no me mates”, “quiero llegar a casa”, “quiero ser libre y no valiente” o “cobrar lo mismo que ellos por el mismo trabajo”.²⁸ Estas son las mismas consignas que podemos escuchar en cualquier movilización que tuvo lugar en Argentina, tanto los 8M, como los 3J y las que se llevaron a cabo previo a la sanción de la ley de legalización del aborto.

²⁴ CSJN, Oficina de la Mujer. (2018). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2018.pdf>. Consultado el 3/6/22, p. 12/16.

²⁵ CSJN, Oficina de la Mujer. (2019). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf>. Consultado el 3/6/22, p. 18/28.

²⁶ CSJN, Oficina de la Mujer. (2020). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2020.pdf>. Consultado el: 3/6/22, ps. 45/55.

²⁷ CSJN, Oficina de la Mujer. (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>. Consultado el 4/6/22, ps. 52/53.

²⁸ Diario El País. (2022). *Las mexicanas gritan un masivo “basta ya”*. Obtenido de: <https://elpais.com/mexico/2022-03-09/las-mexicanas-gritan-un-masivo-basta-ya.html>. Consultado el: 23/8/22.

Consideramos relevante lo que plantea Cerna en su artículo titulado “*La protesta feminista en México. La misoginia en el discurso institucional y en las redes sociodigitales*” publicado en la Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales en el 2020

Observando el feminismo que hoy día se expresa en las redes y en las calles en nuestro país, es posible advertir que las mexicanas, más que identificarse con el feminismo como movimiento social y político, comparten una situación de indignación frente a la violencia y la falta de atención institucional; el resultado de esa apreciación colectiva es la toma de una conciencia sobre la necesidad de protestar; éste es el germen de la acción colectiva feminista hoy en día en México, y su despliegue corresponde a lo que denominó “la doble indignación”, esto es, frente a un acontecimiento de violencia -femicidio, violencia sexual, desapariciones de mujeres-, la protesta emerge no sólo por el hecho en sí mismo, que en lo sustantivo se constituye en el primer agravio. El reclamo se extiende y profundiza a partir de un segundo momento de malestar colectivo que se produce por la forma en que las autoridades responden al primer agravio. (Cerna, 2020, pp. 177-205)

Los femicidios son uno de los tantos motivos que nos llevan a las mujeres y colectivos LGBTQI a salir a las calles, pero lo que principalmente estamos solicitando son medidas estatales para prevenir esta forma de la violencia de género y que cuando se comete, se investigue, se sancione y se repare a la familia de la víctima.

Consideramos que el Estado Argentino está cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar Convenciones con relación al deber de llevar un registro de los femicidios, pero falta cumplir de una forma fehaciente y que muestre resultados en la realidad, el deber de *prevención*. Si bien la responsabilidad penal solo puede atribuirse al sujeto activo, existe una responsabilidad internacional por parte del Estado de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Entendemos que respecto de México, lamentablemente, sucede exactamente lo mismo. Pasan los años y los números de femicidios no descienden sino que al contrario siempre fueron en aumento. Aunque del 2019 al 2020 el aumento haya sido una sola, es una persona más fallecida y familiares que sufren.

La prevención no puede ser llevada a cabo solo desde el enfoque del sistema penal. Hay que poner de relieve que en muchas ocasiones las Comisarias no reciben las denuncias, se burlan o ríen de las mujeres que se acercan a denunciar violencia de género ya sea física (golpes, heridas) o sexual (abusos sexuales agravados), o amenazas de muerte. Allí cuando las víctimas todavía se encuentran vivas, la agencia penitenciaria no cumple con su deber de intervenir en estos casos. Por lo tanto, es menester que las fuerzas policiales tengan capacitación y educación de género. Como así también que se creen comisarias especializadas en género por barrios o según la división territorial que mejor se adecúe con el propósito de ayudar a las mujeres y brindar un soporte.

En el caso de México, que cada estado y municipio determine la mejor forma de organización y en atención también a las cifras en cada uno de ellos.

Vemos como positivo el hecho de que el Gobierno de México en 2019, se sumó a la Iniciativa Spotlight que impulsa Naciones Unidas y la Unión Europea para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas, especialmente la violencia feminicida. Durante cuatro años, implementarán acciones en los municipios de Chihuahua, Ciudad Juárez, Chilpancingo, Ecatepec y Naucalpan. Las acciones serán coordinadas por ONU, el Gobierno Federal (Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Gobernación e INMUJERES), los Gobiernos estatales, municipales y organizaciones de la sociedad civil.²⁹

Asimismo, en la ley mexicana de protección de las mujeres en el artículo 5 inciso IX tienen específicamente definida: “Perspectiva de Género: Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones”.

En la ley argentina 26.485 no se encuentra detallada qué es la perspectiva de género, pese a que se insta

²⁹ Instituto Nacional de las Mujeres. *La violencia feminicida*. ob. cit.

a incluir en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género; promover en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género. Estimamos adecuado la incorporación de la definición previo a utilizar el término.

Por otro lado, pero también para Argentina, dentro del enfoque penal es necesaria una reforma del Código Penal con perspectiva de género y feminista que incluya situaciones que se producen en la realidad y que no se encuentran contempladas. Así como se incorporó la figura del femicidio, en otros delitos se deben incorporar respecto de la comisión en un contexto de violencia de género. Pero la solución tampoco es solo el castigo, sino que debe incluir una formación con perspectiva de género de quienes cometieron delitos.

En el 2021, Amnistía Internacional de México señaló que las investigaciones sobre feminicidios precedidos de desaparición, realizadas por la Fiscalía General de Justicia del Estado de México (FGJEM), “presentan graves deficiencias por la inacción y negligencia de las autoridades, lo que ha llevado a la pérdida de evidencias, a que no se examinen todas las líneas de investigación y a que no se aplique correctamente la perspectiva de género. Esas insuficiencias obstaculizan el proceso judicial y aumentan las probabilidades de que los casos queden impunes, dijo Amnistía Internacional en un nuevo informe publicado hoy”.³⁰ También que: “las autoridades estatales no inspeccionan correctamente el lugar de los hechos; no resguardan de forma apropiada las evidencias recolectadas; y no realizan pruebas periciales o diligencias, causando la pérdida de datos, objetos o sustancias y testimonios”.

Al igual que en Argentina, en México también es necesaria una reforma judicial feminista, dado que es fundamental que apenas se toma conocimiento e inicia una causa que se tomen las medidas de forma

urgente a los efectos de obtener y conservar la prueba. Asimismo, la perspectiva de género es un factor imprescindible. Si bien consideramos que es necesario que más mujeres ocupen los cargos de funcionarias en las dependencias judiciales, con ello no basta, dado que si no están de acuerdo con su aplicación y utilizan la lógica machista, se continuará de la misma manera. La debida diligencia es clave en la averiguación e investigación de los hechos, se debe analizar toda la información y material con el que se cuente.

3. Conclusión

Los Estados deben hacer todo lo que esté a su alcance con las herramientas tanto legislativas como judiciales para prevenir la violencia contra la mujer y cuando ello falle, investigar, sancionar y reparar a las víctimas o sus familias, en el caso de los feminicidios.

En consonancia con lo que opinamos, declaró Edith Olivares Ferreto, Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional México: “Las autoridades estatales deben prevenir, investigar y sancionar con la debida diligencia los feminicidios. Como parte del Estado mexicano, están obligadas a cumplir con los tratados internacionales en los que México es parte, incluyendo las Convenciones de Belem do Pará o de la CEDAW, y las sentencias emitidas contra el Estado mexicano por la Corte IDH, que establecen un conjunto de normas, estándares y principios para garantizar los derechos de las mujeres”.³¹

Asimismo, en el considerando nro. 22 de la parte decisoria del fallo Campo Algodonero, la Corte IDH decidió: “El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos...”³²

Es dable remarcar que la educación y capacitación en género, desde que son infantes en las escuelas, es

³⁰ Amnistía Internacional. (2021). *México: Deficientes investigaciones de feminicidios en el Estado de México violan los derechos de las mujeres a la vida, integridad personal y al acceso a la justicia*. Obtenido de: [³¹ Amnistía Internacional. *México: Deficientes investigaciones de feminicidios en el Estado de México violan los derechos de las mujeres a la vida, integridad personal y al acceso a la justicia*, ob. cit.](https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/09/mexico-deficientes-investigaciones-de-femicidios-en-el-estado-de-mexico-violan-los-derechos-de-las-mujeres-a-la-vida-integridad-personal-y-al-acceso-a-la-justicia/#:~:text=Tan%20solo%20en%202020%2C%20se,sola%20entidad%20libre%20de%20feminicidios. Consultado el: 23/8/22.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009.

realmente importante a los efectos de producir cambios en las generaciones venideras, pero también de quienes se continúan formando ya en edad adulta. La perspectiva de género es, en realidad, una perspectiva de los derechos humanos. Por lo tanto, la formación continua y actualizada para funcionarixs de todos los poderes del estado debe ser obligatoria.

Como corolario, dado que nos encontramos desde siempre en un contexto de violencia y discriminación histórica contra las mujeres, es necesario que se considere, ante todo probable acto de violencia de género, la debida diligencia, es decir hacer lo correcto antes, durante y después del hecho (prevenir, investigar, sancionar y reparar), así como la necesidad de atención integral para les hijes de las mujeres víctimas de esta violencia femicida.

Se requieren en ambos países reformas de la mayoría de las agencias del sistema penal. Respecto de las judiciales, se deben adoptar procesos de selección de magistradxs que requiera que cuenten con perspectiva de género para poder acceder al cargo y cuyos antecedentes se encuentren en línea con los derechos humanos. Además, leyes o aplicación de las que ya se encuentren vigentes que regulen a los medios masivos de comunicación que son los principales reafirmadores del sistema patriarcal y de los roles de las mujeres, de los estereotipos que se le asignan a la comunidad LGBTQI. Por otro lado, la correcta capacitación tanto en derechos humanos como en género de las agencias policiales y penitenciarias. Todo ello para reducir la violencia de género en términos generales, pero para lograr un descenso de los femicidios. Es importante que las medidas sean tomadas por los Estados para dar cumplimiento también con las obligaciones internacionales.

Compartimos con nuestras compañeras mexicanas que el feminismo es para todxs, y creemos que la marea verde y violeta a través de la lucha y de movilizaciones masivas puede lograr los cambios sociales que nosotrxs necesitamos.

4. Bibliografía

Artículos en revistas digitales

- Cerva C. D. (2020). *La protesta feminista en México. La misoginia en el discurso institucional y en las redes sociodigitales*. Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 65(240), 177-205. Epub 28 de febrero de 2021. Obtenido de: <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.240.76434>.
- Di Corleto, J. (2006). *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Buenos Aires: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis. Obtenido de: <http://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar/wp-content/uploads/Julietta-Di-Corleto.pdf> Consultado el 2/04/2022.

Datos y estadísticas

- CSJN, Oficina de la Mujer. (2015). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2015.pdf.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2016). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2017). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2017.pdf>.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2018). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2018.pdf>.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2019). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf>.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2020). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2020.pdf>.
- CSJN, Oficina de la Mujer. (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Obtenido de: <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>.

Instituto Nacional de las Mujeres. (2019). *La violencia feminicida*. Obtenida de: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA5N10.pdf.

ONU. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Obtenido de: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/femicidio>.

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (2021). *Información sobre violencia contra las mujeres Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1*. Obtenido de: <https://testigo-purpura.files.wordpress.com/2022/01/info-delict-violencia-contra-las-mujeres-dic21.pdf>.

Informes

OEA. *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas*. Obtenido de: <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Guia-conceptos-basicos-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf>

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). (2016). *Homicidios Agravados por razones de Género: Femicidios Y Crímenes De Odio*. Obtenido de: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/09/UFEM-Homicidios-agravados-por-razones-de-genero_Femicidios-y-crímenes-de-odio.pdf.

Leyes

Argentina. Ley de Protección Integral de las Mujeres. Fue sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada el 1 de abril del mismo año. Obtenida de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>.

Código Penal de la Nación Argentina. Obtenido de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>

Código Penal Federal de México. Obtenido de: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimonoveno/capitulo-v/>.

México. Ley General De Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007 y la última reforma fue del 22-6-2017. Obtenido de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_mex_ref_leygralvidalibredeviolencia.pdf.

Libros

Arocena, G.A. (2021). *Femicidio y otros delitos de género*. Buenos Aires: Hammurabi.

Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2021). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi.

Toledo, P. (2019). *Femicidio en Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Zaffaroni, E. R. (2000). *El discurso feminista y el poder punitivo en Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos. Obtenido de: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14202.pdf>.

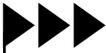
Noticias

Amnistía Internacional. (2021). *México: Deficientes investigaciones de feminicidios en el Estado de México violan los derechos de las mujeres a la vida, integridad personal y al acceso a la justicia*. Obtenido de: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/09/mexico-deficientes-investigaciones-de-feminicidios-en-el-estado-de-mexico-violan-los-derechos-de-las-mujeres-a-la-vida-integridad-personal-y-al-acceso-a-la-justicia/#:~:text=Tan%20solo%20en%202020%2C%20se,sola%20entidad%20libre%20de%20feminicidios>.

Diario El País. (2022). *Las mexicanas gritan un masivo “basta ya”*. Obtenido de: <https://elpais.com/mexico/2022-03-09/las-mexicanas-gritan-un-masivo-basta-ya.html>.

Sentencia Corte IDH

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.



Compliance anticorrupción The Anti-Bribery compliance



Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

RESUMEN: Partiendo de la base del carácter histórico e internacional de la corrupción en el sector público, que daña a la Administración Pública y a la rectitud de sus decisiones, se analizan las normas emanadas de la OCDE, FCPA y la convenciones de Naciones Unidas en esta materia. A partir de allí se estudia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto del blanqueo de dinero y de la corrupción, que incluye la corrupción en los partidos políticos. Se analiza también el criminal compliance anticorrupción, y las propuestas de incorporación de un public compliance que prevenga la comisión de estos delitos.

PALABRAS CLAVE: OCDE, FCPA, blanqueo de dinero, compliance anticorrupción, public compliance.

ABSTRACT: Starting from the historical and international character of corruption in the public sector, which damages the Public Administration and the rectitude of its decisions, the norms emanating from the OECD, FCPA and the United Nations Conventions in this matter are analyzed. From there, the criminal liability of legal persons is studied in the context of money laundering and corruption, which includes corruption in political parties. The Anti-Bribery compliance and the proposals for the incorporation of a public compliance that prevents the commission of these crimes are also analyzed.

KEY WORDS: OECD, FCPA, money laundering, anti-bribery compliance, public compliance.

SUMARIO: 1. Corrupción: un fenómeno constante, histórico e internacional. 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, blanqueo de dinero y corrupción. 2.1. Aproximación. 2.2. La corrupción en el sector público y en los partidos políticos. 2.3. Corrupción en los negocios (commercial bribery) y corrupción en los deportes. 2.4. El blanqueo de dinero. 2.5. El criminal compliance. 3. El Anti-Bribery compliance. 4. El public compliance. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

Rec: 01/11/2022 | Fav: 25/11/2022

Carta de Sancho Panza a Don Quijote de la Mancha: “Hasta agora no he tocado derecho ni llevado cohecho, y no puedo pensar en qué va esto; porque aquí me han dicho que los gobernadores que a esta ínsula suelen venir, antes de entrar en ella, o les han dado o les han prestado los del pueblo muchos dineros, y que ésta es ordinaria usanza en los demás que van a gobiernos; no solamente en éste...” Criado de vuestra merced, Sancho Panza el Gobernador de la Ínsula Barataria.¹

1. Corrupción: un fenómeno constante, histórico e internacional

El pago y el cobro de sobornos, anomalía nada infrecuente que parece acompañar al hombre desde que devino en ser humano, afecta en nuestros días tanto al sector público, al que pertenece quien recibe la dádiva, como al sector privado desde donde nace la iniciativa, o donde se admite el requerimiento. Este es un esquema básico y tradicional, porque en la actualidad también se contempla y criminaliza el pago de sobornos en el seno de empresas cuando actúan en el sector privado, hablándose de corrupción entre particulares² e incluso, más recientemente, se sanciona con penas la corrupción en el deporte.³ Estos pagos indebidos son, por supuesto, poco éticos, pero en ocasiones suponen la única forma de hacer negocios, y de ellos depende la supervivencia de algunas empresas y el sustento del conjunto de sus trabajadores. El personal de la empresa puede llegar a ser consciente de los actos de soborno, pero a menudo teme perder el puesto de trabajo si estos se denuncian. Las empresas deben implementar mecanismos de control y compliance para evitar responsabilidades penales por delitos de corrupción, pero al mismo tiempo algunas de ellas incentivan económicamente a sus trabajadores para que hagan negocios con gobiernos extranjeros corruptos, generando así auténticos conflictos de intereses.⁴

A los efectos penales, la ausencia de ética⁵ no es suficiente para justificar una respuesta punitiva. Por ese motivo, hay que acudir a otras fundamentaciones, tradicionalmente a la lesión que se genera a la Administración Pública, ya que resulta dañada la rectitud que se espera del sector público, que se ve comprometida cuando las decisiones son arbitrarias e impredecibles, es decir, cuando responden en buena medida a pagos ilegales. La corrupción permite la convergencia de intereses ilícitos públicos y privados, porque todas las conductas corruptas tienen como común denominador el mundo de los negocios. En este contexto se aprecia el cambio de perspectiva, pues la corrupción se define mucho mejor desde un enfoque económico, dejando en un segundo plano —pero potencialmente viva— la rectitud en el funcionamiento de la Administración, que no siempre resulta lesionada. Podemos comenzar a hablar de la rectitud en los negocios —un concepto que resulta algo extraño o inusual, en sí mismo considerado— pero mucho más correctamente cabe hacer referencia a la *libre competencia*. El comercio mundial se rige en buena medida por las reglas de la libre competencia, pautas que resultan seriamente comprometidas cuando una empresa soborna y sus competidores actúan con rectitud. La libre competencia fue el argumento utilizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para potenciar el Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, suscrito el 17 de diciembre de 1997, que tanto ha influido en las reformas penales en esta materia a nivel internacional.⁶ Y es la libre competencia la que ha inspirado la norma jurídica internacional que aún hoy domina con claridad a nivel mundial, la Ley de prácticas corruptas en el extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, en adelante FCPA) norteamericana del año 1977.⁷ Como destacan Villegas García y Enci-

nes del delito de corrupción a agentes públicos extranjeros, ampliamente E. Fabián Caparrós (2003: 21 y sig.).

⁵ Como destaca acertadamente F. Navarro Cardoso (2014: 103) la corrupción es básicamente un problema ético, que se coloca a largo plazo en el plano educacional basado en instruir a la ciudadanía en valores.

⁶ Cfr. Teichmann, F.M.J. (2018: 1105).

⁷ La Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. “FCPA”) prohíbe sobornos a funcionarios extranjeros para ayudar a hacer negocios. Se ha aplicado a ciudadanos estadounidenses y extranjeros, y también a empresas extranjeras para evitar el pago de sobornos. Fundamentalmente hace hincapié en la exigencia de registros contables precisos y en los

¹ Cervantes Saavedra, M., “El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha”, Parte Segunda, Capítulo LI.

² Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2004: 25 y sig.); Martínez-Buján Pérez, C. (2013: 699 y sig.); Núñez Castaño, E. (2022: 155 y sig.).

³ Cfr. Cortés Bechiarelli, E. (2012: 116 y sig.).

⁴ Vid. Teichmann, F.M.J. (2018: 1106 y sig.). Sobre los orígenes

nar del Pozo, esta norma rige *de facto* los actos de cualquier empresa de cualquier país del mundo que pretenda tener proyección internacional, pues su régimen antisoborno es de aplicación extraterritorial. Por lo tanto, su jurisdicción se extiende a cualquier operación comercial del mundo, siempre que se aprecie una conexión mínima con los Estados Unidos⁸. De esta manera se conforma un auténtico modelo *globalizado* de lucha contra la corrupción.⁹ Es otra prueba evidente de la enorme influencia del modelo punitivo de los Estados Unidos en las materias penales y procesales que enlazan con el mundo de los negocios, influjo del que deriva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el *compliance* penal, el *plea bargaining*,¹⁰ los *deferred prosecution agreements* (DPA), los *non-pros* (NPA), entre otros.

Desde esta perspectiva negocial, la corrupción no solo pone en peligro la libre competencia entre las empresas. También los países con altos índices de corrupción generan inseguridad en los negocios, ya que nadie desea correr el riesgo de perder sus inversiones por una administración o una justicia sobornables.¹¹ El crecimiento económico, el desarrollo industrial y la inversión extranjera están muy condicionados por el nivel de corrupción y calidad del gobierno de cada Estado.¹² Estamos viviendo lo que ya se conoce como una “*explosión de la corrupción, con nuevos actores y una multiplicación de sus efectos*”.¹³

La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (Convención de Mérida, del año 2003) es una de las iniciativas internacionales prioritarias de lucha contra este fenómeno, incorporando mandamientos penales que incluyen el blanqueo de dinero.

controles internos. Sobre esta importantísima norma y su evolución, desde el caso Watergate hasta la segunda edición de la FCPA Resource Guide de 2020, cfr. Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A. (2020: 69 y sig.)

⁸ Como destacan Tejada Plana, A. y Tejada Plana, D. (2020: 97 y sig.) esta norma ha sido aplicada recientemente a grandes empresas que no son norteamericanas, como Telefónica (España-Brasil), Novartis (Alemania), Airbus (distintos países europeos), etc. Las infracciones a la FCPA pueden acarrear penas para las personas físicas (prisión y multa) y para las personas jurídicas (multas millonarias en dólares).

⁹ Cfr. Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A. (2020: 34 y sig.)

¹⁰ Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 1 y sig.).

¹¹ Cfr. Brahaj, E. (2020: 14).

¹² Cfr. Rose-Ackerman, S. (2018: 10).

¹³ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. y Fabián Caparrós, E. (2009: 7 y sig.) También en Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016: 24).

Por su parte, el Consejo de Europa ha creado el Grupo de Estados sobre la Corrupción (*Group of States against Corruption*, GRECO), en defensa de los principios básicos de la democracia y del Imperio de la Ley.¹⁴ Las iniciativas internacionales se multiplican, porque una vez consolidada la FCPA norteamericana, ya existe en el Reino Unido la UK Bribery Act de 2011¹⁵ y en Francia la Ley Sapin II de 2016.¹⁶ Sin embargo, como apunta Rose-Ackerman “No existe un gobierno mundial que genere normas vinculantes que limiten la corrupción. Los tratados internacionales existentes se aplican débilmente, y dependen de una combinación de acciones de los Estados nacionales y el consenso empresarial mundial sobre el comportamiento aceptable”.¹⁷

Un instrumento innovador en la lucha contra la corrupción se estructura en torno a la creación de específicas *agencias anticorrupción*, solución que se está generalizando intensamente en el marco europeo y fuera de él, por la influencia que ejerce la Convención de Mérida ya mencionada. Dicha Convención prevé, en su artículo 6º, que los Estados Parte deben garantizar la existencia de órganos para prevenir la corrupción, a los que se otorgará “la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones”. Dichos órganos tienen a su cargo la aplicación, supervisión y puesta en práctica de las políticas de prevención de la corrupción previstas en el art. 5º de la Convención.

¹⁴ El GRECO realiza importantes tareas de evaluación de la corrupción en los Estados integrados en el Grupo. Cfr. Kos, D. (2005:54 y sig.).

¹⁵ Cfr. Gómez Berrueto, I. (2020: 131 y sig.).

¹⁶ Cfr. Fortuny Cendra, M. (2020: 179 y sig.).

¹⁷ Cfr. Rose-Ackerman, S. (2018: 12).

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, blanqueo de dinero y corrupción

2.1. Aproximación

Como destaca González Cussac, la reciente expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el mundo occidental responde a una estrategia político-criminal que persigue determinados objetivos, que giran en torno a “la utilidad de combatir la corrupción y la criminalidad organizada, el impulso a una cultura de cumplimiento normativo corporativo, la contribución a una mejor organización empresarial y, en definitiva, a una reducción de los riesgos derivados de cualquier clase de actividad societaria”.¹⁸ Así las cosas, se hace evidente el nexo entre los riesgos para toda la sociedad que derivan de la corrupción y las actuaciones y negocios de las personas jurídicas, situaciones de peligro que podrían llegar a minimizarse o neutralizarse a través del criminal compliance.

Las personas jurídicas cuentan con un sistema punitivo propio e independiente del que se aplica a las personas físicas, aunque está ligado a él con el hecho delictivo como denominador común. Las consecuencias jurídicas se basan esencialmente en la pena de multa que se puede acompañar con otras sanciones penales (disolución de la empresa, cese de actividades, clausura de locales, etc.).¹⁹ La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de corrupción ya se encuentra prevista en el Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, antes mencionado.²⁰ También en la Convención de Mérida, cuyo artículo 26.1 dispone: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.”

¹⁸ Cfr. González Cussac, J.L. (2020: 26).

¹⁹ Cfr. González Cussac, J.L. (2020: 239 y sig.); Barquín Sanz, J. (2020: 331 y sig.).

²⁰ Artículo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero. Cfr. Fabián Caparrós, E. (2003: *passim*); Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016: 24 y sig.).

2.2. La corrupción en el sector público y en los partidos políticos

Para hablar de corrupción en su sentido más tradicional o corrupción pública se debe partir de la base de considerarla como el abuso del poder público para obtener un beneficio privado.²¹ Desde esta perspectiva encontramos un sinnúmero de infracciones penales, fundamentalmente entre los delitos contra la Administración Pública. Destacan, el delito de cohecho (arts. 419 a 427 CP), el tráfico de influencias (art. 428 a 431 CP), y la malversación (arts. 432 a 435 CP), que habilitan todos ellos la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 427 bis, 430 y 435.5 CP respectivamente). En cuanto a la corrupción de autoridades o funcionarios en actividades económicas internacionales (art. 286 ter CP) también se prevé la responsabilidad penal para las corporaciones (288.2° CP).

El cohecho es la principal figura que contempla el Código Penal en la lucha contra los casos de corrupción en el sector público. En realidad, es un delito que se disgrega en una serie de tipos que atienden a situaciones y personas diversas. Puede ser cometido a título de autoría por autoridades y funcionarios públicos (art. 24 CP), por otros sujetos que participan en el ejercicio de la función pública (art. 423 CP), por cargos, empleados y funcionarios extranjeros —lo que incluye a los funcionarios de la Unión Europea— (art. 427 CP) y, según los casos, por particulares (art. 424 a 426 CP) e incluso por personas jurídicas (art. 427 bis CP). Caben también las tradicionales formas de participación en el delito (inducción, cooperación necesaria y complicidad). Se advierte, por lo tanto, la enorme preocupación que generan los sobornos y la corrupción, y en particular los sonados casos de financiación ilegal de los partidos políticos.

Todas las modalidades de cohecho tienen en común el bien jurídico tutelado. Se trata del buen funcionamiento de la Administración pública, dado que la sociedad exige que los servicios públicos funcionen correctamente, con objetividad, imparcialidad y transparencia, conforme a los parámetros constitucionales. Este propósito resulta seriamente afectado si las autoridades o funcionarios realizan actos impropios en el ejercicio de sus cargos a cambio de dádivas, favores o presentes. La intervención de autoridades,

²¹ Cfr. Navarro Cardoso, F. (2014: 104).

funcionarios y particulares, interrelacionados entre sí, confiere al delito de cohecho una particularidad propia de gran relevancia. Podría pensarse que estamos ante un único delito con múltiples actores (delito bilateral de convergencia). Sin embargo, el legislador ha optado por consagrar dos delitos diferenciados; por una parte, el cohecho pasivo del que será autor el funcionario o autoridad, consumándose con independencia de la respuesta o grado de intervención del particular, y por la otra el cohecho activo que se aplica exclusivamente a los particulares y que se consume con independencia de la actitud del funcionario ante el ofrecimiento corrupto. Ello tendrá consecuencias en distintos aspectos del delito (caracterización de la tentativa, autoría y participación, etc.). El cohecho pasivo puede ser propio (el funcionario o autoridad recibe el soborno a cambio de realizar un acto contrario a los deberes inherentes al cargo, a no realizar o retrasar actos que debería ejecutar o simplemente para realizar un acto que es propio de su cargo y al que está obligado) o impropio (el funcionario o autoridad admite dádiva o regalo que se le ofrece en atención a su cargo o función sin comprometerse a realizar nada a cambio). En síntesis, la corrupción pública tiene una amplia incidencia en la corrupción política, en la que incurrir autoridades cuyas decisiones afectan directamente a los patrimonios públicos y privados.²²

La corrupción en el seno de los partidos políticos, a través de su financiación ilegal también está prevista en el Código Penal (art. 304 bis), supuesto que contempla asimismo la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 304 bis 5 CP). En particular, existen normas muy precisas para evitar esa financiación ilegal, contempladas en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos que prevé controles internos, controles externos (por el Tribunal de Cuentas) y controles parlamentarios. El riesgo se genera a través de donaciones anónimas, donaciones que excedan determinados importes, cobros en efectivo, superación del límite de gastos electorales, etc. que conducen a un régimen sancionador administrativo o penal, según los casos.²³ En este

espacio, se está ante uno de los pocos supuestos en los que la ley española exige la adopción de un *criminal compliance* obligatorio,²⁴ por lo que debe definirse con claridad el mapa de riesgos y las medidas previstas para su neutralización.²⁵

2.3. Corrupción en los negocios (commercial bribery) y corrupción en los deportes

La corrupción en el sector privado comprende conductas que guardan similitud con las de corrupción en el sector público, concretamente con el delito de cohecho, pero realizadas fuera del ámbito público, es decir, en las relaciones comerciales entre empresas. Regulado en el art 286 bis CP, se dirige a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, a todo aquel que “reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. Es una conducta que afecta a la libre competencia y también a los consumidores.²⁶

El legislador español ha equiparado la corrupción en el deporte con la corrupción en los negocios, disponiendo en el art. 286 bis 4 CP “Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva”. En esencia se trata de un intento de neutralizar el pago de sobornos que acarrearían importantísimas consecuencias

²² Cfr. Navarro Cardoso, F. (2014: 105).

²³ Como destaca críticamente Núñez Castaño (2017: 130) la remisión directa que hace el Código Penal a la legislación administrativa para conformar el injusto (art. 304 bis CP) encierra la posibilidad de reformar el tipo penal al modificar la legislación administrativa lo que supone, en síntesis, una clara violación al principio de legalidad. En el mismo sentido Muñoz Conde, F. (2019: 510).

²⁴ Dispone el artículo 9 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos: “Prevención y supervisión. Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”.

²⁵ Cfr. ampliamente León Alapont, J. (2020: 113 y sig.); Bustos Rubio, M. (2016: 61 y sig.).

²⁶ Cfr. Muñoz Conde, F. (2019: 486); Núñez Castaño, E. (2022: 155 y sig.).

económicas (contratos millonarios, apuestas, etc.).²⁷ En relación con todos estos supuestos de corrupción también se prevé la responsabilidad penal para las personas jurídicas (288.2º CP).

2.4. El blanqueo de dinero

Existe una relación entre blanqueo de dinero y corrupción (del que también deriva la responsabilidad penal para las personas jurídicas), creada *ex profeso* por el marco normativo. Esta conexión es evidente a partir de la Convención de Mérida, cuyo artículo 23 se ocupa del *blanqueo del producto del delito*, relacionándolo entre otras infracciones previas, con los bienes que proceden de la corrupción.²⁸ Este nexo

²⁷ Cfr. Cortés Bechiarelli, E. (2012: *passim*).

²⁸ Artículo 23. Blanqueo del producto del delito 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención; c) A los efectos del apartado b) supra, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta; e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

forma parte de una política criminal dirigida a impedir el disfrute de los beneficios económicos generados por la corrupción, y se desarrolla a través de distintos instrumentos, entre los que destaca la renovada regulación internacional del decomiso,²⁹ pero fundamentalmente a través del delito de blanqueo de dinero.

Como ha señalado recientemente Quintero Olivares, se extiende una línea político-criminal que busca la persecución indirecta de la corrupción a través del delito de blanqueo de dinero. Concretamente se trata de la perversión de la aplicación de este último delito. Efectivamente, la corrupción genera dinero que es a todas luces un bien contaminado, susceptible de ser objeto material de maniobras de blanqueo que generarán, como es lógico, responsabilidades penales. Sin embargo, el peligroso juego de la prescripción en el delito de blanqueo de dinero —con una gran tendencia a declarar su imprescriptibilidad, como si de un genocidio se tratara— permite abrazar la idea de perseguir por esta vía delitos de corrupción ya prescritos, porque se seguiría tratando de bienes corruptos —o sus transformaciones— que, según este punto de vista, no serían susceptibles de legitimación.³⁰ El problema se incrementa cuando se trata de actuaciones de autoblanqueo de dinero, en los que la mera posesión de los bienes resulta punible, como acontece en el art. 301.1 del Código Penal español.

Los delitos relacionados con la corrupción y el blanqueo de dinero están reiteradamente conectados en la legislación vigente en España, ya que el último párrafo del mencionado art. 301.1 CP consagra un subtipo agravado que impone mayor pena cuando los bienes que generan el blanqueo provengan de alguno de los delitos contra la Administración Pública allí enumerados.³¹ También incide en esta dirección la Unión Europea.³² Sin embargo, no quedan claros

²⁹ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017: 23 y sig.). Destaca este autor que en España se ha optado por no incorporar en el Código Penal el delito de enriquecimiento ilícito, reemplazándolo en buena medida por la potenciación del decomiso.

³⁰ Críticamente, Quintero Olivares, G. (2018: 252 y sig.). Evidentemente el delito de blanqueo de capitales debe ser susceptible de prescripción, aunque se trata de un tema que despierta dudas en doctrina y jurisprudencia.

³¹ Cfr. Abel Souto, M. (2016: 148 y sig.).

³² Indica el Considerando 7º de la Directiva de la Unión Europea 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal (DO L 284 de 11.11.2018): “Debido al impacto que los delitos de blanqueo de capitales cometidos por quienes ostenten un cargo público producen en la esfera pública y la integridad de las instituciones públicas, los Estados miembros

los motivos que justifican este agravamiento de pena, basado en el origen corrupto de los bienes, respecto a otras múltiples hipótesis imaginables. Como indica Lorenzo Salgado, existe un “regreso” al hecho precedente, que va en sentido opuesto a la autonomía del delito de blanqueo de capitales.³³ Si los bienes contaminados proceden de delitos de corrupción, no se aprecia una lesión mayor al bien jurídico tutelado en el delito de blanqueo de capitales, ya que este último posee naturaleza socioeconómica. Se quiere reforzar la tutela del bien jurídico tutelado en el delito previo, alterando la autonomía que debería mantener el blanqueo respecto a dicho delito previo. En definitiva, comparto el punto de vista de Lorenzo Salgado y Abel Souto, en cuanto consideran que la única agravante justificada —y que de hecho no existe— se basaría en la magnitud del blanqueo, la notoria importancia económica de los bienes objeto de esta modalidad delictiva y puestos en circulación.³⁴

En el caso del blanqueo de dinero, la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta del art. 302.2 CP. El criminal compliance, en este caso el previsto en el art 31 bis CP, no es obligatorio, pero su implementación puede producir efectos exonerantes o atenuantes de responsabilidad criminal. Existe obligatoriedad de implantación de un específico compliance con efectos administrativos en el marco de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se regula bajo la denominación de *control interno* (arts. 26 y siguientes).

2.5. El criminal compliance

El compliance en esencia no es Derecho penal, sino un mecanismo de gerenciamiento de riesgos basado en reglas técnicas de gestión corporativa, interesándose el Derecho penal por alguno de esos sectores en la medida en que exista afección a bienes jurídicos. Para llegar a este tipo de responsabilidades penales previamente debe haberse consagrado una respuesta

deben poder considerar la posibilidad de prever sanciones más severas para los titulares de cargos públicos según sus respectivos marcos nacionales y de conformidad con sus tradiciones jurídicas”.

³³ Cfr. Lorenzo Salgado, J. M. (2020: 455).

³⁴ Cfr. Lorenzo Salgado, J. M. (2020: 454); Abel Souto, M. (2011: 104). Este autor (2016: 148) cuestiona esta línea político-criminal agravatoria haciendo una referencia al Principito de Saint-Exupéry, sosteniendo que a los legisladores —como a los mayores— solo les interesan las cifras, olvidando lo esencial.

penal en sentido estricto para las personas jurídicas, y en este contexto, como defiende Silva Sánchez, “el *compliance program* conforma un marco de riesgo permitido para la persona jurídica”.³⁵ En algunos países en los que tal tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe, se suele denominar criminal compliance a los mecanismos que neutralizan infracciones y sanciones administrativas. Podría hablarse en su caso de *administrative compliance*, hasta que el legislador correspondiente se decida a criminalizar conductas de las corporaciones mercantiles, pero no de un genuino *compliance penal*. El criminal compliance permitirá, si así lo determina la legislación aplicable, exonerar o minimizar la pena que corresponda a la persona jurídica, siempre que se constate el cumplimiento de las condiciones y de los requisitos establecidos para que dicha neutralización pueda operar.³⁶

3. El Anti-Bribery compliance

Este particular programa de cumplimiento debe ajustarse en buena medida a las previsiones de la FCPA. Paralelamente, también debe ceñirse a la normativa interna del país en el que está localizada la empresa, y a la legislación de los países en los que la entidad hace negocios.³⁷ Esta pluralidad de situaciones puede obligar al desarrollo de más de un programa de compliance anticorrupción, o bien a incorporar la estrategia empresarial de prevención de los sobornos en un único compliance de prevención de delitos, pero más complejo y ambicioso.³⁸

El punto de partida, como en todo compliance program, pasa por identificar con precisión el mapa de riesgos. Dado que no tienen validez alguna los conocidos como “*papers compliances*” o “*compliances cosméticos*”,³⁹ habrá que indagar en la empresa, en todos sus departamentos, secciones, áreas y procesos, el espacio en el que podría materializarse el riesgo de pago de sobornos, en particular los puntos de con-

³⁵ Cfr. Silva Sánchez, J.M. (2013: 287).

³⁶ Cfr. González Cussac, J. L. (2020: 163 y sig.)

³⁷ Cfr. Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A. (2020: 93 y sig.)

³⁸ Sobre las diferentes opciones, destacando las ventajas y desventajas de un compliance anticorrupción independiente, vid. Brañaj, E. (2020: 35).

³⁹ Se trata de la mera apariencia de compliance, que exterioriza una voluntad fingida pero no real de prevenir la comisión de delitos. Cfr. al respecto Ferré Olivé, J. C. (2019: 72).

tacto con las administraciones públicas (posibilidad de cohecho) o con otras empresas (corrupción entre particulares).⁴⁰ Identificados los riesgos, deben desarrollarse actuaciones preventivas que tiendan a su neutralización. En particular, siguiendo las pautas genéricas de todo criminal compliance, la información a los trabajadores sobre las normas aplicables, los cursos formativos, los canales de denuncia, los controles internos, etc.

Evidentemente, el mejor medio de lucha contra la corrupción dentro de una empresa es el control, que deberá ser interno y externo. En el caso del control interno, será la tarea específica asignada al compliance officer, que deberá intervenir fundamentalmente en el departamento financiero de la empresa, que es donde se desenvuelven los pagos y, por lo tanto, donde se localiza el mayor riesgo de sobornos. Las denuncias internas dentro de la empresa son en ocasiones el principal mecanismo para luchar contra la corrupción en el sector público o entre particulares. El compliance officer recibirá información de los propios trabajadores de la empresa que estén dispuestos a denunciar, identificándose para ello o formulando la denuncia de manera anónima. El compliance program debe contar con el diseño de mecanismos y procedimientos —conocidos como buzones éticos— que permitan estas denuncias internas. Muchas empresas ya prevén que estas denuncias se canalicen a través de Internet o diversos canales alternativos.⁴¹ Al menos en teoría, el canal de denuncias es una piedra angular en materia de criminal compliance anticorrupción, aunque no está exento de problemas. El *whistleblower* (quien hace sonar el silbato) es una figura tradicional en los sistemas jurídicos anglosajones, presididos en pura teoría por conceptos ético-religiosos-expiatorios, que lo consideran muy positivo. Normalmente se tratará de un sujeto que trabaja para la persona jurídica y que denuncia los delitos sobre los que tiene noticia.⁴²

⁴⁰ Cfr. Brahaj, E. (2020: 41 y sig.), quien describe distintas opciones y métodos (reuniones, entrevistas, documentación, pruebas de funcionamiento, etc.) para lograr una imagen real del riesgo empresarial en materia de corrupción. Existirán áreas en las que este peligro sea evidente (contratación de proveedores, compras, etc.) y otras en las que el riesgo sea mucho menor. Deben ser objeto de atención los códigos de conducta dentro de la empresa, la política de regalos y gastos protocolarios, las incompatibilidades y conflictos de intereses, la política de donaciones, entre otros.

⁴¹ Cfr. Ragués i Vallès, R. (2013: 85 y sig.).

⁴² El whistleblower también podrá denunciar infracciones administrativas o conductas reñidas con la ética empresarial. Pero estas denuncias no tendrán relevancia alguna de cara al compliance penal.

En los últimos tiempos desde distintos organismos internacionales se intenta potenciar la creación de regímenes específicos para estos sujetos para evitar así la impunidad de las empresas.⁴³ Se trata de un tema de gran actualidad. Así, por ejemplo, tratándose de infracciones que afecten a Derechos de la Unión Europea, se ha dictado la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre violaciones al Derecho de la Unión.⁴⁴ En todo caso, la normativa internacional regulatoria es muy heterogénea, y en el caso español, prácticamente inexistente. Una de las peculiaridades de esta institución la encontramos en las contraprestaciones económicas. El *soplón* norteamericano no es necesariamente desinteresado. Ya aparece en la Guerra de Secesión, bajo la figura del *cazarrecompensas*.⁴⁵ Frecuentemente se denuncia a cambio de una compensación económica o de otros incentivos, no precisamente altruistas o éticos, como puede ser lograr ascensos dentro de la empresa u otras mejoras laborales, el revanchismo hacia otros trabajadores o jefes, etc.⁴⁶ En los Estados Unidos existe un sistema de recompensas económicas que se relacionan directamente con la cuantía de las sanciones que se imponen a las empresas —por ejemplo, en el caso de defraudaciones tributarias—. Sobre estas recompensas se ha construido una auténtica industria, que cuenta con un sistema profesionalizado de denuncias e incluso con despachos jurídicos que se dedican específicamente a gestionar la denuncia, cobrar la recompensa y proteger al delator.⁴⁷ En los últimos tiempos se defiende la necesidad de alentar económicamente a los trabajadores que cooperan en la lucha contra la corrupción y denuncian irregularidades, y simultáneamente se propone introducir un pago *malus* (*malus payment*) en caso de incumplimiento de las normas antisoborno.⁴⁸ En cuanto a los controles externos, el instrumento formal que describe íntegramente el programa de compliance debe incluir la forma en la que se evaluará externamente por examinadores imparciales el autocontrol emprendido por la empresa.

⁴³ Cfr. Bachmaier Winter, L. y Martínez Santos, A. (2019: 503). Destacan estos autores los instrumentos y recomendaciones emanados de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la OCDE, etc.

⁴⁴ Cfr. García-Moreno, B. (2020: 58 y sig.).

⁴⁵ Cfr. García-Moreno, B. (2020: 39).

⁴⁶ Cfr. Gimeno Beviá, J. (2016: 77 y sig.).

⁴⁷ Cfr. Nieto Martín, A. (2014: 29).

⁴⁸ Cfr. Teichmann, F.M.J. (2018: 1108 y sig.).

Ante la aplicación transnacional de la FCPA, es importante detenerse brevemente ante los modelos de resolución prejudicial de los conflictos penales en los Estados Unidos. En el sistema norteamericano, cuna también de las sentencias de conformidad o *plea bargaining*,⁴⁹ se admite invocar con éxito en el proceso negociador ante la fiscalía —previo al juicio— que no existe plena culpabilidad de la empresa —sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona física que ha actuado—. Se han desarrollado ampliamente estas etapas negociadoras, estructuradas en torno a determinadas causas de suspensión del proceso o *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), que comprenden el enjuiciamiento aplazado y los acuerdos de no procesamiento (*Non-Pros* o NPA), que benefician tanto a la empresa como a la Fiscalía.⁵⁰ En definitiva, dentro del modelo federal norteamericano el *compliance* no garantiza la impunidad de la empresa, pero la posibilita en la medida en que pueda convencer a la fiscalía del compromiso general de la empresa con el marco jurídico.⁵¹ Obviamente ese es el contexto: delito de empresa, actor perteneciente a la entidad y provecho para la propia empresa. Y todo ello acontece en la cuna del *compliance*, los Estados Unidos, país en el que las personas jurídicas no suelen ver exonerada sino meramente atenuada su responsabilidad penal en caso de acuerdo, porque suelen recibir al menos una multa al reconocer su culpabilidad.⁵² Estos acuerdos, sobre los que no existe control judicial alguno, han dado lugar a importantes críticas, ya que pueden interferir en la vida interna de las empresas. La fiscalía suele imponer, al margen de las sanciones económicas, distintas condiciones que afectan profundamente a la empresa, pues se le exigen cambios en sus progra-

mas de *compliance*, la modificación de sus líneas de negocio, realizar variaciones en el personal responsable del *compliance* program o, incluso, remover a algunos de sus directivos.⁵³ En el Derecho vigente en España, la conformidad de la persona jurídica supone el allanamiento de esta a la pretensión penal aceptando una pena menor negociada y renunciando al juicio oral y a la práctica de pruebas.⁵⁴

4. El *public compliance*

Si consideramos al *compliance* como unas directivas de conducta dirigidas a las personas jurídicas, que consagran mecanismos de gerenciamiento de los riesgos que se generan dentro de la empresa, su ámbito de influencia y concreción se limita a las empresas que operan en el sector privado y a las empresas públicas que compiten con ellas, reguladas a través de normas que incorporan elementos de derecho público y privado. Trasladando estos criterios al más específico criminal *public compliance*, su implementación y consecuencias jurídicas estarán trazados normativamente, en base a los criterios que cada Código Penal establezca de cara a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las circunstancias eximentes específicas que se creen para reducir o exonerar, en su caso, la responsabilidad penal. Consecuentemente, el criminal *compliance* solo opera donde existe responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero además debe tratarse de un marco jurídico que admita la responsabilidad penal del Estado, para que allí pueda ser operativo un mecanismo de neutralización de riesgos penales con todas sus consecuencias. A nivel mundial son muy pocos los Estados que admiten su propia responsabilidad penal. A título de ejemplo, recordamos lo que dice al respecto el art. 31 quinquies del Código Penal español “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales

⁴⁹ Cfr. Ferré Olivé, J.C. (2018: *passim*). Este mecanismo de conformidad se aplica ampliamente en los Estados Unidos con relación a los delitos cometidos por personas jurídicas. En ellos se tiene fundamentalmente en cuenta la existencia de un *compliance* penal y su compromiso de mejora, y el grado de colaboración de la empresa con los investigadores. Cfr. también Gimeno Beviá, J. (2016: 208 y sig.).

⁵⁰ Cfr. sobre estas soluciones Gimeno Beviá, J. (2018: 276 y sig.), quien recuerda que no existen normas que regulen las condiciones de los acuerdos de enjuiciamiento aplazado, aunque existen algunas pautas que se reiteran (reconocimiento de los hechos, revelar la información, colaborar con la investigación, pagar multas e indemnizaciones, etc.). En cualquier caso, la empresa se beneficia porque evita el enjuiciamiento penal en sentido estricto, y la Fiscalía en que puede obligar a la empresa a una reorganización interna que prevenga nuevos delitos futuros.

⁵¹ Cfr. Villegas García, M. A. (2016: 32).

⁵² Cfr. Muñoz de Morales Romero, M. (2013: 212).

⁵³ Cfr. ampliamente Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A. (2020: 119 y sig.). Destacan estos autores como otra consecuencia muy relevante que las empresas pueden quedar sometidas durante un plazo a la supervisión de un monitor.

⁵⁴ Cfr. Neira Pena, A. M. (2018: 154 y sig.). Sobre la aplicación de la FCPA a empresas españolas, vid ampliamente Villegas García, M. A. y Encinar del Pozo, M. A. (2020: 161 y sig.).

de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Por todo ello, podemos afirmar que el *criminal public compliance* no existe en nuestro medio. Pero también entendemos que mecanismos de control de riesgos análogos a un *compliance*, en la medida en que se encuentren avalados por el marco legal correspondiente, podrían ser útiles en el sector público para prevenir conductas delictivas dentro de las instituciones del Estado.

Al analizar este hipotético *public compliance* y compararlo con el *compliance* operativo en el sector privado, advierto que el *public compliance* no participa ni de los riesgos éticos en los negocios (*business ethics*) ni de la responsabilidad social corporativa. La ética institucional del Estado se presupone. Los que pueden actuar a través de conductas éticamente reprochables son aquellas personas físicas que representan al Estado o gestionan sus presupuestos. Y para los sujetos individuales no es necesario *compliance* alguno, sino una aplicación rigurosa de las leyes administrativas y penales. La responsabilidad social corporativa del Estado y sus Administraciones se desarrolla en el cumplimiento de objetivos políticos y sociales, consignados en las leyes y en los presupuestos públicos. Consecuentemente, el espacio propio del *public compliance* se centrará en los delitos de corrupción llevados a cabo dentro de las Administraciones Públicas. Aquí se presenta un segundo espacio en conflicto, dado que el *criminal compliance* de las empresas no se aplica a los delitos “ad intra” y, por lo tanto, el *public compliance* no tendría efecto alguno cuando los actos de soborno o corrupción beneficiaran a alguien distinto del Estado (la propia autoridad, el funcionario, un partido político, etc.) que es lo más frecuente. Son pocos (o ninguno) los que sustraen para beneficiar al Estado. Como vemos, el *public compliance* en nada se parece a la tan repetida “autorregulación regulada” del clásico *compliance*.

El principal autor que se ha ocupado de esta materia, Nieto Martín, considera completamente incoherente que se haya extendido la obligación internacional de las empresas para desarrollar programas de prevención de delitos (*criminal compliance*), muchos de ellos relacionados con la corrupción, mientras que no se ha exigido al sector público la adopción de mecanismos similares con el mismo fin. Habla este autor de una asimetría, y la basa en la distinta presión que

las organizaciones internacionales y los gobiernos han desarrollado sobre el sector público y el sector privado.⁵⁵ Se pretende trasladar al ámbito de la Administración Pública los criterios y programas de cumplimiento normativo vigentes para las empresas privadas. Es decir, aprovechar la sistemática ideada para la responsabilidad penal de personas jurídicas —organizaciones privadas— para luchar contra la corrupción en el sector público y en los partidos políticos. Efectivamente, nos enfrentamos al gravísimo problema de la corrupción, y la solución no parece sencilla con los medios administrativos y penales con los que se intentan prevenir y sancionar los comportamientos corruptos.

Las preguntas se multiplican. ¿Es el camino de un *public compliance* análogo la solución más adecuada en la lucha contra la corrupción? ¿Es necesario construir un nuevo mecanismo de gestión de riesgos anticorrupción en el sector público? ¿Es necesario que el Estado, para que sus propias instituciones cumplan la ley, deba nutrirse de una arquitectura que ni siquiera se ha demostrado útil en las empresas privadas? La regulación de un mecanismo de gestión de riesgos anticorrupción en el sector público comienza en el máximo respeto de la Constitución y las leyes. Todos los miembros del sector público deben jurar o prometer el cumplimiento de la Constitución y las leyes. Y el mecanismo que se cree debe contar con un aval normativo, según el órgano de la Administración de que se trate. Adviértase que como regla general las empresas privadas pueden decidir libremente si adoptan o no el sistema de *compliance*, pues gozan del beneficio de la libertad organizativa y, por lo tanto, pueden planificar como deseen su estrategia de cumplimiento normativo, siempre que cumplan las normas.⁵⁶ En el sector público la libertad organizativa es mucho más limitada, por lo que el punto de partida no puede ser otro que la simple exigencia de que se cumplan las normas.

Todos estos razonamientos no impiden que pueda hablarse de una *ética pública*, con la que la inmensa mayoría estará plenamente de acuerdo. La pregunta es cómo, quién, y en qué condiciones se verifica y desarrolla dicha *ética pública*. Pues muchos códigos éticos que pretenden incidir en el sector público carecen de un auténtico programa, perdiéndose en un

⁵⁵ Cfr. Nieto Martín, A. (2014: 18).

⁵⁶ Cfr. García Caverro, P. (2018: 157).

catálogo de valores, generalidades y principios básicos que no derivan en medidas concretas que puedan evitar la corrupción.⁵⁷ Por lo tanto, si no son bien diseñados por la Administración Pública deben serlo en base a la *participación directa de los afectados* por la actividad. Los defensores del compliance público argumentan en favor de la idea de autorregulación que los códigos éticos incrementan su aceptación y legitimidad cuando en su “elaboración participen las personas más afectadas por sus disposiciones”, lo que los dotaría de mayor legitimidad y eficacia.⁵⁸

En definitiva, no es una ética que pueda sustentarse en la autorregulación de los distintos departamentos gubernamentales, sino que se trata de códigos de conducta generados desde las normas ordinarias que se emiten desde el sector público. Otra cosa es que el sector público, a la hora de estructurar mecanismos anticorrupción, deba prodigarse entre normas generales y específicas para que atiendan a las peculiaridades de cada sector gubernamental. Lo difícil es admitir una transferencia (o dejación) regulatoria similar a la que el Estado hace para prevenir delitos en el ámbito empresarial a través del criminal compliance a favor de los distintos departamentos, instancias e instituciones que conforman el sector público. Este sector está obligado —no es potestativo— a alcanzar altos resultados contra la corrupción diseñando un marco normativo correctamente asentado en los valores de la ética pública.

De la misma forma que se busca el incentivo de incorporar programas de cumplimiento anticorrupción en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (empresas del sector privado), se postula la necesidad de generar los llamados *programas de integridad* para todos los entes que forman parte del sector público. Se trataría de implementar medidas de autorregulación que potencien la ética pública para prevenir de esta manera los abusos que genera la corrupción. Pero como se trata del sector público, que no debería en ningún caso asumir los enormes costes económicos que genera implementar compliances dentro de su estructura, tal tarea se derivaría a los mencionados programas de integridad que estarían a cargo de las agencias anticorrupción. Así se ayudaría a los distintos organismos pertenecientes al sector público a autorregularse para prevenir la

corrupción.⁵⁹ Estas agencias anticorrupción preventivas del sector público están presentes en distintos países europeos, adoptando diferentes formulaciones, como por ejemplo oficinas de transparencia y buen gobierno, oficinas de transparencia en la contratación pública, oficinas de conflicto de intereses, oficinas de altos cargos, etc. que funcionan a distintos niveles (Ayuntamientos, Provincias, Regiones, Estado, etc.) y cumplen de forma independiente funciones de asesoramiento, supervisión, evaluación y en algunos casos cuentan con competencias sancionadoras.⁶⁰

Sin duda alguna, la transparencia y la racionalización administrativa se presentan como las opciones más eficaces para prevenir la corrupción en el sector público, pues exigen que se tomen unas decisiones mejor fundamentadas, visibles, y que se practique tanto el autocontrol como el heterocontrol.⁶¹

5. Conclusión

Parece inobjetable que la corrupción es una de las mayores lacras que afectan a las sociedades contemporáneas: se enriquecen injustamente unos pocos en perjuicio de la mayoría. Sin embargo, es frecuente que los ciudadanos se muestren indiferentes ante muchos de estos escándalos materializados por ciertos representantes del sector público o privado, y de la vida política. Pero más allá de esta aparente tolerancia, la corrupción no deja indiferentes a quienes intervienen en el mundo de los negocios. Como apuntó el gran Plauto en *Asinaria*, “*homo homini lupus*”. La fuerza en la lucha contra la corrupción no viene del político embustero ni del empresario equívoco, sino de sus propios colegas, aquellos que aspiran a una competición sin trampas.

⁵⁹ Cfr. Nieto Martín, A. (2021: 30). Recuerda este autor los enormes costes del asesoramiento y consultoría cualificados que deben abonar las empresas para poner en marcha sus *criminal compliances*, los que supondría en el sector público un coste no justificable.

⁶⁰ Un estudio muy amplio sobre estas agencias puede verse en A. Nieto Martín (2021: 31 y sig.).

⁶¹ Cfr. Navarro Cardoso, F. (2014: 109 y sig.). Destaca este autor que la corrupción se alimenta de la falta de ética, pero también en buena medida de la ineptitud, la burocracia, la discrecionalidad, etc. y la racionalización administrativa junto a la transparencia bien aplicadas se convierten en excelentes medios preventivos, que evitan el recurso exclusivo o prioritario a una solución punitiva.

⁵⁷ Cfr. Nieto Martín, A. (2014: 22).

⁵⁸ Cfr. Nieto Martín, A. (2014: 22).

6. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. (2011) “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero” en AAVV, IIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ABEL SOUTO, M. (2016) “La expansión penal del blanqueo de dinero”. Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, CDMX.
- BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. (2019) “El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo”, en AA.VV., “Tratado sobre compliance penal”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARQUÍN SANZ, J. (2020) “Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: normativa y jurisprudencia” en AAVV (Morillas Cueva, dir.) “Respuestas jurídicas frente a la corrupción política”. Ed. Dykinson, Madrid.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Y FABIÁN CAPARRÓS, E. (2009) “Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas” en Revista Brasileira de Ciências Criminais.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A.E. (2012) “Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña”, Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, Salamanca.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2016) “Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, Revista Penal 37.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2017) “Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso”, Revista Penal 40.
- BRAHAJ, E. (2020) “Corrupción en el ámbito internacional. Conceptos básicos para cualquier organización que opera en el ámbito internacional”, en AAVV, Compliance & Anticorrupción: visión práctica de la normativa internacional, ed. Aranzadi, Navarra.
- BUSTOS RUBIO, M. (2016) “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, Revista Penal nº 37.
- CORTÉS BECHIARELLI, E. (2012) “El delito de corrupción deportiva”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. (2003) “La corrupción de agente público extranjero e internacional”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2019) “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal” en AA.VV. (Gómez Colomer ed.) “Tratado sobre compliance penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2004) “Corrupción en el sector privado” en AAVV, “Korupcja W Sektorze Prywatnym” ed Scholar, Varsovia.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2018) “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 20-06.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2019) “Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa”, Revista Penal nº 44.
- FORTUNY CENDRA, M. (2020) “La Ley Sapin II: un nuevo marco para la prevención y persecución internacional de la corrupción” en AA.VV., Compliance & Anticorrupción: visión práctica de la normativa internacional, ed. Aranzadi, Navarra.
- GARCÍA CAVERO, P. (2018) “Compliance y lavado de activos” en AA.VV. “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- GARCÍA-MORENO, B. (2020) “Del Whistleblower al alertador: La regulación europea de los canales de denuncia”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016) “Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”, Navarra.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2018) “Hacia los DPA y NPA como modelo de imputación de las personas jurídicas,” en AA.VV., Actualidad compliance 2018”, Navarra.
- GÓMEZ BERRUEZO, I. (2020) “UK bribery act (2011)” en AAVV, Compliance & Anticorrupción: visión práctica de la normativa internacional, ed. Aranzadi, Navarra.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2020) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- KOS, D. (2005) “Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa”, Revista Penal nº 16.

- LEÓN ALAPONT, J. (2020) “Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LORENZO SALGADO J. M. (2020) “El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018” en AA.VV., VIIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2013) “La corrupción entre particulares”, en LH Rodríguez Ramos, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019) “Derecho Penal. Parte Especial”, 22ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (2013) “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada” en AA.VV. “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2014) “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al Derecho de acceso a la información pública”, Cuadernos de Política Criminal 114.
- NEIRA PENA, A. M. (2018) “La defensa penal de la persona jurídica”, Aranzadi, Navarra.
- NIETO MARTÍN, A. (2014) “De la ética pública al public compliance. Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en AAVV “Public Compliance”, Cuenca.
- NIETO MARTÍN, A. (2021) “Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria”, Revista Penal México número 18.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2017) “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, Revista Penal nº 39.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2022) “A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares”, Revista Penal México nº 20.
- PÉREZ CEPEDA, A., BENITO SÁNCHEZ, D. (2012) “Política criminal internacional contra la corrupción”, en AA.VV., (Berdugo Gómez de la Torre, I. y Liberatore S. Bechara, A.E. dir.) “Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña”, Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, Salamanca.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2018) La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del auto-blanqueo, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 38 (extr.)
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2013) “Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal”, ed. Marcial Pons, Madrid.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A. y FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2021) “Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Colombia.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2018) “Corruption in International Business. The Obligations of Multinational Firms”. ZfWU - Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik, 19/1.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2013) “Fundamentos del Derecho penal de la Empresa”, ed. Edisofer, Madrid.
- TEICHMANN, F.M.J. (2018) “Anti-bribery compliance incentives” Journal of Financial Crime vol 25, nº 4.
- TEJADA PLANA, A. y TEJADA PLANA, D. (2020) “The foreign corrupt practices act” en AA.VV., Compliance & Anticorrupción: visión práctica de la normativa internacional, Aranzadi, Navarra.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. (2016). “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”. Aranzadi, Navarra.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A. (2020) “Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense. Aranzadi, Navarra.



Un acercamiento al derecho penal de autor en el Código Penal español



Dra. Carmen González Vaz

*Profesora de Derecho Penal
Universidad Europea de Madrid*

RESUMEN: *Ante los nuevos desafíos derivados de la globalización y la aparición de las nuevas tecnologías, el derecho penal busca nuevas fórmulas. No obstante, estos nuevos tipos penales han sido criticados por la doctrina, denunciando la quiebra del derecho penal del hecho por estar relacionados con “formas de pensar” o “formas de ser”. La pregunta, entonces, es: ¿está presente en el Código Penal español un derecho penal de autor?*

PALABRAS CLAVES: *adelantamiento de la barrera de punibilidad, derecho a la libertad de pensamiento, derecho penal de autor, terrorismo.*

ABSTRACT: *Faced with the new challenges derived from globalization and the appearance of new technologies, criminal law seeks new formulas. However, these new criminal offenses have been criticized by the doctrine, denouncing the bankruptcy of the criminal law of the fact for being related to “ways of thinking” or “ways of being”. The question, then, is: Does a Criminal predisposed-perpetrator criminal law exist in the Spanish Penal Code?*

KEYWORDS: *advancement of the barriers of punishment, Intellectual freedom, predisposed-perpetrator criminal law, terrorism.*

SUMARIO. 1. *Introducción. Situación actual.* 1.1. *Contexto social: El derecho penal ante la globalización y los nuevos desafíos.* 1.2. *La quiebra del derecho penal del hecho y el surgir del derecho penal de autor.* 2. *La STS 677/2018, de 28 de noviembre y la quiebra del principio de igualdad.* 2.1. *Estado de la cuestión.* 2.2. *¿Se podría entender el delito de violencia de género (art. 153 CP) como un derecho penal de autor?* 3. *El caso Cassandra. ¿Puede el estado prohibir odiar?* 3.1. *Contexto de la situación.* 3.2. *El derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) y el delito de odio (art. 510 CP) y la quiebra del Estado de Derecho. Contradicciones en el mismo Ordenamiento Jurídico.* 3.3. *¿Es el delito de odio (art. 510 CP) un derecho penal de autor?* 4. *El derecho penal orwelliano y el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP).* 4.1. *Contexto del fenómeno terrorista.* 4.2. *El delito de autocapacitación terrorista y la quiebra del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión y del principio de culpabilidad.* 4.3. *Conclusión. ¿Es el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP) un derecho penal de autor?* 5. *Conclusiones.* 6. *Bibliografía.*

Rec: 12/12/2022 | Fav: 10/01/2023

1. Introducción. Situación actual

1.1. Contexto social: El derecho penal ante la globalización y los nuevos desafíos

Podemos describir el actual periodo histórico como el más seguro de la humanidad, así como el momento de la globalización. El fenómeno de la globalización ha permitido acceder a cualquier tipo de información de forma instantánea y poder comunicarnos a miles de kilómetros de distancia fácilmente. Del mismo modo, las relaciones de las personas han cambiado incluso, permitiendo a los distintos miembros de la sociedad interactuar no solo físicamente entre ellos, sino que además las redes sociales favorecen la comunicación y el intercambio de información y opiniones.

Sin embargo, y a pesar de los avances se ha dado un fenómeno particular. Y es que, de acuerdo con BECK la actualidad se caracteriza por ser una “sociedad del riesgo”.¹ De este modo, la sociedad, cada vez más intolerante a las amenazas, exige una respuesta

por parte del legislador. De hecho, no son pocos los ejemplos en la actualidad de este fenómeno. Casos como la manada, Diana Quer o Marta del Castillo, entre otros, han resonado en los medios de comunicación, provocando en la población una sensación de inseguridad que ha conseguido movilizar multitudinarias manifestaciones.² La respuesta del legislador ha atendido a dichas exigencias, comprometiéndose a acabar con dichos peligros, normalmente, por medio de reformas penales, conduciendo esto, a un “populismo punitivo”³ y a un derecho penal simbólico.

Este derecho penal simbólico, fruto de la anticipación de la barrera de punibilidad, se centra por dar prioridad en la tutela de intereses latentes en vez de los intereses principales. Es decir, ahora el derecho penal no parece que proteja a los bienes jurídicos,

² Un ejemplo serían las manifestaciones que se convocaron para exigir la inclusión en nuestro sistema penal la cadena perpetua. Vid. Noticia “La caravana ‘pro cadena perpetua’ continúa hasta octubre para lograr 4 millones de firmas”, en *El Mundo*. En (última consulta: 14/01/2023): <https://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/02/espana/1212411526.html>

³ El “populismo punitivo” es un fenómeno que caracteriza la política criminal de las últimas décadas, el cual consiste en “una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por su repercusión mediática”. Vid. MIRANDA, M., “El populismo punitivo”, en *Ponencias de Jornadas de Jueces de Pueblo, 23 y 24 de noviembre de 2006, Jueces y Jueces para la Democracia*, p. 3. En: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>

¹ En palabras de BECK, “la sociedad moderna se ha convertido en una sociedad del riesgo en el sentido de que cada vez está más ocupada debatiendo, previniendo y gestionando los riesgos que ella misma ha producido. Muchos objetarán que bien puede ser así pero que el tratamiento de los riesgos es más bien indicativo de una cierta histeria y de unas políticas basadas en el miedo e instigadas y agravadas por los medios de comunicación”. Vid. BECK, U. / SABIOTE GONZÁLEZ, M^a. Á., / MELLADO LÓPEZ, Y. (trads), *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*, Serie Relaciones Dinámicas Interculturales, n. 8, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007, p. 8.

principal función, sino que, el mismo legislador busca apaciguar la inseguridad social y, de este modo, conseguir tranquilizar a la sociedad (función latente).⁴

Ahora bien, en un alarde de vocación preventivista y, con la anticipación de las barreras de punibilidad antedicha, se ha adelantado tanto el castigo de la conducta que va más allá de los actos preparatorios. Así es, conductas como el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP); los delitos de odio (art. 510 CP) y el delito de violencia de género, entre otros, han sido criticados por la doctrina como un derecho penal de autor. Pero, ¿está realmente presente el derecho penal de autor en el Código Penal español?

1.2. La quiebra del derecho penal del hecho y el surgir del derecho penal de autor

El derecho penal propio de un Estado de derecho se caracteriza por castigar hechos, y no pensamientos, constituyendo uno de sus pilares básicos⁵ y una de las grandes conquistas democráticas. A su vez, el derecho penal del hecho deriva del principio básico de responsabilidad por el hecho, el cual se diferenció del derecho penal de los Estados totalitarios.

Así, se entenderá por el mismo que, el sujeto solo puede ser castigado por “aquellos *comportamientos del hombre* que sean *externos y finales*”⁶ siempre que supongan “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal”.⁷ Por lo tanto, no se podrá castigar ningún tipo de comportamiento que no sean externos, o sea, que el pensamiento, en ningún caso, delinque.

No hay que olvidar que, en el *iter criminis*, solamente tendrán relevancia penal la fase externa y los actos preparatorios punibles, por lo que, y en palabras

de CANCIO MELIÁ, “ha de excluirse toda responsabilidad por meros pensamientos”.^{8,9}

En contraposición a lo antedicho se encuentra el derecho penal de autor, el cual se basa en la responsabilidad del sujeto en atención a su peligrosidad, que deriva directamente de su particular modo de pensar o de su estilo de vida¹⁰ y no de ninguna conducta externa. Las consecuencias son graves y negativas, pues, de acuerdo con DEMETRIO CRESPO, “(el derecho penal del enemigo) abandona el principio básico del derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias ya históricamente conocido como ‘derecho penal de autor’”.¹¹ En otras palabras, se estaría alejando del derecho penal de garantías pues “el derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho”.¹²

Sin embargo, y como se ha apuntado al inicio, cada vez es más común los tipos delictivos abstractos, con vocación preventiva. Asimismo, ante la aparición de conductas cada vez más alejadas de la comisión de un hecho merecedor de reproche penal, las alarmas se disparan al invadirse la fase interna del sujeto,¹³ “permitiendo” la irrupción del *ius puniendi* a la hora de la “elección” del sujeto en cuanto qué odiar, qué pensamiento abrazar o incluso el castigo por el mero hecho de ser quien es.

Estos “síntomas” ya se han manifestado en el Código Penal español, y se pondrán de manifiesto en este estudio mediante el análisis de tres conductas típicas: el delito de violencia de género (art. 153.1 CP); el delito de odio (art. 510 CP); y el delito de autocapacitación terrorista.

⁸ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO MELIÁ, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010, p. 337

⁹ La misma doctrina judicial inspira sus resoluciones en este principio, tal y como se hace en la la src 150/1991, de 4 de julio (PONENTE: LUÍS LÓPEZ GUERRA), que expresa que “la culpabilidad derivará del “hecho” cometido y no de la personalidad del autor”

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, F. A., *Derecho penal parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007., p. 10. / FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 79, julio- diciembre 2012, p. 112.

¹¹ DEMETRIO CRESPO, E. “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006, p. 70.

¹² CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed- Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 100.

¹³ SCHROEDER, F., C., “La posesión como hecho punible”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 14, 2004, p. 163

⁴ MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el derecho penal internacional un ‘Derecho Penal del Enemigo?’”, en *Revista Penal*, n. 21, enero 2008, Op. Cit., pp. 101 y ss.

⁵ Y es que, como bien apunta DE LA CUESTA AGUADO, “el principio de responsabilidad por el hecho es un principio efectivamente estructural de nuestro ordenamiento jurídico —en el sentido de configurador de la orientación de nuestro sistema penal—, y de él se deriva que la culpabilidad sólo puede ser generada por el hecho realizado y no por la propia personalidad o forma de vida —Derecho penal del hecho—. (...) la responsabilidad solo se puede generar como consecuencia de un comportamiento en relación a un hecho y no en una forma de ser de pensar o de vivir”. *Vid.* DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 57

⁶ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Ed.Reppertor, Barcelona, 2016, p. 195.

⁷ *Ibidem*, p. 185.

2. La STS 677/2018, de 28 de noviembre y la quiebra del principio de igualdad

2.1. Estado de la cuestión

Ante el auge del feminismo en la actualidad animado a su vez por las campañas de “tolerancia 0”, la legislación de violencia de género ha derivado peligrosamente a parcelas que limitan con un derecho penal de autor. Así con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modifica el art. 153 CP en su primer apartado, dejando el precepto del siguiente modo:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Grosso modo, a pesar de contar el precepto con un elemento objetivo del tipo penal y un elemento subjetivo, el legislador ha prescindido de la “exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer”¹⁴. De este modo, la agresión de un hombre a una mujer, que sean o hayan sido pareja, sería considerado como un delito de violencia de género (pena de prisión de seis meses a un año)- Como se puede observar, en ningún caso media aquel elemento subjetivo específico que caracterizan los delitos de violencia de género¹⁵.

¹⁴ STS 677/2018, de 28 de noviembre, (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET), fundamento jurídico segundo, párrafo 16.

¹⁵ Esto tiene entraría en conflicto con el concepto de acción que es aceptado por la doctrina mayoritaria. Según MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, entre otros, la “acción”, desde el punto de vista

Ahora bien, si el sujeto activo fuese una mujer y el pasivo un hombre, y fueran o hubieran sido pareja, no se aplicaría el art. 153 CP, cuando únicamente cambiaría el sexo de los sujetos activo y pasivo del delito.

Esta contradicción al derecho a la igualdad (art. 14 CE) se materializó en los hechos enjuiciados en la STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET). En concreto, la pareja comienza una discusión a la salida de una discoteca en el momento de volver a su casa. Debido a las tensiones derivadas de la discusión, ella le arremete un puñetazo a él; a lo que este le responde con un guantazo y, finalmente, ella le vuelve a propinar un golpe. En ningún momento estas agresiones provocan ninguna lesión en alguno de los sujetos.

A pesar de que estamos ante la misma conducta, el TS atendiendo a la norma, afirma que no se está ante una situación de igualdad y que, por ende, al varón le corresponde la aplicación de un delito de violencia de género del art. 153.1 CP, mientras que ella sería culpable de un delito de violencia doméstica (art. 153.2 CP).

Tratándose de la misma conducta y sin contexto de dominación en la pareja (al menos aparente), el resultado es notoriamente diferente, manifestándose un derecho penal de autor, pues al varón no se le está castigando por su conducta, sino por su género al haber agredido físicamente a una mujer. Así, se está suponiendo que, por el simple hecho de ser hombre y cometer dicha conducta, este estaría ejerciendo violencia de género. En consecuencia, el principio de responsabilidad por el hecho se habría infringido, tal y como así lo expresa el voto particular formulado por COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA¹⁶ en la misma sentencia.

Este voto particular reflexiona sobre contradicciones concretas que se detectan en la sentencia, especialmente en los puntos en los que se apoyan para determinar que se está ante un caso de violencia de género (art. 153.1 CP).

Desgraciadamente, y teniendo en cuenta la limitación del presente estudio, solamente se hará referen-

penal, no solo será relevante desde su elemento objetivo, esto es, la conducta que provoque un cambio material en la realidad, sino que además esta se deberá insertar en un contexto social determinado. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. pp. 216 y ss / MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 194

¹⁶ A él también se le adhieren BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE J. R., JORGE BARREIRO, A. y LAMELA DIAZ, C.

cia a dos contradicciones: la relacionada con el concepto de “acción” de acuerdo con el derecho penal, por un lado; y la quiebra con el principio de culpabilidad, por otro.

A) La “acción” en el derecho penal

Si atendemos al concepto de “acción” admitido por la mayor parte de la doctrina, este sigue una tendencia finalista. Así, solo se aceptará el castigo de “aquellos comportamientos del hombre que sean *externos y finales*”¹⁷ y que, al mismo tiempo, conlleven “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal”.¹⁸ Asimismo, se debe sumar a estos presupuestos el respeto de los principios del derecho penal de garantías pues, en palabras de MUÑOZ CONDE,¹⁹ “el concepto de ‘acción’ o ‘comportamiento’ que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos (...), sino que depende también de las exigencias del Derecho penal”.²⁰

No obstante, es preciso la concurrencia de otro presupuesto. Según la vertiente finalista en cuanto a la “acción” será “necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado”.²¹ En otras palabras, para una correcta interpretación de “acción” no podrá faltar el contexto social en el que se desarrolle.

Volviendo entonces al caso objeto de estudio, el bofetón que el sujeto le propina a su pareja sí que cumple los requisitos para considerarse acción, ya que ha lesionado un bien jurídico, se trata de una conducta externa y ha causado, a su vez, un cambio externo en la realidad. Pero, aunque reúne los requisitos necesarios para constituir un delito de violencia doméstica, no estaría tan claro en el caso del delito de violencia de género del art. 153.1 CP.

En primer lugar, porque raramente se podría afirmar que se ajusta a los principios político-criminales, así como al principio de igualdad ante la Ley reconocido en el art. 14 CE.²² Aunque es cierto que

la violencia de género actualmente, y por desgracia, forma parte de la sociedad, no quiere decir que todos y cada uno de los varones respondan a este patrón. De esta manera lo expone el voto particular cuando expresa que “no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”.

Se estaría haciendo castigar al varón que no ha seguido esta finalidad, la cual es la que verdaderamente da sentido a la existencia de este ilícito penal, por todos aquellos que sí lo hacen, desencadenando así una “pena colectiva” y, por lo tanto, incumpliendo el principio de culpabilidad.

B) El principio de culpabilidad. Definición y principales conflictos

El principio de culpabilidad establece qué condiciones y garantías se deberán dar para poder considerar culpable a una persona funcionando, también, de límite al *ius puniendi*. Así, este se compone de otros principios: el de responsabilidad por el hecho; el de personalidad de las penas, el de dolo o culpa y el de imputación personal.²³

En este estudio atenderemos a los dos subprincipios antes nombrados ya que son de mayor relevancia en este caso. Según el principio de personalidad de las penas, el sujeto solo podrá ser castigado por aque-

¹⁷ MIR PUIG, *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 195.

¹⁸ *Ibidem*, p. 185.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, Op. Cit., pp. 216 y ss.

²⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 194

²¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 218

²² Asimismo lo afirma GORJÓN BARRANCO al rehacer referencia al delito de violencia de género resultante de la reforma de

2004: “por otra parte, incluso mayor reproche merece para muchos, ya no sólo haber elevado a delito conductas sin la entidad suficiente para serlo, como ya hemos visto, sino que además, en estos tipos se ha basado la criminalización de las conductas en el hecho de que sea el varón el que las lleve a cabo sobre su pareja o ex pareja. Lo cual deja una ventana abierta a una interpretación del nuevo rumbo adquirido: la vuelta a un derecho penal de autor inconcebible en pleno siglo XXI”, *Vid.* GORJÓN BARRANCO, M. C., “Notas en torno a la legislación penal en materia de violencia familiar y de género en España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, n. 122, mayo-agosto de 2008, p. 101p

²³ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 135

llos hechos que haya cometido él mismo, y no por los ajenos²⁴. Esto ya se contradice con el caso analizado, pues se estaría castigando al sujeto por un hecho que no ha cometido, pero que se le presume al pertenecer a un determinado grupo social (varones).

Consecuentemente, esto quiebra con la prohibición en derecho penal de presunciones en contra, viéndose afectada, principalmente, la presunción de inocencia. Hay que recordar que, la presunción de inocencia, tanto derecho como principio, se constituye como una de las piedras angulares del Estado de derecho, pues salvaguarda las garantías del acusado previamente a que se cuestione su culpabilidad.²⁵ Así, se deberá demostrar que el sujeto es culpable, y no deberá él mismo demostrar su inocencia.²⁶ En atención al caso objeto de estudio, él no deberá demostrar que no tenía una intención de dominación, una intención machista; sino que se deberá probar fundadamente que el individuo en realidad tenía una finalidad machista en contra de su pareja sentimental y que se manifestó en ese momento en forma de bofetón.²⁷

En cuanto a la responsabilidad por el hecho, habrá comprobar si en realidad ha sido castigado por el hecho cometido o, por el contrario, por sus condiciones biológicas. En efecto, de acuerdo con la literalidad de la citada sentencia, el trato desigual en este tipo delictivo estaría justificado en tanto en cuanto “(...) las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.²⁸ Empero, el voto particular

concreta que, “la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.^{29, 30}

La redacción de la norma se ajusta a este fenómeno social, buscando intimidar a los potenciales victimarios para que no se dé esta violencia machista. Y este último es el elemento diferenciador, el machismo, motivo por el que se agrava la pena, el cual no está presente en el caso objeto de estudio. De este modo, se estaría haciendo una presunción de “culpabilidad” pues, por el solo hecho de ser varón y al haber agredido a su pareja (mujer) en un contexto de discusión (en el que él mismo también fue agredido), se le está asimilando con el sujeto que maltrata por convicciones radicales de dominación del hombre sobre la mujer. Ante esta problemática, si todo es violencia de género, nada será violencia de género, y se estará obligando al sujeto activo a demostrar su inocencia con respecto a calificarle como maltratador, invirtiéndose la carga de la prueba y dándose una *probatio diabolica*.³¹ A pesar de que es cierto que, tal y como dice el voto particular, “(en) ninguno de los apartados del artículo 153 CP incluye ni exige ‘entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer’ (...), si se prescinde de ese contexto, que en síntesis podríamos denominar contexto de dominación, la diferencia en el trato, en la aplicación de la ley, no quedaría justificada, vulnerándose con ello el artículo 14 de la Constitución. Es necesaria, por lo tanto, una interpretación del tipo penal que, en

²⁴ *Ibidem*, p. 137.

²⁵ CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto, 2000, pp. 203 y 204

²⁶ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos, número extraordinario monográfico*, 1-2007, p. 94

²⁷ De ser así se estaría ante la llamada “*probatio diabolica*”, mediante la cual se invierte la carga de la prueba la cual, de acuerdo con COBO DEL ROSAL, “no es propia de un proceso penal liberal y democrático como debe ser el español”. *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de derecho procesal penal español*, Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 724

²⁸ STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET), Fundamento Jurídico 9

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ El legislador trata aquí de, justificada y razonablemente, apreciar el mayor desvalor y gravedad de las conductas descritas en comparación con la que se tipifica en el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. *Vid.* STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET), Fundamento Jurídico 11.

³¹ De acuerdo con COBO DEL ROSAL, “en el proceso penal se enjuician unos hechos, que poco o nada tiene que ver con unos indicios, pues, en el caso de aceptar siempre los mismos nos encontraríamos con una inversión de la carga de la prueba, también conocida por *probatio diabolica* inadmisibles y que no es propia de un proceso penal liberal y democrático como debe ser el español”, *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de derecho procesal...*, p. 92.

el momento de su aplicación, impida la vulneración de ese principio, exigiendo la constatación de los elementos que justifican el trato desigual”.³²

2.2. ¿Se podría entender el delito de violencia de género (art. 153 CP) como un derecho penal de autor?

Ante los datos aportados como resultado de este breve estudio, se puede concluir que el delito de violencia de género (art. 153.1 CP), al menos en el caso de la STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET), constituye un claro ejemplo de derecho penal de autor.

Al sujeto no se le castiga por la conducta, ya que, de ser así, se le aplicaría el mismo precepto que a su pareja que resulta ser una mujer. Al mismo tiempo, se le formula la presunción de que, al ser hombre, y debido a la presencia de la ideología machista aun presente en nuestra sociedad, el sujeto estaba resuelto a ser un “maltratador” machista en su agresión contra su pareja en un alarde de lógica “lombrosiana”. La reducción a la igualdad de dos conductas totalmente diferentes es la mayor de las desigualdades, lo que en este caso constituye un trato inconcebible para un derecho penal de garantías, pero sí acorde con un derecho penal de autor.

3. El caso Cassandra. ¿Puede el estado prohibir odiar?

3.1. Contexto de la situación

El 29 de marzo de 2017 Cassandra Vera es condenada por la Audiencia Nacional a un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo. Este caso no estuvo exento de polémica, concluyendo con la absolución de la acusada por la STS 95/2018, de 26 de febrero.

El caso se desarrolló en el contexto de las redes sociales, concretamente en Twitter. Esto conlleva un elemento diferenciador con respecto al pasado bastante importante pues, las redes sociales, gracias a su accesibilidad y a su alcance, es capaz de llegar a miles de personas, tanto en el caso de los mensajes positivos como en el de los negativos. La diferencia reside en

que, los anteriores medios disponibles para la comunicación (radio, televisión, prensa, etc), no contaban con este “altavoz”, no pudiendo afectar a un gran número de personas si este mensaje tenía connotaciones negativas.³³

Este nuevo modo de comunicación a través de las redes sociales incrementó el número de casos de discursos de odio en los últimos años,³⁴ por lo que el legislador, en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce, entre otros muchos, el delito de odio en el art. 510.1 CP. De acuerdo con el precepto legal “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 un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, 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”.³⁵

Como en el anterior caso estudiado, este delito ha sido criticado por la doctrina, que denuncia su incompatibilidad con ciertas garantías político-criminales y a algunos derechos fundamentales, con especial referencia al derecho de libertad de expresión (art. 20 CE).

3.2. El derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) y el delito de odio (art. 510 CP) y la quiebra del Estado de derecho. Contradicciones en el mismo Ordenamiento Jurídico

El derecho a la libertad de expresión viene reconocido como derecho fundamental en el art. 20 CE. De hecho, la misma Constitución hace posible que en la sociedad convivan todo tipo de ideas, incluso aquellas contrarias al propio Estado de derecho³⁶. Así, en el art.

³³ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El discurso del odio a través de internet”, en *Libertad de expresión y discursos del odio, colección Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, n. 12, 2015, p. 151.

³⁴ LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y Evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)”, en *Revista de Ciencias Sociales*, n. 9, Ed. Almenara, 2017, p. 81.

³⁵ Art. 510.1 del Código Penal.

³⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista*

³² Voto Particular de la STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET).

20.1 CE, se “protege la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, emitidas a través de cualquier medio, y por cualquier persona, dirigida a la garantía de la libre comunicación de juicios o ideas”.³⁷ Así pues, cualquier persona podrá expresar su opinión, fuera cual sea esta, siempre y cuando se respeten “los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.³⁸

Los límites a los que se hacen mención, como se puede observar, son muy reducidos ya que, teniendo en cuenta el contexto en el que nace la Constitución Española, esta se inspira en dar la máxima cobertura de libertad, especialmente en lo relativo al derecho de libertad de expresión.

No obstante, en contrapartida, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), nace con otra vocación. Así, inspirándose en el contexto posterior a la Segunda Guerra mundial, en el que predominaron los movimientos totalitarios como el fascismo o el nazismo, los derechos humanos que se reconocen cuentan con una “cláusula de abuso” en su art. 17.^{39, 40} En consecuencia, y según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) no amparará aquellos discursos que supongan un ataque contra un grupo de personas.⁴¹

Así, a la hora de incorporar normativas internacionales en el ordenamiento jurídico español, se pueden producir fricciones, tal y como ocurre con el delito de odio. Este tipo delictivo “enfrenta” la vocación de libertad en la que se inspira la Constitución y la inclinación del CEDH por la limitación de, precisamente, ciertos derechos como el de libertad de expresión. A esto, también se le debe sumar los principios políti-

cos-criminales inspiradores del derecho penal, pero, sobre todo, el principio de lesividad, relacionado estrechamente con el principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho al no permitir el adelanto de la barrera de punibilidad, protegiendo el pensamiento del *ius puniendi* estatal.

En el caso Cassandra, la acusada publica una serie de mensajes que se correspondería con discurso del odio. No obstante, sería simplemente la exposición de ideas, las cuales poseen poca entidad como para lesionar o poner en riesgo un bien jurídico de relevancia penal, como lo sería el honor. Y es que, de acuerdo con la doctrina, para la comisión del delito no es necesario que este discurso incite de forma directa o indirecta a la comisión de delitos, ni tampoco que se dañe efectivamente la dignidad de las víctimas del terrorismo.⁴²

Y es que no es posible que el “odio” dañe cualquier bien jurídico, ya que se trata de una emoción, que resulta totalmente legítima de experimentar por la condición de humanos. Los comentarios que presentó Cassandra, tales como “ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial”, se desenvuelven en un ambiente jocoso, que a la vez están impregnados con una nota de humor, aunque este humor no sea aceptado por el resto de la sociedad. No obstante, parece que en los últimos años se pretende proteger una “moral social colectiva”,⁴³ prohibiendo la contraposición de ideas y contraviniendo la verdadera esencia de la democracia: el contraste de opiniones y el debate.⁴⁴

Sin embargo, el elemento “terrorista” hace que el contexto sea distinto, pues se entendería que, cumular con estas ideas extremistas, aun en clave de humor, se convertiría en la más expresa manifestación de la intolerancia a los derechos humanos y, paradójicamente, se llevaría a la pérdida de pluralismo político.⁴⁵ Hay que dejar claro que no se trata de

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 14-02, 2012, p. 9

³⁷ ACRACIA NÚÑEZ MARTÍNEZ, M., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 3, 2008, p. 292.

³⁸ Art. 20 de la Constitución Española.

³⁹ FREIXES SANJUÁN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995, p. 105.

⁴⁰ El propio TEDH en su sentencia de 8 de julio de 1999 (caso *Surek c. Turquía*), afirma que “resulta necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.

⁴¹ *STEDH Günduz c. Turquía* STEDH 2003/81, de 4 de diciembre de 2003

⁴² GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 269 y 270.

⁴³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 184.

⁴⁴ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, enero abril, 2009, p. 302.

⁴⁵ GOMÉZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M., Comen-

una inducción, sino de la expresión de una opinión en clave de humor (no aceptado socialmente), pues, y tal y como acertadamente expone BILBAO UBILLOS “no es lo mismo opinar que incitar”.^{46,47} La opinión, la manifestación del odio, es propia de cada ser humano, pertenece a su derecho más íntimo de poder ser de la manera que quiera, cobertura que le ofrece el art. 16 CE y el art. 20 CE. En la misma línea de estas reflexiones se manifestó la STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018 (Caso Cassandra). En la misma, aunque el propio Tribunal llama a la cordura afirmando que, aunque “es reprochable social e incluso moralmente en cuanto a mofa de una grave tragedia humana, (...) no resulta proporcionada una sanción penal”, añadiendo que “el Derecho Penal *no* puede *prohibir* el odio, *no* puede *castigar* al ciudadano que *odia*” (énfasis añadido).

La intromisión del *ius puniendi* en esferas tan íntimas de la propia privacidad del individuo coarta la libertad, ya que no se puede ser libre si existe miedo y, en consecuencia, no habría cobertura para un “régimen constitucional y un gobierno democrático”⁴⁸.

3.3. ¿Es el delito de odio (art. 510 CP) un Derecho Penal de Autor?

El significativo adelanto de las barreras de punibilidad,⁴⁹ junto con la escasa relevancia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, castigan al individuo por el mero hecho de expresar su opinión, aunque no se lleve a cabo una incitación, e incluso a pesar de no tener la intención propia de proyectar este odio o de humillar a las víctimas del terrorismo.

Se trata de una conducta que coarta el derecho fundamental de libertad de expresión (art. 20.1 CE), siendo contrario al Estado de derecho. Una emoción tan intrínseca e instintiva como es el odio no debería ser prohibida por el derecho penal, al menos no en un

tarios prácticos al Código Penal, Tomo VI, Ed. Aranzadi, Madrid, p. 670.

⁴⁶ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio...”, Op. Cit., p. 351.

⁴⁷ En realidad, más concretamente, para que se dé un delito de odio, el TEDH exige que medie una incitación, directa o indirecta, para cometer delitos. Vid. ALCÁ CER GUIRAO, R., “Discurso del odio y...”, Op. Cit., p. 26

⁴⁸ LÓPEZ ULLA, J.M., “El discurso del odio como concepto: dificultades para definirlo en la práctica”, en *Diálogos judiciales* en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 399.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el derecho penal?”, Op. Cit., p. 94

Estado democrático, ya que sería equivalente a, por ejemplo, prohibir otro tipo de expresión, como lo sería amar. En definitiva, la normativa que permite al *ius puniendi* alcanzar un elemento tan privado solo puede ser tildado de una manera: derecho penal de autor.

4. El derecho penal orwelliano y el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)

4.1. Contexto del fenómeno terrorista

Las organizaciones terroristas como DAESH han sabido sacar partido de las nuevas tecnologías, especialmente de Internet y de las redes sociales⁵⁰. Así, DAESH ha sido capaz de desplegar una propaganda de gran calidad audiovisual⁵¹ capaz de llegar a cualquier parte del mundo, radicalizando incluso a personas que tenían poca o ninguna relación con el Islam⁵².

Así, y de acuerdo con la Red de Sensibilización sobre la Radicalización (en adelante RAN), “más de 42.000 combatientes extranjeros de más de 120 países se han unido a organizaciones terroristas entre 2011 y 2016, de los cuales [al menos] 5000 procedían de Europa”.⁵³ No es de extrañar, pues, que la comunidad internacional y entre sus miembros España, se preocupe por este fenómeno, especialmente por la fi-

⁵⁰ Según un estudio del Real Instituto Elcano, entre 2001 y 2011 y el periodo 2012 y 2017, se ha incrementado en un 26% los sujetos que se radicalizaron en compañía en un ambiente online, mientras que aquellos que lo hicieron de manera solitaria se incrementó en un 88%. Vid. REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C. / VICENTE, Á., *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Editado por el Real Instituto Elcano, Madrid, 2019, p. 87. En (última visita: 10/07/2019): <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511/yihadismo-yihadistas-espana-quince-anos-despues-11-M.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511>

⁵¹ Los canales de comunicación predilecto por DAESH usado con los adeptos en todo el mundo son las Revistas Dabiq, en primer lugar y, Rumiyah, que la sustituyó después de la pérdida de territorio en Siria. Vid. AGUILAR FRANCO, A., “Las menciones a los países occidentales en ‘Dabiq’ y ‘Rumiyah’”, en *Boletín IEEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos)*, n. 10, abril/junio 2018, p. 314.

⁵² De acuerdo con el Real Instituto Elcano, al menos un 13,9% de los radicalizados se convirtió al Islam y se logró radicalizar en la rama más extremista de la religión musulmana: salafismo. Vid. REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico en España*, Editado por el Real Instituto Elcano, Madrid, 2016, p. 30

⁵³ MEINES, M. / MOLENKAMP, M. / RAMADAN, O. / RANSTORP, M., *Manual de RAN Respuestas a los combatientes terroristas extranjeros repatriados y sus familias*, editado por el Centro de excelencia RAN, 2017, p. 9.

gura del llamado “lobo solitario”.⁵⁴ Es así, como lo Estados occidentales comienzan a diseñar mecanismos legales para hacer frente a esta radicalización. España concretamente en 2015 y por virtud de la LO 2/2015 de 30 de marzo, lleva a cabo una reforma del Código Penal, por la que se introduce en el ordenamiento jurídico español el delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP), entre otros.

Este delito ha sido duramente criticado, llegando a otorgarle el calificativo de “delito orwelliano”⁵⁵ por su incompatibilidad con varios principios y derechos propios del Estado de derecho, pero, sobre todo, por ir en contra del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 16 CE).

4.2. El delito de autocalificación terrorista y la quiebra del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión y del principio de culpabilidad

Atendiendo al derecho fundamental a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, es importante destacar que se trata de uno de los pilares de las democracias actuales. La pluralidad de ideologías y cosmovisiones es la esencia misma del Estado de derecho, ya que significa la más pura manifestación de la libertad.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta libertad viene regulada en el art. 16 CE y permite el libre desarrollo de la persona pues, como dice PALAZZO, tan

solo desde la idea de libertad, sin coacciones que le impidan manifestarse, el sujeto podrá llegar a conocer a sí mismo.⁵⁶

Ahora bien, este derecho, de acuerdo con DÍAZ REVORIO⁵⁷ se encuentra formado por dos vertientes: una interna y otra externa. No nos pararemos a profundizar en cada una de ellas, pero sí cabe mencionar que, mientras que la vertiente externa encuentra su límite en el orden público; la vertiente interna se corresponde con las convicciones de la persona, por lo que esta es ilimitada.⁵⁸

A este respecto, pues, y coincidiendo la vertiente interna con la fase interna del *iter criminis*, sería indisponible por el *ius puniendi*, haciendo valer con el principio *cogitationes poenam nemo patitur*.⁵⁹ Es más, el Estado, como se ha dicho antes, además de no poder entrometerse en esta intimidad del sujeto, es garante de que este ejercicio pueda ejercitarse, incluso deberá defender esta cobertura de la acción de terceros.⁶⁰

Así pues, se puede decir que todo aquello que pertenezca a la fase interna, esto es, pensamiento o formas de ser, no podrá ser objeto de regulación por parte del Estado y, mucho menos castigado. Sin embargo, esto parece no cumplirse con el delito de autocalificación terrorista del art. 575.2 CP.

Mediante este tipo penal, se castigará a quien, con la finalidad de capacitarse para cometer delitos de terrorismo, acceda de forma habitual o posea contenidos de naturaleza terrorista que sea idóneo para in-

⁵⁴ Se trata, en concreto, del conocido como “terrorista individual” o “terrorista autónomo”, el cual desarrolla sus ataques de forma independiente y sin el apoyo, al menos a priori, de un grupo. Sin embargo, como defiende dice AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS: “las personas no se radicalizan solas. Rara vez, el denominado “lobo solitario” surge de modo aislado, independiente de un colectivo social, de un grupo de apoyo; y cuando lo hace, suele ser un psicópata. Las narrativas son fundamentales en las dinámicas de radicalización toda vez que son el eje que vertebrará las desavenencias y en torno al que se estructura el grupo radicalizado”, es decir, que el grupo se encarga de darle adoctrinarlo e instruirlo, además de dotarlo de recursos suficientes para que este sujeto lleve a cabo el ataque terrorista de forma individual. Vid. AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., “El terrorismo global y los lobos solitarios”, en *Boletín IIEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos)*, agosto de 2013, p. 7. En (Última visita: 10/07/2019): http://www.iiee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA44-2013_TerrorismoGlobalLobosSolitarios_FAFM.pdf

⁵⁵ CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. / RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018., p. 48.

⁵⁶ PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979, p. 166.

⁵⁷ DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, en *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007, pp. 85 y 86.

⁵⁸ En palabras literales de MARTÍN SÁNCHEZ, la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole. Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2011), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3^a edición, Madrid: Thomson Civitas, p. 33.

⁵⁹ LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2011), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3^a edición, Madrid: Thomson Civitas, p. 33.

⁶⁰ GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, sep-dic, 2002, pp. 125-126. / MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de ...”, Op. Cit., p. 69.

citar a la incorporación de una organización terrorista o a colaborar con ella.

Aunque el precepto es bastante claro con la doble finalidad exigida, esto es, primero capacitarse para, en segundo lugar, cometer delitos de terrorismo, la doctrina judicial ha realizado una analogía en *mala parte*, llegando a equiparar los conceptos de adoctrinamiento y capacitación.⁶¹

Y es que, con una simple comparación de términos, es posible comprobar que no son sinónimos. Así, y de acuerdo con la Real Academia Española (en adelante RAE), se entenderá por adoctrinamiento “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”,⁶² mientras que “capacitarse” significa “hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”.⁶³

Las consecuencias de adoptar una u otra interpretación son importantes. Si se opta por el concepto literal de “capacitación” (la más ajustada a los principios y derechos), se podría encajar como un acto preparatorio al estar aprendiendo el individuo a cometer un delito de terrorismo. Hay que apuntar aquí que organizaciones terroristas como DAESH tienen un *modus operandi* muy particular, llegando además a facilitar manuales para ello, por lo que cobra sentido esta definición al deberse aprender no solo el proceso correcto de llevar a cabo un delito concreto; sino también los simbolismos que deberá acompañar a este atentado.

Empero, por muy extremo y desaprobado que sea el ideario de DAESH, comulgar con tal ideología no debería considerarse como conducta típica, pues se estaría quebrando el principio de culpabilidad y el principio de responsabilidad por el hecho, pues el pensamiento no delinque.⁶⁴

⁶¹ GONZÁLEZ VAZ, C., *El delito de autocalificación terrorista* (art. 575.2 CP), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2020, p. 206.

⁶² Que adaptado al concepto de “auto-adoctrinamiento” querrá decir “la asunción de determinadas ideas o creencias” de forma autónoma. *Vid.* Definición de “adoctrinamiento”, por la Real Academia Española (RAE), en (última visita: 14/01/2023): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

⁶³ Definición de “capacitarse”, por la Real Academia Española, en (última consulta: 14/01/2023): <https://dle.rae.es/capacitar>

⁶⁴ De acuerdo con ARMENDÁRIZ LEÓN y MIRAT HERNÁNDEZ explican que, dentro del principio de culpabilidad se haya el principio de “responsabilidad por el hecho”, por el que “el hombre responde penalmente por lo que hace, no por lo que es. Todo delito presupone la realización de una acción o de una acción o de una omisión, un comportamiento, que es lo que regula el Derecho Penal, pero en ningún caso la conciencia de los individuos”, lo que a su vez se conforma como una “garantía individual dentro de los postulados de un Estado democrático, actuando como límite a la potestad punitiva del Estado”. *Vid.* ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia*

Ahora bien, adoptar la primera finalidad del elemento subjetivo como adoctrinamiento, nos lleva a expresiones en resoluciones jurídicas tan desafortunadas como la expuesta en la SAN 38/2016, de 7 de diciembre (PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ): “la mera lectura de los mensajes guardados y remitidos, acredita no solo la radicalidad de los mismos, sino, su veloz adoctrinamiento y asunción de los principios y valores del yihadismo radical (...) en el caso, esta finalidad, de dificultosa prueba, está acreditada por el avanzado estado del autocalificación alcanzado por el sujeto, quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado Islámico”. En la misma línea, el TS determina en el fundamento jurídico 1 de la STS 655/2017, de 5 de octubre (PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO) que no es precisa “otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo, sirviéndose de un cuchillo, un vehículo, o un arma o explosivo”.

Como se puede observar, se está castigando la asunción de “ideas de patógeno fanatismo”; pero, de ideas, al fin y al cabo, poniéndose en riesgo el derecho a la libertad ideológica, de pensamiento o religión del art. 16 CE.⁶⁵ Y es que, ya lo expresó el propio TS en anteriores resoluciones, como la STS 503/2008, de 17 de julio (PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), “la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. (...) Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesi-

doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, p. 130.

⁶⁵ GONZÁLEZ VAZ, C., “La antijuricidad penal en el delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP). La interpretación de la radicalización como eventual causa de justificación”, en GALÁN MUÑOZ, A.; GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 433 y ss.

rio, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”.

Se manifiesta aquí, un rechazo al que no piensa conforme a la generalidad, al que no acepta los parámetros de la democracia y piensa de forma totalmente contraria.⁶⁶

4.3. Conclusión. ¿Es el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP) un derecho penal de autor?

Ya varios miembros de la doctrina han manifestado su opinión al respecto. Así, autores como PÉREZ CEPEDA, define este delito como aquel acto de “desarrollar actividades de recabar información porque se tenga afinidad con determinadas ideas, puesto que la participación ideológica en un grupo terroristas es también calificada como conducta de integración terrorista, por lo que el precepto limita claramente la libertad de pensamiento, constituyendo un claro ejemplo de Derecho Penal de autor”.⁶⁷

En la misma línea se expresa GORJÓN BARRANCO, ya que afirma que la conducta del art. 575.2 CP “equipara cualquier apoyo material al apoyo de ideas, criminalizando todo el entorno ideológico de determinados sujetos que se definan como terroristas por su manera de pensar”.⁶⁸

Este delito, pues, castiga el mero ejercicio de la libertad de pensamiento (art. 16 CE), lo que repercute en la calidad de la Democracia, ya que se acerca más

al derecho penal de autor.^{69,70} El legislador, pretende por este delito, además, neutralizar al sujeto potencialmente “radicalizado”, ya que, como indica DEMETRIO CRESPO el “enemigo” es una fuente de peligro incontrolada y que, para que se pueda monitorizar, es preciso “neutralizar a cualquier precio”.⁷¹

Así pues, no se trata de proteger un bien jurídico o de castigar una “acción” sino de controlar a un sujeto que potencialmente podría desarrollar una peligrosidad que se deduce de su modo de vida o de pensamiento, por lo que se puede decir que se trata de un derecho penal de autor.

5. Conclusiones

A la luz del estudio realizado de cada uno de los delitos se puede advertir que no se trata de un fenómeno aislado, sino que, lamentablemente el derecho penal de autor ha conseguido introducirse en el ordenamiento jurídico español.

El derecho penal de autor,⁷² como se vio en el estudio del delito de violencia de género, ya plantea importantes dudas al castigarse no por el hecho, sino por la simple circunstancia de que el sujeto fuese varón y que, de forma deliberada y sin aportar pruebas, se diera la suposición de que el individuo, por el mero hecho de ser varón, fuera un maltratador. Esta suposición contradice el derecho a la presunción de inocencia⁷³, provocando, a su vez, una *probatio diabolica*

⁶⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016, p. 48.

⁷⁰ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006, p. 43

⁷¹ DEMETRIO CRESPO, E., “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2005, p. 68.

⁷² CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed- Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 100-101

⁷³ Se trata de un delito de sospecha, o sea, se da por hecho, mediante una simple sospecha que el sujeto ha cometido un crimen, sin la oportunidad de dar valor al derecho de presunción de inocencia. MANTOVANI lo explica del siguiente: “(aquellos) constituidos por comportamientos, en sí ni lesivos ni peligrosos para ningún interés, pero que dejan una presunción de que ocurra la comisión no asegurada. Estos constituyen una anomalía respecto a los principios constitucionales, no solo de ofensividad, sino también de la responsabilidad personal, de la presunción de no culpabilidad, y de la defensa procesal, debiendo probar no el juez la ilicitud, sino el sospechoso la licitud del hecho (de la posesión o el destino de la cosa). Olas de falta de una prueba liberatoria plena, también por

⁶⁶ Al igual que sucede en el delito de posesión de pornografía infantil (art. 189.4 CP), en realidad no se protege ningún bien jurídico, sino que se pretende dar protección a una determinada “moral social colectiva”, ya que no se está perjudicando ningún bien jurídico, tan solo es una expresión de la libertad de ideología o conciencia de una persona que no comparte el ideario de la generalidad. *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y...*, Op. cit., p. 184.

⁶⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., *El Pacto Antiyihadista: Criminalización de la Radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 349. Para esto la misma autora argumenta, allanándose en la misma opinión que MUÑOZ CONDE, que “se sanciona no a aquel que se adocina o forma, sino al que tiene la voluntad de formarse, de saber, y pone los medios para hacerlo: “la finalidad de capacitarse para llevar a cabo”, pero que todavía ni siquiera ha comenzado la fase ejecutiva de ningún acto terrorista, ni decidido nada”. *Vid. Ibidem*, p. 350

⁶⁸ GORJÓN BARRANCO, M.C., “El cibercrimen político: especial referencia al ciberterrorismo en España”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), RUIZ AIRAS, M. (Coord.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 399.

y dando lugar al adelantamiento de las barreras de punibilidad.

Esto se reafirma con los delitos de odio y de apología del terrorismo. Y es que, a causa de la creciente alarma y rechazo que producen los discursos de odio, se ha comenzado a recortar libertades, siendo el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) el más afectado en este caso. La anticipación pues, ha llegado hasta la expresión de una opinión, al derecho de libertad de expresión, sin importar que esta se manifieste en términos de humor.

Como resultado, se obtiene un Código Penal impregnado de un derecho penal simbólico, en el que tiene más peso la función latente (mantener la tranquilidad de la población) que la principal (proteger bienes jurídicos). Y esto mismo ocurre con el delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP) que, como consecuencia de este fenómeno mundial y del miedo propagado entre la sociedad, se tipifica una conducta que poca lesividad puede producir a un bien jurídico, quedando dañado, de esta manera, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁷⁴ y el principio de *ultima ratio*.⁷⁵

Ante todas estas revelaciones, lo cierto es que no se trata solo de la presencia del derecho penal de autor, sino que este es la antesala y requisito indispensable, junto a los fenómenos que se acaban de exponer, para dar lugar a lo que se denomina “derecho penal del enemigo”,⁷⁶ el cual como expresa FERRÉ OLIVÉ “debemos afirmar con rotundidad que el Derecho penal de enemigos es inadmisibles en un Estado de Derecho”.⁷⁷

razones que de él no depende, castigado por un supuesto de un delito más grave, aunque no lo haya cometido o no tenga intención de cometerlo”. *Vid.* MANTOVANI, F., *Principi di diritto penale*, Ed. CEDAM, Padova, 2002, p. 100.

⁷⁴ FERRAJOLI advierte que, en el derecho penal del enemigo, “la culpabilidad no consiste en la conciencia y voluntad de ofender un determinado bien; es decir, de producir un determinado resultado lesivo o peligroso para otros sujetos (...) Ésta consiste en la infidelidad al ordenamiento manifestada por la desobediencia. *Vid.* FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, *Op. Cit.*, p. 112.

⁷⁵ Y es que ya el derecho penal se usa como “prima ratio” y no con la función de proteger bienes jurídicos penalmente relevantes, sino que “la sensibilidad al riesgo ha llevado a funcionalizar el Derecho penal como un medio para amenazar, prevenir, paralelo y no residual a otras medidas de control”. *Vid.* JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero-junio, 2014, Universidad EAFIT, p. 123.

⁷⁶ CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 226

⁷⁷ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Diversidad cultural y sistema penal”,

6. Bibliografía

- ACRACIA NÚÑEZ MARTÍNEZ, M., “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 3, 2008.
- AGUILAR FRANCO, A., “Las menciones a los países occidentales en ‘Dabiq’ y ‘Rumiyah’”, en *Boletín IIEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos)*, n. 10, abril/junio 2018.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14-02, 2012.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.
- AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., “El terrorismo global y los lobos solitarios”, en *Boletín IIEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos)*, agosto de 2013. En: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA44-2013_TerrorismoGlobalLobosSolitarios_FAFM.pdf
- BECK, U. / SABIOTE GONZÁLEZ, M^a. Á., / MELLADO LÓPEZ, Y. (trads), *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*, Serie Relaciones Dinámicas Interculturales, n. 8, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, enero-abril, 2009.
- CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO MELIÁ, M., *Estudios de derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2010.
- CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional,

en *Revista Penal*, n. 22, Julio 2008, p. 35.

- en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de derecho procesal penal español*, Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. / RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005
- DEMETRIO CRESPO, E. “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, en *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007.
- FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 79, julio-diciembre 2012.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, n. 22, Julio 2008.
- FREIXES SANJUÁN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995.
- GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018.
- GOMÉZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M., *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Ed. Aranzadi, Madrid.
- GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, sep-dic, 2002.
- GONZÁLEZ VAZ, C., “La antijuricidad penal en el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP). La interpretación de la radicalización como eventual causa de justificación”, en GALÁN MUÑOZ, A.; GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GONZÁLEZ VAZ, C., *El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2020.
- GORJÓN BARRANCO, M. C., “Notas en torno a la legislación penal en materia de violencia familiar y de género en España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, n. 122, mayo-agosto de 2008.
- GORJÓN BARRANCO, M.C., “El cibercrimen político: especial referencia al ciberterrorismo en España”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), RUIZ AIRAS, M. (Coord.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Navarra, 2006.
- JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero -junio, 2014, Universidad EAFIT.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. y LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2011), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3^a edición, Madrid: Thomson Civitas.
- LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y Evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)”, en *Revista de Ciencias Sociales*, n. 9, Ed. Almenara, 2017.
- LÓPEZ ULLA, J.M., “El discurso del odio como concepto: dificultades para definirlo en la práctica”, en *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MANTOVANI, F., *Principi di diritto penale*, Ed. CEDAM, Padova, 2002.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España

- ña”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 16, 2008.
- MEINES, M. / MOLENKAMP, M. / RAMADAN, O. / RANSTORP, M., *Manual de RAN Respuestas a los combatientes terroristas extranjeros repatriados y sus familias*, editado por el Centro de excelencia RAN, 2017.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Ed.Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIRANDA, M., “El populismo punitivo”, en *Ponencias de Jornadas de Jueces de Pueblo, 23 y 24 de noviembre de 2006, Juezas y Jueces para la Democracia*. En: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPLISMO%20PUNITIVO.pdf>
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal internacional un ‘Derecho Penal del Enemigo?’”, en *Revista Penal*, n. 21, enero 2008.
- PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., *El Pacto Antiyihadista: Criminalización de la Radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C. / VICENTE, Á., *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Editado por el Real Instituto Elcano, Madrid, 2019. En: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511/yihadismo-yihadistas-espana-quince-anos-despues-11-M.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7c5ffe5f-3455-4d99-b5ee-bf24da041511>
- REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico en España*, Editado por el Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El discurso del odio a través de internet”, en *Liber-tad de expresión y discursos del odio, colección Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, n. 12, 2015.
- SCHROEDER, F., C., “La posesión como hecho punible”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 14, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos, número extraordinario monográfico*, 1-2007.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. A., *Derecho penal parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

Jurisprudencia y legislación consultados

- SAN 38/2016, de 7 de diciembre (Ponente: JULIO DE DIEGO LÓPEZ)
- STC 150/1991, de 4 de julio (PONENTE: LUÍS LÓPEZ GUERRA)
- STEDH de 8 de julio de 1999 (caso Surek c. Turquía), STEDH *Günduz c. Turquía* STEDH 2003/81, de 4 de diciembre de 2003
- STS 503/2008, de 17 de julio (PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA)
- STS 655/2017, de 5 de octubre (PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO)
- STS 677/2018, de 28 de noviembre (PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET)
- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Otros recursos

- Definición de “adoctrinamiento”, por la Real Academia Española (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>
- Definición de “capacitarse”, por la Real Academia Española, en: <https://dle.rae.es/capacitar>
- Noticia “La caravana ‘pro cadena perpetua’ continúa hasta octubre para lograr 4 millones de firmas”, en *El Mundo*. En: <https://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/02/espana/1212411526.html>

Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022¹

Carmen López Peregrín

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN: En octubre de 2022 ha entrado en vigor en España una nueva reforma en materia de delitos sexuales. Entre otros cambios, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha modificado la rúbrica del Título VIII, que ahora se refiere, también en relación a víctimas menores, a la libertad sexual como bien jurídico protegido en estos delitos. Pero además se han producido otras muchas modificaciones en el actual Capítulo II del Título VIII (heredero del anterior Capítulo II bis y que actualmente contiene los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años), modificaciones que se analizan en este estudio.

PALABRAS CLAVE: delitos sexuales sobre menores, reforma penal, libertad sexual, edad del consentimiento sexual, vulnerabilidad.

ABSTRACT: In October 2022, a new reform on sexual offences came into force in Spain. Among other changes, LO 10/2022, of September 6, has modified the heading of Title VIII, which now refers, also in relation to under-age victims, to sexual freedom as the legally protected interest in these crimes. In addition, we analyze the many other modifications in the present Chapter II of Title VIII, whose content was previously on Chapter II bis, and which currently contains the offences of sexual assaults on minors under 16 years of age.

KEYWORDS: child sexual offences, criminal reform, sexual freedom, legal age of sexual consent, vulnerability.

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC, SEJ047) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”. Abreviaturas usadas: art./arts.: artículo/s; BOE: Boletín Oficial del Estado; coord.: coordinador/a/es/as; CP: Código penal; dir.: director/a/es/as; LO: Ley Orgánica; n.º: número; p./pp.: página/s; SAP: sentencia de la Audiencia Provincial; STS: sentencia del Tribunal Supremo; UE: Unión Europea.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema del bien jurídico protegido. 3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP). 3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento. 3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP). 3.3. Tipos cualificados. 3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP. 3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP. 3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP. 3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5. 3.4. Tipo subjetivo. 4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182 CP). 5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años (art. 183 CP). 6. La cláusula del art. 183 bis CP. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Rec: 11/12/2022 | Fav: 09/01/2023

1. Introducción

Tras una larga y compleja tramitación,² la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha reformado una vez más el Título VIII del Libro II del Código Penal español.³ En el Preámbulo de esta ley se justificaba la reforma en base a las obligaciones contraídas en el marco internacional.⁴ Sin embargo, muchas de las modificaciones que se incluyen en ella, como veremos, no son plasmación de dichas obligaciones, sino más bien producto de decisiones político criminales más o menos acertadas.

Entre los cambios introducidos por esta ley, cabe destacar dos de especial relevancia: el primero (común a delitos sexuales contra adultos y contra menores, aunque con algunas diferencias) es la supresión de la distinción entre los delitos de abuso sexual y de agresión sexual; el segundo (de especial relevancia en delitos sexuales contra menores) es la eliminación de la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII. Pero la LO 10/2022 ha reformado además

otros aspectos de los (ahora denominados) delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años que también merece la pena tratar. De todos estos cambios me ocuparé en los siguientes epígrafes.

2. El problema del bien jurídico protegido

En la versión original del Código Penal de 1995,⁵ el Título VIII del Libro II llevaba la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”.⁶ En dicha versión original, los delitos sexuales contra menores no tenían una regulación separada, sino que se regulaban conjuntamente con los delitos sexuales contra los adultos bajo esa misma rúbrica, aunque la edad se tuviera en cuenta en algunos aspectos.⁷

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

⁶ El reconocimiento de que el bien jurídico protegido en estos delitos era la libertad sexual supuso, en su momento, un gran avance frente al Código penal de 1973, que regulaba estos delitos en un Título que llevaba la rúbrica de delitos “contra la honestidad”. Sorprendentemente, este reconocimiento no se produjo hasta la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, más de 10 años después de la aprobación de la Constitución española de 1978, que consagraba la igualdad como principio fundamental. Respecto al cambio de rúbrica, el Preámbulo de la ley de reforma de 1989 afirmaba que la modificación se imponía porque se debía “... respetar la idea de que las rubricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión ‘honestidad’ por ‘libertad sexual’, ya que éste es el auténtico bien jurídico atacado”. El cambio de rúbrica, unido a las demás modificaciones legales que trajo esta reforma, fue descrito por Cancio Meliá como el tránsito “... de un Derecho penal sexual patriarcal, hacia una regulación centrada en la ‘libertad sexual de todos’...” (CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2011, pp. 5-6).

⁷ Así, por ejemplo, la versión original del art. 178 del Código penal de 1995 castigaba como agresión sexual la conducta de atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, aplicándose un tipo cualificado (art. 180.3^a) cuando

² La tramitación de esta ley ha sido ciertamente larga y azarosa desde el inicial Anteproyecto, aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020 (en adelante, Anteproyecto de 2020), hasta su aprobación definitiva en septiembre de 2022, tras una segunda votación en el Congreso, forzada por la aprobación en julio de ese mismo año de una enmienda en el Senado que aparentemente no tuvo más finalidad que la de retrasar lo más posible la entrada en vigor de una ley que ya se consideraba inevitable.

³ La LO 10/2022, de 6 de septiembre, modifica también otros delitos, como los de acoso, matrimonio forzado y trata. No nos ocuparemos aquí, sin embargo, de esas otras reformas, ni de las que afectan al Libro I.

⁴ En concreto, el apartado II del Preámbulo menciona expresamente “la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia)”.

Un sector de la doctrina sostuvo entonces la insuficiencia de la libertad sexual para expresar el bien jurídico protegido en todo el Derecho penal sexual. Desde esta postura, la libertad sexual se entendía como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, libertad de la que carecerían los menores provisionalmente⁸ y los incapaces permanentemente.⁹ Por tanto, en concreto respecto de los menores, este sector consideraba que el bien jurídico protegido en estos delitos no era la libertad sexual, sino la indemnidad sexual, entendida como su derecho a quedar exentos de cualquier daño de orden sexual,¹⁰ pretendiéndose con ello impedir que se les implicara en unas conductas sexuales que podrían ocasionarles traumas psicológicos o alterar su proceso formativo en el ámbito sexual.¹¹

Finalmente, la LO 11/1999, de 30 de abril,¹² se adhirió a esta corriente y modificó la rúbrica del Título

la víctima era “una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”. Por su parte, aunque los abusos sexuales se definían entonces en el art. 181 CP también para víctimas menores y mayores de edad conjuntamente, sí se mencionaba a los menores expresamente en el apartado 2, pero para decir que se consideraban en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecutasen sobre menores de 12 años.

⁸ En la medida en que en ese momento cualquier contacto sexual con menor de 12 años era considerado no consentido y por tanto constitutivo de delito de abuso sexual. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, p. 176: “El problema especial que presentan estos delitos es precisamente si se puede hablar de ‘libertad sexual’ cuando los mismos recaen sobre menores o incapaces [...]. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de doce años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”.

⁹ En cuanto al art. 181.2 del Código Penal de 1995 también consideraba delito de abuso sexual todo contacto sexual sobre persona de cuyo trastorno mental se abusara.

¹⁰ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, p. 178: “Probablemente, se pretende proteger la libertad del menor en el futuro, para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aún no existe”.

¹¹ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, pp. 176-177: “...actualmente en nuestro ámbito de cultura existe una especie de consenso no escrito sobre la ‘intangibilidad’ o ‘indemnidad’ que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. [...] En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”.

¹² Esta ley, aprobada durante el primer gobierno de Aznar a la cabeza del Partido Popular, entre otras cosas, incrementó las penas de todos los delitos de abusos sexuales (también de los cometidos sobre menores) y reintrodujo el delito de corrupción de menores. Las modificaciones operadas por esta ley se encuadraban en una

VIII, cambiando la denominación de “Delitos contra la libertad sexual”, por la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.¹³

Al margen del efecto simbólico o visualizador del fenómeno que podía provocar la mención expresa de la indemnidad sexual, en mi opinión esta modificación no era necesaria, pues entiendo, con otro sector doctrinal, que la protección de menores y de personas con discapacidad psíquica puede ser perfectamente reconducible al bien jurídico de la libertad sexual si este es entendido, no en sentido estricto como la libertad para autodeterminarse en materia sexual (libertad que ciertamente no cabría afirmar en casos de menores de muy corta edad),¹⁴ sino como el interés en asegurar que los comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes.¹⁵ La libertad sexual en sentido amplio, como bien jurídico protegido en todos los delitos sexuales, se dirigiría así a garantizar que las conductas sexuales se realicen con el consentimiento de quienes participan en ellas, lo que conduce a la prohibición tanto de los contactos sexuales no consentidos por quienes tienen capacidad para consentirlos (por

línea de reforma que, apenas 4 años después de la aprobación del nuevo Código Penal, no solamente contradecía el espíritu de este, sino el de las reformas habidas desde 1978. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, “Título VIII...”, 2004, p. 219. Como explica este autor, el origen de la LO 11/1999 se encontraba en una proposición no de ley aprobada por todos los grupos parlamentarios destinada sobre todo a subsanar lo que se entendían como desajustes en las penas de los abusos sexuales, pero el gobierno aprovechó la ocasión para presentar un proyecto que iba mucho más allá, pretendiendo una total modificación del Título VIII que, sin embargo, fue moderada considerablemente en su tramitación parlamentaria (DÍEZ RIPOLLÉS, “Título VIII...”, 2004, pp. 219-220).

¹³ Sobre la modificación de la rúbrica del Título VIII y, en general, sobre el bien jurídico protegido en este Título tras la reforma de 1999, véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 79-98. Sobre el contexto de la reforma, sus antecedentes y las reacciones que provocó, véase TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 55-63.

¹⁴ Me refiero a que, si se interpreta la libertad sexual como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, es totalmente coherente deducir que este bien jurídico no puede explicar los delitos sexuales contra menores (como concluía, antes de la reforma de 2022, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, pp. 215-216), pues ciertamente cuando castigamos por ejemplo a quien realiza tocamientos a un menor de 2 años, no lo hacemos porque se haya vulnerado la libertad de ese menor de decidir qué contactos sexuales quiere realizar y cuáles no. Lo que no comparto es el punto de partida, esto es, que la libertad sexual deba entenderse necesariamente así.

¹⁵ Así DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 81-82. En el mismo sentido, entre otros, TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 65-66; y MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Título VIII...”, 2016, p. 305.

ejemplo, una agresión sexual realizada usando violencia sobre una víctima mayor de edad), como de los ejercidos sobre personas que no pueden consentirlos temporalmente (menores de cierta edad, personas privadas de sentido...) o de forma definitiva (personas con grave discapacidad psíquica o por ejemplo en coma irreversible).¹⁶ Desde esta interpretación, resulta posible afirmar que también los menores ostentan libertad sexual.¹⁷ De la misma forma, por cierto, que nadie sostiene, por ejemplo, que un menor con 8 o 10 años no pueda ser víctima de una detención ilegal salvo que se cree un bien jurídico específico...¹⁸

En cualquier caso, la rúbrica referida a la libertad e indemnidad sexual se mantuvo inalterada en posteriores reformas de este Título VIII. Así, no la modificó la LO 5/2010, de 22 de junio, que, entre otros cambios, por primera vez introducía una regulación separada, en un capítulo aparte (entonces Capítulo II bis del Ti-

tulo VIII del Libro II del Código penal), de los abusos y agresiones sexuales a menores¹⁹. Ni tampoco la cambió la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo cual ya era más problemático.²⁰

En efecto, posiblemente la doble referencia a la libertad sexual y a la indemnidad sexual podía defenderse sin graves consecuencias hasta 2015 e incluso podía tener el valor simbólico antes indicado,²¹ pero creo que tras dicha reforma era ya imposible mantenerla. Primero, porque al elevar la LO 1/2015 la edad del consentimiento sexual a 16 años, resultaba ya más difícil afirmar que los menores de esta edad carecían en todo caso de libertad para determinarse en el ámbito sexual. Y, segundo, porque, en la medida en que a partir de esta reforma el entonces art. 183 quater penalizaba las conductas *consentidas* por el menor de 16 años si las realizaba una persona próxima al menor en edad y madurez (véase *infra*, VI), creo que ya no era posible sostener que un menor con, por ejemplo, 15 años tuviera una libertad sexual que ejercer o una indemnidad sexual a proteger dependiendo, no de su propia edad y madurez, sino de la de la persona con quien mantenía la relación sexual.²² De hecho, aun-

¹⁶ En este sentido ya, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, p. 69, entendiendo el bien jurídico de la libertad sexual como el interés en "... asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, [...] la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad".

¹⁷ Así también, por ejemplo, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 19; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 22; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 113; o CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 48 (con algún matiz, véanse pp. 51-55). En palabras de Caruso Fontán, "(t)odas las personas son libres y por ello gozan de libertad sexual, lo que no obsta que en algunos casos, dados los especiales supuestos en que pueden encontrarse, no requieran de una protección mayor. De acuerdo a ello, podemos plantear una distinción entre la titularidad de la libertad —de la cual, tal como dijéramos gozan todas las personas— de su ejercicio" (CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas...*, 2006, p. 164). Y añade (ob. cit., 2006, p. 178): "Cuando el moderno Derecho penal reconoce cada vez más la capacidad de discernimiento y voluntad de los menores, negarles directamente la posibilidad de ser titulares de libertad sexual resulta anacrónico. Pero más allá de ello, todas las personas son titulares de un derecho a la libertad, que no pierden aunque no puedan ejercerlo en su plenitud". En general sobre el bien jurídico protegido en el caso de sujetos pasivos menores, véase CARUSO FONTÁN, ob. cit., 2006, pp. 160-179.

¹⁸ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp. 113-114: "me parece muy discutible afirmar que los menores de corta edad no tienen libertad sexual, como si el resto de libertades no fuesen también un *continuum* que, en las primeras etapas de la vida humana, se encuentra desdibujado..."

¹⁹ Sobre esta reforma y en especial sobre sus efectos sobre los abusos y agresiones sexuales sobre menores, véanse, por ejemplo, CUGAT MAURI, "Delitos...", 2010, pp. 227-236; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 18ª ed., 2010, pp. 238-241; CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2011, pp. 12-15; y MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos...*, 2011, pp. 41-223.

²⁰ En general respecto de la discusión sobre el bien jurídico protegido en estos delitos en ese momento véanse, por ejemplo, los análisis que realizan ROPERO CARRASCO, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, pp. 245-257; o CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, pp. 37-74.

²¹ Aunque ciertamente tiene razón Ramos Vázquez cuando afirma críticamente que la indemnidad como bien jurídico "nos remite a un supuesto daño que ni tiene por qué existir ni se exige en absoluto para la apreciación del delito..." (RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 112) y "remite a una lógica de control y, a la postre, vulnerabilización de los menores" (RAMOS VÁZQUEZ, ob. cit., 2016, p. 114).

²² En sentido similar, consideraba Ramos Vázquez que, tras la reforma de 2015, el art. 183 quater admitía la capacidad de menores de cualquier edad para consentir en materia sexual, "es decir, parece haber eliminado la incapacidad absoluta de consentir", lo que a su vez parece un argumento a favor del bien jurídico "libertad sexual" (RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 113). Consideraron también que la introducción del art. 183 quater por la reforma de 2015 supuso un reconocimiento de la libertad sexual de los menores, CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 60 ("el nuevo artículo 183 quater, en el que se recoge la indicada cláusula, supone un reconocimiento expreso de la libertad sexual de los menores, con independencia de su edad"); o BOLDOVA PASMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 16 ("el bien jurídico en juego, si se admite la validez del

que la reforma de 2015 mantuvo la referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII, sin embargo la eliminó ya de la descripción típica del entonces delito de abuso sexual de menor de 16 años.²³

No es extraño, por tanto, que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, haya dado un paso más y haya suprimido la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII. Veintisiete años después, esta ley de reforma vuelve a introducir la misma rúbrica que ya existía en la versión original del Código penal de 1995, “Delitos contra la libertad sexual”, lo que ha sido valorado positivamente por quienes criticaban la referencia a la indemnidad sexual por vaga y peligrosa.²⁴

En el Preámbulo de la LO 10/2022 no se menciona, ni se argumenta o justifica expresamente esta modificación,²⁵ aunque es cierto que, cuando se refiere en su apartado I a los comportamientos sexuales constitutivos de violencias sexuales, habla de “... actos de naturaleza sexual *no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado...*”,²⁶ y algo similar puede leerse en el art. 3.1 de la LO 10/2022 cuando se define el ámbito de aplicación de esta ley.²⁷ Por

su parte, en el art. 3.4 se dice que “(e)n el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas”.

De todo esto creo que cabe deducir que el bien jurídico protegido ahora en el Título VIII es la libertad sexual en el sentido amplio antes descrito, como el interés en asegurar que los comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes. En concreto en relación a los menores de 16 años, la libertad sexual se dirigiría a prohibir los contactos sexuales no consentidos (en el escaso margen que otorga al consentimiento de los menores de 16 años el art. 183 bis, heredero del anterior art. 183 quater) y los ejercidos sobre menores que no pueden consentirlos, protegiendo en su caso una libertad sexual potencial o en formación.²⁸

Lo que no parece coherente, sin embargo, es indicar en la rúbrica del Título VIII que también respecto de menores el bien jurídico protegido es la libertad sexual y a la vez mantener la edad del consentimiento sexual en 16 años, en cuanto se prohíbe todo contacto sexual con menores de esa edad (salvo que tenga lugar entre iguales). En efecto, al aumentar la edad del consentimiento sexual en 2015, convirtiendo en delito todo contacto sexual con menores de 16 años (salvo que haya cercanía en edad y madurez), se despoja a esos menores del derecho a decidir sobre su libertad sexual.²⁹

Teniendo en cuenta todo lo dicho, paso ahora a analizar las diferentes modalidades delictivas que, en sentido amplio, el Código Penal denomina “agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, integradas

consentimiento del menor a las acciones sexuales con terceros en determinadas circunstancias en virtud del art. 183 quater, deja de ser la indemnidad sexual y es solo la libertad sexual”).

²³ Así, la descripción típica del delito de abuso sexual a menor cambiaba de realizar “actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”, a la de realizar “actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”, obviando, así, la referencia a la indemnidad sexual. Curiosamente, el término se seguía empleando tras la reforma de 2015 en la descripción típica del delito de abuso sexual (a mayores de 16 años) del art. 181.1 CP: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o *indemnidad sexual* de otra persona...” (la cursiva es mía).

²⁴ Consideraba, por ejemplo, que la referencia a la indemnidad sexual, por imprecisa, generaba el riesgo de justificación a la introducción de intereses vagos o simplemente de contenido moral, como puede verse en el delito de corrupción de menores (reintroducido por la LO 11/1999, de 30 de abril), el de posesión de pornografía infantil para el propio uso (LO 15/2003, de 25 de noviembre) o el de tráfico de pornografía virtual (LO 1/2015, de 30 de marzo), AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, pp. 63-64.

²⁵ Criticando esta eliminación, y que se haga sin ningún razonamiento que la explique, ESQUINAS VALVERDE, “El delito...”, 2022, p. 216.

²⁶ La cursiva es mía.

²⁷ Art. 3.1 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre: “El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que *condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado*, incluyendo el ámbito digital [...]”. La cursiva es mía.

²⁸ Así DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 5. En contra de lo afirmado en el texto, sigue sosteniendo, a pesar de la modificación de la rúbrica del Título VIII por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que la indemnidad sexual es también bien jurídico protegido en estos delitos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 224-225.

²⁹ En este sentido crítico también DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 14: “No cuesta trabajo apreciar que lo que late tras este desmesurado límite de edad es una actitud de recelo o directo rechazo a la sexualidad, trufada de connotaciones moralistas”.

ahora, tras la reforma de 2022, en el Capítulo II del Título VIII, y que incluyen el delito de agresión sexual a menor de dieciséis años (en sentido estricto, véase apartado 3), el delito de hacer presenciar al menor de dieciséis años actos de carácter sexual (véase apartado 4) y los delitos de contacto telemático con menor de dieciséis años (véase apartado 5). Por último, trataré brevemente la cláusula de exención de la responsabilidad penal del art. 183 bis (apartado 6). En lo que sigue me centraré, sin embargo, solamente en las modificaciones introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP)

3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento

Con independencia de la edad de la víctima, desde 1995 el Código penal diferenciaba entre agresión sexual (como acto sexual conseguido con violencia o intimidación) y abuso sexual (como acto sexual no consentido, pero logrado sin violencia ni intimidación). Esta diferenciación, de hecho, era toda una seña de identidad del Código penal de 1995 en relación a su predecesor³⁰ y supuso un cambio de perspectiva que fue valorado positivamente por la doctrina en el momento de su introducción.³¹

³⁰ En efecto, si el Código Penal de 1973 ponía el acento en el delito de violación y en la penetración, el Código penal de 1995 consideró más adecuado para proteger la libertad sexual ordenar los delitos, no en función de si había habido o no penetración, sino de la gravedad del ataque a la libertad, y por tanto distinguiendo en función de si se empleaba o no violencia o intimidación, aunque ciertamente el tipo de contacto sexual pudiera (y siga pudiendo en la actualidad tras todas las reformas habidas en la materia) influir en la pena a imponer.

³¹ Aunque se admitía la existencia de errores y problemas no resueltos (así, por ejemplo, véanse TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 184-185; o GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 10). En este sentido, afirmaba Lamarca Pérez que la reforma parecía "...encaminarse a poner definitivamente el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, más que en el concreto comportamiento sexual llevado a cabo; esto es, la reforma responde a la idea de que el Código penal debe proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí" (LAMARCA PÉREZ, en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 50).

Con el tiempo, sin embargo, esta distinción ha ido perdiendo adeptos,³² en especial tras el "caso La Manada".³³ Tras un abierto y enconado debate suscitado (o incrementado) por este caso, la polémica habida ha conducido a la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual a través de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.³⁴

Según el apartado III del Preámbulo de la ley de reforma, esta supresión era necesaria para cumplir con las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul,³⁵ argumento que también ha usado el sec-

³² Así, por ejemplo, respecto de la reforma de 2010 y en concreto en relación a la cualificación que se introdujo para el delito de abusos sexuales a menores cuando la víctima era menor de 4 años, consideraba Cancio Meliá que son "... muy particularmente estos casos los que mostraron que el punto de partida general de toda la regulación instaurada en el CP 1995, en el sentido de que será más grave la violencia/intimidación que el abuso sin esos medios, no (siempre) cuadra desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico" (CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, p. 15).

³³ Efectivamente, la puesta en cuestión de la reorganización adoptada por el Código Penal de 1995 fue más enérgica a raíz del conocido "caso La Manada", en el que varios hombres atentaron contra la libertad sexual de una joven, metiéndola en un estrecho portal, rodeándola y llevando a cabo penetraciones múltiples por turnos vía bucal, vaginal y anal. La primera sentencia (SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo) condenó por delito continuado de abuso sexual, por entender que hubo prevalimiento, pero no agresión sexual intimidatoria. Esta resolución terminó provocando manifestaciones masivas de amplios sectores sociales, sobre todo de los movimientos feministas, que desembocaron en el Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual, aprobado por el Consejo de Ministros en marzo de 2020, después en el Proyecto 121/000062 de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26.07.2021) y finalmente en la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Sobre el "caso La Manada", véanse FARALDO CABANA/ ACALLE SÁNCHEZ (dir.), *La Manada...*, 2018, *passim*; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, "Reflexiones..." , 2020, pp. 1761-1770.

³⁴ La vinculación de la reforma a estos hechos se reconoce en el propio Preámbulo de la LO 10/2022, cuando se dice en el apartado I: "En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación".

³⁵ El llamado Convenio de Estambul es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España por Instrumento de 18 de marzo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014). Según el apartado III del Preámbulo de la LO 10/2022: "La disposición final cuarta modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atentan contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul" (la cursiva es mía).

tor doctrinal partidario de la misma.³⁶ No hay nada, sin embargo, en el Convenio de Estambul que en mi opinión obligara a realizar este cambio en concreto.

En efecto, en relación a la violencia sexual, el art. 36.1 del citado Convenio obligaba a las partes a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito (incluso cuando los responsables sean las parejas o exparejas de la víctima): “a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”. Creo que ninguna reforma era necesaria en España al respecto, al estar ya tipificadas como delito (de abuso sexual o de agresión sexual a adultos o a menores) todas las conductas incluidas en esta lista. La supresión de la distinción agresión/abuso sexual no era, pues, una obligación impuesta por el Convenio de Estambul,³⁷ sino que constituye una decisión político criminal que creo criticable, por cuanto se equiparan conductas de muy distinta gravedad (como, por ejemplo, respecto de un mayor de 16 años, un tocamiento en la zona genital aprovechando un descuido de la víctima y el conseguido con graves amenazas).³⁸

De otro lado, el apartado 2 del mismo art. 36 del Convenio añadía que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. De este precepto se ha querido deducir que, antes de la reforma de 2022, el Código penal español no respetaba el Convenio de Estambul porque este enfatiza la falta de consentimiento de la víctima y por el contrario el Código penal concedía “... una importancia crucial a los medios que emplea el autor para conseguir llevar a cabo el acto de contenido sexual”.³⁹ Desde esta perspectiva, era necesario eliminar la diferencia entre abuso y

agresión sexual, y poner el acento, no ya en el medio comisivo del atentado contra la libertad sexual, sino en la ausencia de consentimiento de la víctima.⁴⁰ No puedo estar de acuerdo con esta afirmación, pues en el Código penal de 1995, desde su entrada en vigor, lo que distinguía la conducta sexual atípica de la constitutiva de abuso o agresión sexual no era otra cosa que la existencia o no de consentimiento, siendo el uso de violencia o intimidación solo una razón para aumentar la pena.

En cualquier caso, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha incluido en el art. 178.1, en relación a la agresión sexual sobre mayores de 16 años, una especie de definición de consentimiento (“Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”). En mi opinión, y aunque la regulación anterior fuera ciertamente mejorable, el problema no está tanto en la letra de la ley, como en su aplicación por los tribunales, por lo que, con la anterior regulación o con la vigente tras la reforma de 2022, con gran probabilidad seguiremos encontrándonos sentencias problemáticas e incluso escandalosas hasta que no cambie la mentalidad de algunos de nuestros jueces y magistrados. Porque, no lo olvidemos, a menudo se interpreta como un defecto de la regulación vigente lo que es más un problema de prueba o, mejor dicho, de los hechos que los jueces y tribunales consideran o no probados.⁴¹ Como indican Acale y Faraldo, “... por mucho que se mejoren nuestras leyes, si al mismo tiempo no se adoptan medidas que apunten al soporte ideológico del patriarcado, caldo de cultivo de aquella violencia contra la que se quiere luchar, no podemos eliminar los estereotipos y prejuicios sociales que todavía anidan en sectores relevantes de la sociedad”.⁴² Precisamente por eso,

³⁶ Así, por ejemplo, en relación al Anteproyecto de 2020, ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, pp. 47-49 y especialmente pp. 52-54.

³⁷ Así también, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 6; y ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 322-324.

³⁸ Críticos con la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual se muestran, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 9-13; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 224.

³⁹ ACALE SÁNCHEZ, “Los delitos...”, 2022, p. 49.

⁴⁰ A favor del sentido de esta reforma, véanse, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, 2018, pp. 25-29; y ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, pp. 52-58.

⁴¹ En este mismo sentido, véase MUÑOZ CONDE, en *Revista Penal*, 2019, pp. 294-295. De hecho, en el “caso La Manada” sin ningún cambio legal los hechos fueron finalmente valorados por la STS 344/2019, de 4 de julio, como un contacto sexual conseguido por intimidación y, por tanto, como agresión sexual cualificada por violación.

⁴² ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, 2018, p. 29. Y, si no lo creen, lean el voto particular de la primera sentencia en el “caso La Manada”, la SAP de Navarra 38/20218, de 20 de marzo, e indígnense.

no creo que la situación legal cambie sustancialmente por la mera existencia de la definición incluida ahora en el art. 178.1 cp.⁴³

Más sentido tiene, en mi opinión, el argumento de que la reforma de 2022 contribuye, con este cambio de perspectiva, a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria.⁴⁴ En este sentido, sostiene por ejemplo Acale que, en casos como el de “La Manada”, en los que antes de la reforma se ponía de manifiesto la dificultad de deslindar los supuestos de contacto sexual conseguido con “intimidación ambiental” (constitutivos de agresión sexual) y los logrados con prevalimiento (constitutivos entonces de abuso sexual, castigados con una pena inferior), esa dificultad provocaba que los tribunales invirtieran a menudo el razonamiento en virtud del cual dan por probados o no los hechos, indagando en el comportamiento de la víctima, más fácil de controlar procesalmente que el del autor.⁴⁵ Habrá que esperar, entonces, a ver si en este aspecto cambia en algo la situación.⁴⁶

En cualquier caso, en relación a víctimas menores no se da ninguna definición de consentimiento, ni hay ninguna remisión a la que se da en el art. 178.1 para víctimas mayores de 16 años, ni siquiera en el art. 183 bis (véase *infra* VI), donde simplemente se habla del “libre consentimiento del menor de dieciséis años”. Y en cuanto a la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual, veremos en los siguientes apartados que se ha llevado a cabo de forma completamente distinta en relación a adultos y a menores.

⁴³ En sentido similar, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2ª ed., 2022, p. 234: “el problema de determinar si una relación sexual fue o no consentida no se resuelve con definiciones legales más o menos ingeniosas, sino por el tribunal sentenciador tras una ponderada, racional y fundada valoración de los elementos probatorios concurrentes en cada caso”. Una amplia crítica a la definición de consentimiento del art. 178.1 (en relación al Proyecto de 2021, que ya contenía esta cláusula) puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 295-326.

⁴⁴ Argumento incluido expresamente en el apartado III del Preámbulo de la LO 10/2022: “La disposición final cuarta modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. *Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria*” (la cursiva es mía).

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, “Los delitos...”, 2022, p. 58.

⁴⁶ *Ibidem*.

Tras la reforma de 2022, en el Capítulo I del Título VIII (ahora denominado “De las agresiones sexuales”) se prevé, para víctimas mayores de 16 años, el delito de agresión sexual tipo básico en el art. 178, el tipo cualificado de violación en el art. 179 y otros tipos cualificados en el art. 180. En este ámbito, en relación a víctimas mayores de 16 pero menores de 18 años, es necesario resaltar la desaparición, ampliamente reclamada por la doctrina, del anterior art. 182, referido antes de la reforma a ciertos casos de abuso sexual sobre víctimas en esta franja de edad, que ahora pasan a regirse por las reglas generales de los delitos sexuales contra adultos del Capítulo I.⁴⁷

⁴⁷ Antes de la reforma de 2022, el art. 182 castigaba la realización de actos sexuales con personas mayores de 16 y menores de 18 años cuando intervenía engaño (modalidad delictiva heredera del tradicional delito de abuso fraudulento) o abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (modalidad introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo). Al respecto, en lo relativo a la tradicional modalidad de engaño, la doctrina criticó que, si ya resultaba difícil antes de la elevación de la edad del consentimiento operada en 2015 delimitar el ámbito de conductas en las que fuera posible un engaño de esta naturaleza a personas de entre 13 y 16 años (así, por ejemplo, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 24), la tarea era casi imposible en personas de más de 16 años (así, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales...”, 2015, p. 605; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 137; o CUGAT MAURI, “Artículo 182 cp...”, 2022, p. 228). Se trataba, además, de una figura con poca virtualidad práctica, en cuanto la mayoría de los supuestos eran reconducibles al abuso por prevalimiento (CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 136). Por ello, la doctrina propuso la desaparición de esta modalidad delictiva (véanse, por ejemplo, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales...”, 2015, p. 604; MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 446; DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 12; o CUGAT MAURI, “Art. 182 cp...”, 2022, pp. 238-239 y 244-246). Sin embargo, el legislador de 2015 no solo no derogó el art. 182, sino que aumentó su ámbito típico incluyendo los casos de contacto sexual sobre menores entre 16 y 18 años abusando “de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia de la víctima”. Esta nueva modalidad se introdujo supuestamente para incorporar el art. 3.5.i) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 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 el art. 18.1.b) del Convenio de Lanzarote. Sin embargo, esta reforma no tuvo en cuenta que las conductas mencionadas en estos instrumentos internacionales ya eran punibles en España a través del delito de abuso por prevalimiento del entonces art. 181.3 cp, aplicable sin limitación de edad (así por ejemplo CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 138; CUGAT MAURI, “Art. 182 cp...”, 2022, pp. 228-229; y ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, en *Revista Penal*, 2022, p. 117). Una vez más, se incorporaba normativa comunitaria y/o internacional sin adaptarla a nuestro Derecho o integrarla de forma armónica. Por todo ello, parecía que la única solución aceptable era suprimir por completo el delito contenido en el anterior art. 182, que es lo que finalmente ha hecho la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

Por lo que respecta al actual Capítulo II del Título VIII, se dedica ahora a las “agresiones sexuales a menores de dieciséis años” (eliminándose, lógicamente, la referencia que se hacía a los abusos sexuales en la anterior rúbrica del ahora desaparecido Capítulo II bis). Las modificaciones aquí son abundantes. Veámoslas más detenidamente.

3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP)

Según el nuevo art. 181.1, “el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años”. Esta definición de la conducta típica, e incluso la pena que tiene prevista, coinciden aparentemente de forma plena con las que se recogían antes de la reforma en el anterior art. 183.1 (que castigaba con prisión de 2 a 6 años a quien “realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”). Sin embargo, en realidad hay tres diferencias esenciales.

a) La primera diferencia está en que esta definición antes era la del delito de *abuso* sexual a menor de 16 años y ahora es la del delito de *agresión* sexual a menor de 16 años, abarcando por tanto el tipo básico ahora, como en adultos, lo que antes era abuso y agresión sexual. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, la supresión de esta distinción no se realiza de igual modo en el Capítulo I y en el Capítulo II, pues en relación a víctimas mayores de 16 años se integran en el mismo tipo básico, con la misma pena (art. 178 CP), todos los contactos sexuales no consentidos, incluidos los conseguidos con violencia o intimidación,⁴⁸ mientras que, en relación a víctimas menores de 16 años, aunque en principio se integran en el

tipo básico también todos los actos sexuales realizados (excepto los amparados en la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del art. 183 bis), el uso de violencia o intimidación (o el de cualquier otro medio comisivo de los mencionados en el art. 178.2, véase *infra*, III.3.1) daría lugar a la aplicación de un tipo cualificado (art. 181.2, párrafo primero).⁴⁹ En otras palabras, respecto de menores se ha suprimido formalmente la distinción abuso/agresión, pero en la práctica tal distinción sigue existiendo, pues seguirá siendo necesario determinar, a efectos de aplicar el tipo básico o el cualificado, si ha habido o no violencia o intimidación. Eso sí, al integrarse también en el tipo cualificado del art. 181.2 CP, entre otros, los casos de abuso por prevalimiento, ciertamente deja de ser relevante el problema de deslindarlos de los de uso de intimidación.

b) La segunda diferencia relevante en la regulación actual respecto de la anterior a la reforma de 2022 es que el párrafo segundo del art. 181.1 CP indica ahora expresamente que, a los efectos del tipo básico del delito de agresión sexual a menor de 16 años, “... se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”.

Antes de la LO 10/2022, la cuestión de si el abuso sexual sobre menor de 16 años exigía o no contacto físico sexual autor-víctima no era pacífica. En efecto, el anterior art. 183.1 definía el tipo básico del delito de abuso sexual como la realización “de actos de carácter sexual con un menor de 16 años”, mientras que el anterior art. 183.2 equiparaba expresamente, a efectos de aplicar agresión sexual sobre menores, la realización de actos sexuales sobre menor de 16 empleando violencia o intimidación y el compelerle con violencia o intimidación “a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”. Con dicha regulación, el hecho de que estos últimos supuestos se mencionaran expresamente solo para el delito de agresión sexual sobre menor de 16 años, se venía interpretando por un sector doctrinal, en el que yo me incluía también, en el sentido de que en el tipo básico

⁴⁸ Art. 178: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

⁴⁹ Art. 181.2: “Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años [...]”.

del delito de abuso sexual sobre menor de 16 era preciso por el contrario el contacto físico sexual autor-víctima.⁵⁰ Por lo demás, esta interpretación no conducía a considerar impunes los supuestos en que sin violencia o intimidación se instara a un menor de 16 años a realizar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo, pues esos casos eran perfectamente reconducibles al anterior art. 183 bis, que castigaba la conducta de determinar a menor de 16 años a “participar en un comportamiento de naturaleza sexual”.⁵¹ Parecía más justo, además, que, no existiendo violencia ni intimidación, la pena fuera más elevada cuando había un contacto sexual autor-víctima (prisión de 2 a 6 años) que cuando, por ejemplo, el autor instaba al menor a un contacto sexual sobre sí mismo (prisión de 6 meses a 2 años).

Tras la reforma, por tanto, al indicarse ahora expresamente que, a los efectos del delito de agresión sexual a menor de 16 años, se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor, lo que se impone es el criterio de que los actos realizados por el menor de 16 años con un tercero o sobre sí mismo “a instancias del autor” no es ya que *se equiparen* a efectos de pena (como se hacía antes de la reforma en el delito de agresión sexual a menores), es que ahora entran dentro del concepto de “realizar actos de carácter sexual” con un menor.⁵²

En conclusión, no es novedad de la reforma de 2022 que se incluyan en el delito de agresión sexual contra menores los casos en que con violencia o intimidación se obliga al menor a que realice actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, pero sí que este delito abarque ahora también los supuestos en que se insta al menor a hacerlo sin violencia ni intimidación, casos que como hemos visto antes se incluían en el anterior art. 183 bis. El contacto físico sexual autor-víctima ya no es, por tanto, requisito necesario en la conducta típica de realizar “actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años” del actual art. 181.1.⁵³ Por lo demás, esta concepción se corresponde con la más reciente jurisprudencia que, ya con la redacción anterior a la reforma, estaba haciendo en esta materia una interpretación amplia tanto en delitos sexuales contra menores,⁵⁴ como contra adultos.⁵⁵

⁵⁰ Nada impide ahora, además, que esta ampliación se extienda interpretativamente también a la agresión sexual cometida contra adultos...

⁵¹ Véase, por ejemplo, la sts 450/2018, de 10 de octubre. Se trataba de un sujeto que, “con intención de satisfacer su ánimo libidinoso”, contacta con un menor, de 12 años de edad, y consigue que en cinco ocasiones le acompañe al vestuario de un polideportivo, se baje los pantalones y se masturbe, indicándole cómo tenía que hacerlo, al tiempo que él también se masturbaba. La sentencia consideró que se trataba de una conducta típica de abuso sexual del anterior art. 183.1 y no del delito de determinar al menor a participar en acto sexual del anterior art. 183 bis CP. La sentencia consideró que lo que diferenciaba ambos delitos era que en el antiguo delito del art. 183 bis el autor no participaba en el hecho de naturaleza sexual y en el antiguo delito de abuso sexual de menores, sí participaba.

⁵² Así, por ejemplo, la sts 377/2018, de 23 de julio, consideró que había abuso sexual sin necesidad de que existiera contacto físico entre autor y víctima. Se trataba de un caso de lo que se ha denominado abusos sexuales cometidos por internet, cibersexo o “sextorsión”: el sujeto, a través de internet, obligó a varias mujeres a llevar a cabo ante una webcam actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas de contenido sexual que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos. La citada sentencia indicaba que en este supuesto el autor del delito se situaba en una “posición de superioridad virtual por internet” que le permitía vencer la inicial oposición de la víctima a llevar a cabo actos de carácter sexual, lo que daba lugar a la calificación de abusos sexuales en la medida en que había actos sexuales no consentidos. En sentido similar se han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo 311/2020, de 15 de junio, y 447/2021, de 26 de mayo, en sendos casos en los que el sujeto obligaba a las víctimas a masturbarse en la webcam o en vídeos amenazándolas con publicar ciertas imágenes conseguidas de ellas con engaño, aunque entendiéndose que, al haber intimidación, la calificación que correspondía era la de agresión sexual.

⁵⁰ Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, “Delitos...”, 2015, p. 427; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp. 123-124; BOZA MARTÍNEZ, “Los delitos...”, 2019, pp. 280-281; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 122; o PÉREZ ALONSO, en *InDret*, 2019, p. 18. En contra, considerando que la inclusión expresa de estas conductas en el art. 183.2 no implicaba su exclusión del anterior delito de abuso sexual contra menores del art. 183.1, aunque no se mencionaran en esa sede estas conductas típicas, y por tanto considerando que el contacto físico sexual no era ya antes de la reforma de 2022 requisito del entonces delito de abuso sexual, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 447; o MONGE FERNÁNDEZ, “De las agresiones...”, 2022, pp. 272-274 y 282.

⁵¹ Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, “Delitos...”, 2015, p. 428; o MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, p. 241.

⁵² Consecuentemente, el heredero del antiguo art. 183 bis, el actual art. 182, ha eliminado la conducta típica de “determinar a participar en comportamiento de naturaleza sexual”, manteniendo la otra conducta típica, de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual. Sobre ese tema volveré *infra*, IV.

c) La tercera diferencia de la nueva regulación introducida en el art. 181.1 frente a la anterior es más compleja y se refiere a la pena. Al respecto, aunque el marco penal para el tipo básico del nuevo delito de agresión sexual con menor de 16 años aparentemente sea el mismo que se preveía antes en el art. 183.1 para el tipo básico del delito de abuso sexual a menores, en realidad encubre un importante incremento punitivo.

En efecto, antes de la reforma de 2022 el tipo básico de abuso sexual a menores de 16 años se castigaba con la pena de prisión de 2 a 6 años. Tras la reforma, el tipo básico de la nueva agresión sexual a menores prevé prisión de 2 a 6 años. ¿La misma pena? Sí. Pero para un número mucho mayor de supuestos en la actualidad. En efecto, la pena del tipo básico del nuevo delito de agresión sexual castiga los antiguos casos de abuso sexual a menores (respecto de los cuales la pena no cambia, cierto), pero también, como acabamos de ver, algunos de los comprendidos en el primer inciso del anterior art. 183 bis (contacto sexual del menor de 16 años sobre sí mismo o con tercero a instancias del autor), que tenían prevista pena inferior (prisión de 6 meses a 2 años).

3.3. Tipos cualificados

3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP

Los supuestos que se mencionan en el art. 178.2 CP en relación a adultos como casos en que ha de entenderse que hay siempre agresión sexual (cometidos con violencia, intimidación o abuso), son en el ámbito de los menores de 16 años tipos cualificados (art. 181.2 CP), castigados con pena de prisión de 5 a 10 años.

En efecto, cuando la víctima es mayor de 16 años, el art. 178.1 CP considera agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona por realizarse sin su consentimiento,⁵⁶ añadiendo el art. 178.2 que a estos efectos se consideran en todo

⁵⁶ Más concretamente, según el art. 178.1, tras la reforma de 2022, comete agresión sexual “el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin* su consentimiento” (la cursiva es mía). Dado que es absurdo entender que se puede “atentar” contra la libertad sexual de una persona “con” su consentimiento, deduzco que lo que quiere decir el art. 178.1 es, como digo en el texto, que constituye agresión sexual el acto que atente contra la libertad sexual de una persona “por realizarse sin” su consentimiento.

caso agresión sexual “los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.⁵⁷

Por el contrario, en el caso de víctimas menores de 16 años, cuando en los actos sexuales se dan esas mismas circunstancias de violencia, intimidación o abuso no es que se consideren como no consentidos (ya que son no consentidos por el mismo hecho de realizarse con menores de 16, salvo lo dispuesto en el art. 183 bis, heredero del anterior art. 183 quater), sino que dan lugar a la aplicación de un tipo cualificado.⁵⁸ Un tipo cualificado que ahora engloba tanto lo que antes de la reforma era agresión sexual de menores de 16 años (actos de carácter sexual con menor de 16 cometidos empleando violencia o intimidación), como otros supuestos que se consideraban hasta ahora como abusos sexuales, aunque muchos de ellos (si no todos) podían cualificarse por el anterior art. 181.4 (especial vulnerabilidad, prevalimiento). Con más detalle, se cualifica ahora el delito de agresión sexual de menores de 16 años en el art. 181.2 CP cuando hay:

1. *Uso de violencia o intimidación.* Como ya he dicho, estos supuestos se corresponden con los que antes de la reforma de 2022 se consideraban ya agresión sexual y se castigaban con una pena

⁵⁷ La redacción legal es, en todo caso, criticable, pues se afirma que se consideran “en todo caso” agresión sexual “los actos de contenido sexual cuando se realicen *empleando* violencia o intimidación” (la cursiva es mía). Hubiera sido preferible decir que hay agresión sexual cuando el acto sexual “se consigue” empleando violencia o intimidación, para dejar de forma clara e indubitada las relaciones sadomasoquistas entre adultos fuera del ámbito penal. Se puede llegar obviamente a esta interpretación también con ayuda del bien jurídico protegido, entendiendo que se refiere a los actos del apartado anterior, esto es, a los que se realizan atentando contra la libertad sexual del otro, pero hubiera sido preferible una redacción más clara en este sentido.

⁵⁸ La equiparación a efectos penológicos de los actos cometidos con violencia y/o intimidación y los cometidos con abuso ha sido criticada por un sector de la doctrina, por entender que los segundos no tienen la misma gravedad que los primeros. Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, p. 67 (respecto del Anteproyecto de 2020); ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 324-325 (respecto del Proyecto de ley de 2021); o (respecto ya de la LO 10/2022) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 236-237 (en relación a víctimas mayores de 16 años, pero con un razonamiento trasladable aquí).

agravada respecto de los antiguos abusos sexuales de menores. La relación concursal aquí con los delitos de coacciones y amenazas es claramente de concurso de leyes, al tenerse en cuenta ya la violencia y/o la intimidación para aplicar este tipo cualificado, por lo que amenazas y coacciones quedarán absorbidos.

La única novedad en esta materia es que, respecto de menores de 16 años, desaparece en gran medida el problema de diferenciar la intimidación (especialmente la ambiental) del prevalimiento, al dar lugar también el prevalimiento a la aplicación de este mismo tipo cualificado. Y digo “en gran medida” y no “por completo” porque, como veremos después, la posibilidad de atenuación facultativa de la pena prevista en el art. 181.2, párrafo segundo, se excluye si hay violencia o intimidación, por lo que la necesidad de deslindar intimidación de prevalimiento sigue existiendo para los supuestos en que, por las circunstancias concurrentes, el juez o tribunal se plantee hacer uso de esta atenuación facultativa de la pena.

2. *Abuso de una situación de superioridad.* Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado con prevalimiento daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del anterior art. 183.4.d), castigado con pena de prisión de 4 a 6 años. Ahora da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2, castigado con prisión de 5 a 10 años. Se incrementa aquí, pues, la pena. Por otro lado, aunque con esta nueva regulación desaparecen los problemas de delimitación entre intimidación ambiental y prevalimiento, sin embargo se presentan ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022 en el art. 181.4.e) (prevalimiento) y 181.4.a) (actuación conjunta). De esos problemas nos ocuparemos *infra*, en el apartado 3.3.3.

En cuanto a la relación de superioridad, se puede basar en cualquier circunstancia (como por ejemplo ser el sujeto profesor, entrenador o psicólogo del menor). Pero si este tipo cualificado se aplica en base a un abuso de la relación de superioridad por parte del ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro u otra persona encargada de hecho o de derecho de la víctima menor, no será aplicable además la cualificación del art. 192.2 CP.

3. *Abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.* Similares cuestiones a las que acabamos de referirnos se plantean con esta cualificación. Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado sobre víctima en situación de especial vulnerabilidad daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del art. 183.4.a), castigado antes de la citada reforma con pena de prisión de 4 a 6 años. Tras la reforma, da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2, castigado con prisión de 5 a 10 años: se incrementa aquí también, por tanto, la pena aplicable.

La cualificación no menciona un listado de causas de la vulnerabilidad, bastando que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad, por la razón que sea, que disminuya sus posibilidades de ofrecer resistencia.⁵⁹ Se pueden incluir, así, por ejemplo, agresiones sexuales a menores que *sean* vulnerables (por ejemplo, por tener una muy corta edad o una grave discapacidad física), pero también a menores que *se encuentren* puntualmente en una situación de vulnerabilidad (borrachos, drogados, gravemente enfermos, etc.), aunque no lleguen a estar privados de sentido (véase *infra*), siempre que verdaderamente se abuse de la situación en la que se encuentran.⁶⁰

Por otro lado, también se dan aquí ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022, en este caso con el tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

4. *Actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido.* Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en

⁵⁹ Esta cualificación ya había sufrido una reforma relevante por la LO 8/2021, de 4 de junio, que había cambiado una redacción que ponía el énfasis en la “calidad” de vulnerable de la víctima (“Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”), a otra en la que se incidía en la “situación” de vulnerabilidad de la víctima (“Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”). Esta referencia a la situación de vulnerabilidad, mucho más amplia, se ha mantenido tras la reforma de 2022 tanto en el art. 181.2 (por remisión al art. 178.2), como en el art. 181.4.c) CP.

⁶⁰ En este sentido también, aunque refiriéndose a mayores de 16 años, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 238.

relación a menores de 16 años,⁶¹ aunque ningún problema había para considerar que la víctima privada de sentido era una víctima en situación de vulnerabilidad y, en consecuencia, calificar la conducta como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a). Por tanto, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que el anterior y plantea el mismo problema de compatibilidad con el actual tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

Por lo demás, tras la reforma de 2022, y dado que se diferencia (aunque no a efectos de pena) entre víctima en situación de vulnerabilidad y víctima privada de sentido, habrá que incluir en este supuesto, y no en el anterior, los casos de víctima inconsciente (en coma, desmayada, profundamente dormida, etc.). Si es el propio autor del contacto sexual el que ha privado de sentido a la víctima para ejecutar el acto (emborrachándola, por ej.), el supuesto encaja tanto aquí como en el de uso de violencia, pero la cualificación no exige esta coincidencia, pudiendo aplicarse por tanto también cuando el sujeto se aprovecha de una situación que no ha provocado él. Sobre este tema volveremos *infra*, cuando tratemos las cualificaciones del art. 181.4.

5. *Abuso de situación mental.* Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en relación a menores de 16 años,⁶² aunque tampoco había aquí ningún problema en reconducir este supuesto al de víctima en situación de vulnerabilidad y, por tanto, calificarlo como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a). En consecuencia, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que los dos anteriores y plantea el mismo problema de compatibilidad con el tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

⁶¹ Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas que se hallaran privadas de sentido.

⁶² Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare. En cualquier caso, parece que el término “situación mental” es más amplio que el de “trastorno mental”.

La actual redacción se refiere a la “situación mental”, término que ha sido criticado por un sector de la doctrina por su vaguedad.⁶³ Lo que está claro, en cualquier caso, es que esta cualificación abarca no solamente los actos sexuales ejecutados abusando de una discapacidad psíquica permanente del menor, sino también otros actos sexuales ejecutados sobre el menor abusando de cualquier trastorno mental transitorio. A la inversa, la mera constatación de la “situación mental” (sea lo que sea eso) no da lugar a esta cualificación, pues, como en las anteriores, lo relevante es que se abuse de ella.

6. *Actos sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad.* La referencia a víctimas con la voluntad anulada es una novedad de la reforma de 2022.⁶⁴ El contenido de esta cualificación no está en mi opinión del todo claro. No puede estar refiriéndose a víctimas privadas de sentido ni a personas con anomalías psíquicas, porque estas se incardinarían en otros supuestos (víctima privada de sentido o abuso de situación mental). Parece más bien que esta cualificación se está refiriendo a casos de ingestión de alcohol, drogas o fármacos que, sin llegar a privar de sentido a la víctima, le afecten de forma relevante, por ejemplo, favoreciendo la libido. En cualquier caso, si el menor está suficientemente desarrollado para entender la trascendencia de lo que hace e ingiere una droga o producto que se le ofrece siendo consciente de que puede llegar a producirse un acto sexual, no cabrá aplicar este tipo cualificado.⁶⁵

⁶³ Así, por ejemplo, en relación al nuevo art. 178.2 afirma Esquinas Valverde que el término “situación mental” presenta una gran imprecisión y vaguedad, que no parece muy acorde con el principio de taxatividad y determinación de la ley penal (ESQUINAS VALVERDE, “El delito...”, 2022, pp. 215-216).

⁶⁴ Ciertamente, el anterior art. 181.2 consideraba abuso sexual (sobre víctima mayor de 16 años) los actos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Pero obviamente no es lo mismo anular la voluntad, que abusar de una víctima que (por la razón que sea) tiene anulada la voluntad.

⁶⁵ Como advierte Muñoz Conde en relación a esta circunstancia cuando se da entre adultos, pero con un razonamiento en parte extrapolable aquí, ciertamente los límites entre la anulación plena de la voluntad y un simple debilitamiento de la misma no son fáciles de trazar, por lo que habrá que tener en cuenta otros factores, como el tipo de producto que se ingiere, las relaciones previas entre los protagonistas del acto, la edad, etc. (MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 240).

Por lo demás, esta cualificación plantea posibles problemas de compatibilidad con la contenida en el art. 181.4.g), referida a la anulación de la voluntad de la víctima por el autor mediante el suministro de fármacos u otras sustancias, problemas de los que nos ocuparemos *infra*, al tratar las cualificaciones del art. 181.4.

El marco penal aplicable. La atenuación facultativa de la pena. En relación al marco penal de las cualificaciones incluidas en el nuevo art. 181.2, también en estos casos ha cambiado, a pesar de mantenerse nominalmente idéntico. En efecto, antes de la reforma de 2022 si el contacto sexual con el menor de 16 años se conseguía mediante violencia o intimidación la conducta pasaba de abuso a agresión sexual y se castigaba (también en los casos equiparados a ella) con la pena de prisión de 5 a 10 años. Tras la reforma, el uso de violencia o intimidación conduce del tipo básico al tipo cualificado de agresión sexual a menor de 16 del art. 181.2 y se castiga con prisión de 5 a 10 años. ¿Las mismas penas? Sí. Pero para un número mucho mayor de supuestos en la actualidad, en la medida en que este mismo marco penal se aplica también (y eso es nuevo) a otros casos, los demás que menciona el art. 178.2 (es decir, aquellos en que se abusa de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realizan cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad), que en la anterior regulación se habrían considerado abusos sexuales y no agresiones, y a los que habría correspondido antes una pena de prisión de 2 a 6 años (tipo básico) o como mucho, de 4 a 6 años (si era aplicable alguna de las cualificaciones del anterior art. 183.4, por ejemplo por existir prevalimiento).

Seguramente por ello, el párrafo segundo del art. 181.2 establece la posibilidad de una atenuación facultativa de la pena, previendo la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado “en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable”, excepto cuando medie violencia o intimidación, o se dé alguna de las cualificaciones del art. 181.4. La

técnica, cada vez más usada por nuestro legislador, de elevar las penas, pero dejando posibilidades de atenuación facultativa, me parece criticable.⁶⁶ Entre otras razones porque, más que ofrecer flexibilidad para adaptar la pena a la gravedad del hecho, creo que pretenden atemperar una pena que el legislador sabe que puede ser excesivamente grave en ciertos casos; y porque, tal y como está redactada en concreto en estos delitos, otorga al juez un marco penal demasiado amplio.⁶⁷ Con un ejemplo: un tocamiento en un pecho sobre la ropa a una joven de 15 años que está profundamente dormida (privada de sentido) puede ser castigado con una pena de prisión de 5 a 10 años (art. 181.2, primer párrafo) o de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día (pena inferior en grado, art. 181.2, párrafo segundo): un marco penal posible de entre 2 años y 6 meses, y 10 años de prisión.

En cualquier caso, no es muy elevado el número de supuestos en los que podría aplicarse esta atenuación en la medida en que solo cabe cuando concurre una de las modalidades descritas en el art. 178, pero a la vez no media violencia, ni intimidación, ni ninguna de las circunstancias del art. 181.4.

Por lo demás, llama la atención que la posibilidad de atenuar la pena atendiendo a las circunstancias del caso se prevea para los supuestos cualificados del art. 181.2, pero no para los del tipo básico del art. 181.1. En efecto, la pena para la agresión sexual tipo básico no podría rebajarse en base a esta atenuación facultativa en ningún caso, ni siquiera en los supuestos que antes no se consideraban abuso sexual (por ejemplo, instar a una menor a que se toque a sí misma un pecho con carácter sexual tendría que ser castigado como mínimo con la pena de 2 años de prisión, lo que parece a todas luces desproporcionado).

⁶⁶ Esta técnica de prever penas muy elevadas dejando luego posibilidades de atenuación facultativa es usada, por ejemplo, en violencia de género, doméstica o asistencial (véanse arts. 153.4, 171.6 o 172.2, párrafo cuarto), pero también en otros ámbitos (véanse arts. 242.4, 286 bis.3, 318 bis.6, 351, párrafo 1º, 368, párrafo 2º o 579 bis.4 CP).

⁶⁷ Critican también la vaguedad y amplitud de este tipo de atenuaciones facultativas en delitos sexuales, entre otros, Díez Ripollés, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 27; o AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, p. 67.

3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.3 CP castiga con la pena de prisión de 6 a 12 años (en los casos del apartado 1) y con la pena de prisión de 10 a 15 años (en los casos del apartado 2) cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías.⁶⁸

Lo primero que llama la atención es que no se use el término “violación”, que sí se utiliza en el art. 179 en relación a víctimas mayores de 16 años. La versión original del Código Penal de 1995 sustituyó el término “violación” por el de “agresión sexual”,⁶⁹ supresión que no fue bien acogida por el público en general, que (guiado por algunos medios de comunicación) identificó erróneamente la supresión del término con el hecho de que las conductas antes calificadas como violación se habían despenalizado, lo que condujo, para evitar confusión, a la reintroducción del término “violación” en la reforma de 1999.⁷⁰ El problema no acabó ahí. Como decía Lamarca ya en 1996, “... seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica”.⁷¹ Y tras el caso “La Manada” también se puso de manifiesto que el hecho de que el término violación no se usara en el caso de abuso sexual sobre mayor de 16 años con penetración, daba lugar a malentendidos. En relación a adultos este problema ha desaparecido al eliminarse la distinción abuso/agresión: ahora cualquier atentado contra la libertad sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos se denomina violación. Sin embargo, la misma conducta, incluso

conseguida con violencia o intimidación, no se denomina así cuando la víctima es menor de 16 años, lo que resulta difícil de explicar a la opinión pública, con la carga valorativa que conlleva este término.⁷²

En cuanto a la definición, en sí, de la cualificación que ahora recoge el art. 181.3 CP, tiene una redacción casi idéntica a la contenida en el anterior art. 183.3⁷³ y plantea por tanto los mismos problemas interpretativos que existían ya antes.⁷⁴ Sin embargo, hay que recordar que actualmente esta cualificación es además aplicable a conductas que antes de la reforma no se consideraban ni abuso ni agresión sexual, como por ejemplo instar al menor a que se introduzca a sí mismo un objeto vía anal o vaginal (sin violencia ni intimidación).⁷⁵ El ámbito del supuesto de hecho, por tanto, se ha ampliado.

⁶⁸ Críticamente también, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 137.

⁶⁹ (Erratas aparte). Eso sí, se sustituye el término “ataque” por el de “acto sexual”, lo que me parece criticable pues el primero visualiza mejor la necesidad de que la conducta afecte al (ahora) bien jurídico libertad sexual.

⁷⁰ Me refiero a los problemas interpretativos relacionados por ejemplo con el concepto de acceso carnal y con la determinación del momento consumativo. Sobre lo primero, parece claro ya que el acceso carnal no solamente incluye la introducción del pene vía vaginal, anal o bucal por parte de un sujeto activo hombre a una víctima hombre o mujer, sino también la conducta de hacerse penetrar un hombre o una mujer por un hombre por alguna de las citadas vías (véanse el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 y la STS 476/2006, de 2 de mayo). Más problema plantea la cuestión de si el acceso carnal también incluye las prácticas fricativas, esto es, la relación sexual mujer-mujer en la que intervienen los órganos genitales sin necesidad de penetración. Consideran por ejemplo que esta conducta, aunque encaje literalmente en el tipo, no debería entenderse incluida en él por no presentar la misma gravedad que los demás supuestos, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 243; o MONGE FERNÁNDEZ, “De las agresiones...”, 2022, p. 294. Sobre la segunda cuestión, de cuándo se produce la consumación, es interesante la STS 454/2021, de 27 de mayo (referida a la violación de mayores de 16 años, pero con una interpretación extrapolable), según la cual, para que haya introducción de miembro corporal u objeto vía vaginal basta el contacto de acceso a la zona interna vaginal, de modo que, todo lo que sea un exceso, por leve o breve que sea, “de superación de la horizontalidad” en la zona sexual femenina, permitiría ya aplicar el tipo cualificado, entendiéndose por “horizontalidad” la zona superficial referida al mero tocamiento externo.

⁷¹ Los casos en que con violencia o intimidación se obliga al menor a que acceda carnalmente o sea accedido por un tercero, o se introduzca él mismo los objetos o miembros corporales, ya eran considerados antes de la reforma de 2022 agresión sexual del anterior art. 183.2 y por tanto entraban dentro del ámbito de aplicación de la cualificación por acceso carnal o introducción de objetos del anterior art. 183.3. No hay novedad, por consiguiente, en este aspecto. Sí la hay, en cambio, en relación a estas mismas conductas cuando se consiguen sin violencia o intimidación, casos que como

⁶⁸ En realidad, con una redacción desastrosa, lo que dice literalmente ahora el art. 181.3 CP es lo siguiente: “Cuanto (sic) el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión (sic) en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2”.

⁶⁹ Versión original del art. 179: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años”.

⁷⁰ Art. 179, tras la reforma de 1999: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años” (la cursiva es mía).

⁷¹ LAMARCA PÉREZ, en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 51.

Por otro lado, resulta curioso que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 179 en relación a víctimas mayores de 16 años, aquí se sigue estableciendo un marco penal diferente para los casos del apartado 1 y para los casos del apartado 2 del art. 181 CP. Me refiero a que aquí la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual parece meramente nominal, en la medida en que un acceso carnal obtenido con violencia o intimidación sigue siendo más castigado que aquel en que no se ha usado violencia o intimidación (aunque ya no se llame abuso sexual). La única diferencia es que ahora en el marco penal doblemente agravado (por los arts. 181.2 y 181.3) no solamente entran los accesos carnales o introducciones de objetos o miembros corporales conseguidos con menores de 16 años con esos medios coercitivos, sino también los demás que se incluyen en el art. 181.2 por remisión al art. 178, es decir, los logrados con abuso de superioridad o vulnerabilidad, los ejecutados sobre personas privadas de sentido o con la voluntad anulada y los conseguidos abusando de la situación mental de la víctima. El supuesto de hecho, pues, se amplía en gran medida.

En cuanto a los marcos penales, se mantienen (aparentemente) idénticos en su máximo, aunque rebajan sus mínimos. En concreto, para los casos del apartado 1 (agresión sexual sin uso de ninguno de los medios comisivos del art. 178) la pena prevista ahora es la de prisión de 6 a 12 años, mientras que el anterior art. 183.3 castigaba el abuso sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos con la pena de prisión de 8 a 12 años. El mínimo descendiendo por tanto de 8 a 6 años, pero ello se corresponde con un cambio en su ámbito de aplicación. Primero, porque, como hemos visto, ahora el supuesto de hecho abarca casos (como el citado supuesto de instar al menor a que se introduzca un objeto) que antes se incluían en el art. 183 bis (que tenía pena de prisión de 6 meses a 2 años). Y segundo porque todos los supuestos de acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales conseguidos abusando de superioridad, vulnerabilidad o situación mental, o realizados con víctima privada de sentido o voluntad anulada, que antes de la reforma se castigaban como abuso sexual cualificado con ese marco penal de prisión de 8 a 12 años, ahora no se incluyen en este su-

puesto, sino que sufren una doble cualificación (art. 181.2 y 181.3) y pasan al marco penal de prisión de 10 a 15 años.

En efecto, si bien la agresión sexual de menores cualificada por acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos se castigaba antes de la reforma de 2022 con prisión de 12 a 15 años y ahora el art. 181.3 prevé una pena de prisión de 10 a 15 años (aparentemente más benigna) en los supuestos del actual art. 181.2, la rebaja del marco penal responde a que ahora se incluyen muchos más supuestos (todos los casos en que concurre abuso de superioridad, de vulnerabilidad o de situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada).

En general, por tanto, lo que es criticable aquí es la amplitud del supuesto de hecho, no la consecuente rebaja del mínimo del marco penal aplicable. La polémica surgida en esta materia respecto de que esta rebaja de los mínimos pueda dar lugar en algún caso a una aplicación retroactiva de la LO 10/2022 por resultar más beneficiosa, me parece desmesurada. En primer lugar, porque, en sí, modificar un marco penal no es ni correcto ni incorrecto, sino que ha de analizarse la proporcionalidad de la nueva respuesta penal en relación a los supuestos contenidos en la norma. En segundo lugar, porque lo que refleja en general la reforma no es precisamente una respuesta penal más leve, sino más bien, como estamos viendo artículo a artículo, un endurecimiento de las penas derivado no de una subida directa de las penas, sino de una considerable ampliación de los supuestos de hecho. Y finalmente porque, si en algún supuesto (excepcional) la LO 10/2022 resulta más beneficiosa, no debe haber escándalo alguno en aplicarla retroactivamente cumpliendo el art. 9.3 de la Constitución y el art. 2.2 CP.⁷⁶

3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.4 prevé una cualificación, aplicable a todos los casos anteriores y castigada con la correspondiente pena de prisión en su mitad superior, cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en él. Entre dichas circunstancias se encuentran algunas que ya estaban presentes con

hemos visto antes de la reforma de 2022 se incluían en el anterior art. 183 bis y por tanto quedaban fuera de esta cualificación.

⁷⁶ Lo cual, por cierto, seguiría siendo así, aunque mañana se volvieran a modificar al alza los marcos penales del art. 181.3, pues la LO 10/2022 seguiría siendo ley posterior más beneficiosa respecto de los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, cosa que parece olvidarse en el debate público de estos días.

parecida o idéntica redacción en el anterior art. 183.4 (que era aplicable en principio tanto al anterior delito de abuso, como al anterior delito de agresión sexual sobre menor de 16 años),⁷⁷ pero también se han modificado de forma esencial otras dos de las ya existentes y se han incorporado dos más de nuevo cuño.

Lo que más llama la atención en este tema es, sin embargo, que los tipos cualificados del art. 181.4 se solapan ahora en gran medida con los del art. 181.2. En efecto, el actual art. 181.2 engloba ahora tanto lo que antes de la reforma era agresión sexual de menores de 16 años (actos de carácter sexual con menor de 16 cometidos empleando violencia o intimidación), como otros supuestos que se consideraban hasta ahora como abusos sexuales, aunque muchos de ellos (si no todos), cualificados por el anterior art. 183.4 (especial vulnerabilidad, prevalimiento). Pero a la vez, se mantienen y amplían estas cualificaciones. En consecuencia, habrá que analizar con cuidado las cualificaciones previstas en el art. 181.4 para evitar aplicarlas cuando se refieran a hechos ya tenidos en cuenta.⁷⁸

Veamos con más detenimiento todas estas cuestiones.

1. *Actuación conjunta.* El actual art. 181.4.a) cualifica la agresión sexual a menores “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”, redacción que reproduce literalmente la contenida en el anterior art. 183.4.b), no existiendo en consecuencia novedades en su descripción.⁷⁹ Sin embargo, ahora se plantea un problema nuevo: el de su posible compatibilidad con la cualificación contenida en el art. 181.2, por remisión al art. 178, de realizar el acto sexual empleando intimidación o abusando de una situación de superioridad. En este sentido, creo que si la

actuación conjunta es precisamente lo que genera la intimidación ambiental o la relación de superioridad de la que se abusa para llevar a cabo el hecho, se aplicará el marco penal del art. 181.2, sin que sea posible entonces aplicar además la cualificación de actuación conjunta del nuevo art. 181.4.a). Sí cabrá, por el contrario, acumular ambas cualificaciones por no haber *bis in idem* cuando la relación de superioridad se base en otra causa (por ejemplo, dos profesores del menor abusan de su posición como tales para llevar a cabo conjuntamente el acto sexual).

2. *Violencia de extrema gravedad o carácter degradante o vejatorio.* Aunque esta circunstancia ya se mencionaba también en el anterior art. 183.4.c), ha sufrido en la reforma de 2022 una modificación sustancial. En efecto, el nuevo art. 181.4.b) cualifica ahora la agresión sexual contra menores que vaya “precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”, mientras que la anterior letra c) del art. 183.4 se refería a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revestían un carácter particularmente degradante o vejatorio. Por tanto, la redacción actual es más amplia, de una parte, porque es nueva la referencia a los casos de “violencia de extrema gravedad” y, de otra, porque el carácter particularmente degradante o vejatorio lo refiere ahora el art. 181.4 b) en general a los actos que preceden o acompañan a la agresión sexual, y no solamente, como se decía antes, a la violencia o intimidación ejercidas.

En cuanto a lo primero, no queda claro qué ha de entenderse por violencia de extrema gravedad. En cualquier caso, teniendo en cuenta que otra de las cualificaciones del art. 181.4 (la contenida en la letra f) se aplica cuando se hace uso de armas u otros medios peligrosos, parece que esta cualificación se estaría refiriendo a los casos en que se ejerce violencia sin usar dichos medios, esto es, a los casos en que el uso de puñetazos, patadas, etc., da lugar a supuestos de especial brutalidad. Por lo demás, si la violencia ejercida da lugar a lesiones o muerte de la víctima, cabrá el correspondiente concurso de delitos (y así sería igualmente, aunque no lo dijera el art. 194 bis), que podrá ser también con homicidio o asesinato cualificados por

⁷⁷ Digo “en principio” porque, obviamente, la anterior cualificación del art. 183.4.c), referida a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revistieran un carácter particularmente degradante o vejatorio, solo era aplicable a la agresión sexual.

⁷⁸ Y ello a pesar de que aquí no se diga expresamente, a diferencia de lo que sí ocurre en relación al delito de agresión sexual sobre mayor de 16 años (véase art. 180.1 Cp).

⁷⁹ Por lo que cabe mantener la misma crítica ya existente anteriormente, referida a su carácter indiscriminado (así DÍEZ RIPO-LLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 27), dado que se trata de una cualificación que podría estar justificada en ciertos casos (por ejemplo, cuando se usa violencia o intimidación), pero no en otros (¿realmente es más grave la conducta si dos personas realizan un tocamiento a una víctima en coma que si lo hace una?).

ser la víctima menor de 16 años (arts. 138.2.a y 140.1.1ª).

En cuanto a lo segundo, en efecto la redacción anterior, al exigir que el carácter “particularmente degradante o vejatorio” lo revistiera la violencia o intimidación ejercidas, no permitía subsumir en esta cualificación los casos en que la especial degradación o vejación no provenía de los medios usados, sino de la conducta sexual realizada, lo que había sido criticado por la doctrina.⁸⁰ Por el contrario, con la redacción actual, que refiere el carácter particularmente degradante o vejatorio a los “actos” que preceden o acompañan la agresión sexual, sí sería posible aplicar esta cualificación en esos supuestos.⁸¹ En cualquier caso, ahora como antes, para aplicar esta cualificación será necesario que la vejación o humillación a la víctima supere la que supone ya, de por sí, un acto sexual no consentido válidamente.

Por lo demás, para evitar el *bis in idem* no cabe concurso de delitos entre la agresión sexual a menor cualificada por esta circunstancia y el delito contra la integridad moral del art. 173.1, salvo que, además de actos especialmente degradantes o vejatorios, haya violencia de extrema gravedad.

3. *Especial vulnerabilidad.* La cualificación del actual art. 181.4.c) se aplica cuando los hechos se cometan “contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”. En este supuesto, salvo el hecho de que se cambia el término “víctima” por el de “persona”, prácticamente no cambia la redacción de esta cualificación respecto de la contenida hasta la reforma en el anterior art. 183.4.a), precepto que, por lo demás, acababa de ser modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio.⁸²

En cualquier caso, si se aprecia la cualificación del art. 181.2 por existir abuso de vulnerabilidad, no podrá aplicarse además esta cualificación, pues habría *bis in idem*. Del mismo modo, en los casos

en que se aplique la cualificación del art. 181.2 por realizarse el acto sexual sobre un menor de 16 años privado de sentido, con una situación mental de la que se abusa o con la voluntad anulada, difícilmente no se tratará además de una víctima especialmente vulnerable, por lo que, en estos supuestos, creo que solo será posible cualificar dos veces sin provocar *bis in idem* cuando la víctima sea menor de 4 años.

4. *Violencia de género.* Según el nuevo art. 181.4.d), se cualifica el delito “cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia”. Se trata de una de las dos cualificaciones del art. 181.4 que no tienen precedente en el anterior art. 183.4, introducción paralela a la realizada, para víctimas mayores de 16 años, en el art. 180.1.4ª. Existen, sin embargo, dos diferencias entre estas cualificaciones: en primer lugar, respecto de víctimas mayores de 16 años se menciona a la víctima “esposa”, mientras que respecto de víctimas menores de 16 se habla de “pareja”, lo cual se explica porque los menores de 16 años no pueden ya contraer matrimonio.⁸³ Más relevante es la segunda diferencia, en la medida en que respecto de víctimas mayores de 16 años es claramente una cualificación referente a la violencia de género (el art. 180.1.4ª se refiere a una víctima “esposa o mujer que esté o haya estado ligada [al responsable] por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”), mientras que el art. 181.4.d) no es tan concluyente, pues se refiere a que la víctima sea o haya sido “pareja” del autor (“sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia”). La referencia a “pareja” podría, en efecto, entenderse aplicable a todas las combinaciones posibles (mujer-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre y hombre-mujer), por lo que vincularla a la violencia de género, como está haciendo la doctrina, solo puede hacerse interpretativamente, por su introducción paralela a la cualificación del art. 180.1.4ª y por mencionar el Preámbulo de la LO 10/2022 que la reforma introduce en los delitos

⁸⁰ Así, por ejemplo, MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, pp. 98-99, en relación a la cualificación del anterior art. 180.1.1ª, referido a víctimas mayores de 16 años, pero que presentaba una redacción idéntica al anterior art. 183.4.c), aplicable cuando la víctima era menor de 16 años.

⁸¹ Así MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, pp. 93-94.

⁸² Véase *supra*, nota 59.

⁸³ En efecto, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria eliminó del art. 48 del Código civil la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia dispensara, “con justa causa y a instancia de parte”, el impedimento de edad a partir de los 14 años: actualmente solo pueden contraer matrimonio los mayores de 18 años o los menores emancipados (art. 46 Cc) y la emancipación solo es posible a partir de los 16 años (arts. 314 y ss. Cc)

sexuales, sin distinción, “la circunstancia cualificatoria agravante específica de género”.

Por otro lado, el Preámbulo de la LO 10/2022 justifica esta novedad afirmando que se introduce “en línea con las previsiones del Convenio de Estambul”. En realidad, lo único que exige este convenio en su art. 36.3 es que no queden impunes los delitos sexuales cometidos por las parejas actuales o anteriores de las víctimas⁸⁴ y que (art. 46.a del Convenio) se reconozca como agravante “el que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo” o por “una persona que conviva con la víctima”.⁸⁵ En otras palabras, no se requiere la previsión de una cualificación específica, bastando una agravante genérica, ni que la agravación se refiera específicamente a los casos de violencia de género (puesto que el convenio se refiere en general a cónyuges o parejas), por lo que en gran medida bastaba para cumplir el Convenio de Estambul las ya existentes agravantes de parentesco (art. 23 CP) y/o de discriminación por razones de género (art. 22.4^a CP), teniendo en cuenta, además, que una agravante conduce a la mitad superior de la pena, igual que las cualificaciones del art. 181.4 (aunque es verdad que la agravante se puede compensar con una atenuante). Sin embargo, aunque no fuera obligatoria, no creo que haya nada que objetar a la inclusión de una cualificación específica en delitos sexuales referida a la violencia de género siempre que (aquí o en cualquier delito que la prevea) no se aplique de forma automática al sujeto activo hombre cuando la víctima sea una mujer, sino solo cuando pueda afirmarse (o al menos, no descartarse) una motivación machista⁸⁶.

⁸⁴ Art. 36.3 del Convenio de Estambul: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 [referidas a la necesidad de sancionar la penetración vaginal, anal u oral, o cualquier otro acto de carácter sexual no consentido, o el obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero] se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

⁸⁵ O por un miembro de la familia o una persona que haya abusado de su autoridad.

⁸⁶ Interpretación restrictiva del concepto de violencia de género que estaría en la línea de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, en relación al art. 153. Considera también que una interpretación restrictiva de la cualificación de violencia de género sería compatible con el Convenio de Estambul, por ejemplo, DíEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 21.

5. *Prevalimiento de situación de convivencia, superioridad o parentesco.* El nuevo art. 181.4.e) es aplicable “cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”, redacción que es idéntica a la que introdujo la LO 8/2021, de 4 de junio, en el anterior art. 183.4.d). Por tanto, en relación a los ascendientes o hermanos, lo importante sigue siendo el prevalimiento de la superioridad que se deriva de la relación parental, no tanto el parentesco mismo, por lo que no se trata de desvalorar especialmente las relaciones incestuosas, sino las logradas abusando de una relación de superioridad; y lo mismo cabe decir de la referencia a la convivencia, de modo que no deberá aplicarse automáticamente esta cualificación por el mero hecho de que autor y víctima convivan, sino que será necesario, como el propio precepto establece, que haya habido prevalimiento de esa situación de convivencia.⁸⁷ En cualquier caso, si se aplica esta cualificación a una agresión sexual cometida por un ascendiente, para evitar el *bis in idem* no será aplicable además la cualificación del art. 192.2 CP.

En cuanto al prevalimiento de una relación de superioridad, hay que tener en cuenta que el abuso de superioridad ya está previsto como tipo cualificado en el art. 181.2 (por remisión al art. 178), por lo que aplicar además en este caso la cualificación del art. 181.4.e), que tiene exactamente el mismo fundamento, infringiría el principio de *ne bis in idem*, salvo que se diera además otra de las circunstancias del art. 181.2 (por ej., violencia).

6. *Uso de armas o medios peligrosos.* Según el actual art. 181.4.f), la agresión sexual a menores se cualifica “cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis”. La actual redacción aproxima esta cualificación a la prevista en idénticos términos para casos de víctimas mayores de 16 años

⁸⁷ Así también expresamente, aunque en relación al nuevo art. 180.1.5^o, paralelo a este precepto, pero aplicable a agresiones sexuales sobre mayores de 16 años, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24^a ed., 2022, p. 245.

en el vigente art. 180.1.6^a CP (y en el anterior art. 180.1.5^a). Por el contrario, antes de la reforma de 2022 el antecedente directo de esta cualificación en el ámbito de víctimas menores, contenido en el art. 183.4.e), se aplicaba cuando el culpable “hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”. En este caso, por tanto, la nueva redacción parece reducir el número de casos a los que puede aplicarse la cualificación, en la medida en que es mucho más amplio el número de supuestos en que hay peligro para la salud, incluso causado por imprudencia, que el de aquellos en que se usan armas o instrumentos peligrosos específicamente capaces de causar la muerte o lesiones graves o muy graves. Así, por ejemplo, el acceso carnal a un menor de muy corta edad que pone en grave peligro su integridad física, que antes podía cualificarse por esta vía, ya no entra en el ámbito de aplicación de la letra f) del art. 181.4 (aunque sí en el de la letra c, si la víctima es especialmente vulnerable), ni tampoco los casos de especial brutalidad física (aunque esos supuestos ahora entrarían en la letra b).

El concepto de armas o instrumentos peligrosos puede interpretarse en el mismo sentido que en el art. 148.1^o.

En cualquier caso, esta cualificación es aplicable sin perjuicio de que pueda castigarse al sujeto, en concurso de delitos, por las lesiones o la muerte causada (como se deduce de la remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 194 bis, aunque se llegaría a la misma conclusión interpretativamente sin este precepto). Por lo demás, teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia ha aceptado ya específicamente la posibilidad de utilizar el uso de armas para agravar dos delitos diferentes perpetrados de forma unitaria,⁸⁸ temo que tampoco vea *bis in idem* ninguno en la posibilidad de aplicar, caso de producirse con armas lesiones que requieran tratamiento médico, este tipo cualificado de agresión sexual a menores y además el tipo cualificado del art. 148.1^o CP.

7. *Sumisión química*. Según el nuevo art. 181.4.g), la agresión sexual a menor de 16 años se cuali-

fica “cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. Esta cualificación, como la de la letra d), es una absoluta novedad en esta materia, sin precedente en el anterior art. 183.4 CP antes de la reforma de 2022, aunque sí lo tenía en delitos con víctimas adultas,⁸⁹ ámbito en el que esta circunstancia también se recoge ahora como cualificación en el art. 180.1.7^a en caso de víctima mayor de 16 años. Es la llamada “sumisión química”.⁹⁰

Algún autor ha sostenido, al respecto, que se trata de una cualificación innecesaria, en la medida en que cabe aplicar en estos casos la cualificación de especial vulnerabilidad prevista en la letra c).⁹¹ En mi opinión, sin embargo, los mayores problemas que plantea esta cualificación están relacionados con el tipo cualificado del art. 181.2 que, recordemos, agrava la pena (previendo prisión de 5 a 10 años) cuando hay violencia, intimidación, abuso de superioridad, de vulnerabilidad o de situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada. En efecto, dos escenarios son imaginables: de un lado, si la sustancia se ha usado para dejar a la víctima inconsciente, entonces puede entenderse que ha habido violencia o víctima privada de sentido; de otro, si la sustancia se ha usado, no para dejar a la víctima inconsciente, sino para desatar su libido y conseguir así que tolere lo que no consentiría en situación normal, entonces estaríamos en el supuesto de víctima con la voluntad anulada. En ambos casos, por tanto, el hecho encajaría tanto en la cualificación de sumisión química (art. 181.4.g), como en la del art. 181.2. ¿Son acumulables ambas cualificaciones?

⁸⁹ En efecto, el precedente más inmediato lo encontramos, antes de la reforma de 2022, en el ámbito del delito de abuso sexual a mayores de 16 años, en la medida en que, tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el anterior art. 181.2 consideraba abuso sexual no consentido, entre otros, el cometido (sobre víctima mayor de 16 años) “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

⁹⁰ Así la denomina incluso el Preámbulo de la LO 10/2022: “También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada ‘sumisión química’ o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima”.

⁹¹ Así por ejemplo MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, p. 136, en relación a la cualificación de similar redacción que se preveía ya en el Anteproyecto de 2020 respecto de víctimas adultas y que tras la reforma se contiene en el art. 180.1.7^a.

⁸⁸ Así, por ejemplo, consideraba compatibles la cualificación de uso de armas del art. 148 y la de uso de armas del anterior art. 180.1.5^a, la sentencia del Tribunal Supremo 968/2012, de 30 de noviembre.

Yo creo que en el primer caso (víctima inconsciente) no es posible, pues habría *bis in idem* en la medida en que se basan en la misma circunstancia. Pero la cuestión puede ser más problemática en el segundo supuesto, pues quizá cabría entender que, si no se deja a la víctima inconsciente, sino que se desata su libido, se trataría de ámbitos de aplicación diferentes en la medida en que el art. 181.2 se refiere a un sujeto que *se aprovecha* de una víctima que tiene la voluntad anulada, por la razón que sea, mientras que el art. 181.4.g) se referiría a un autor que suministra *él mismo* la sustancia para anular la voluntad. Pero entonces se llegaría al absurdo de castigar menos gravemente el supuesto en que el autor anula él mismo la voluntad poniendo el fármaco (art. 181.4.g, mitad superior de la pena del tipo básico: prisión de 4 a 6 años), que aquel en que el sujeto se aprovecha de que la víctima tiene ya la voluntad anulada (art. 181.2: prisión de 5 a 10 años). Para evitar esta consecuencia incoherente habría que entender entonces que no hay *bis in idem* al aplicar cumulativamente ambas cualificaciones, basándonos en la idea de que la cualificación del art. 181.2 es más amplia, pues no siempre que el sujeto abusa de la anulación de la voluntad de la víctima ello se va a deber a que haya sido él mismo quien haya provocado la situación. Desde esta interpretación, la pena a aplicar sería (si no hay acceso carnal ni introducción de objetos), si suministra él la sustancia, la del art. 181.2 en su mitad superior, o sea, de 7 años y seis meses a 10 años de prisión. Pero entonces lo que no se entendería es por qué este caso debería castigarse más que por ejemplo el supuesto de contacto sexual conseguido con violencia, que (salvo que fuera de extrema gravedad) se castigaría con un marco penal con un mínimo inferior (el del art. 181.2, sin doble cualificación: prisión de 5 a 10 años). Ninguna interpretación está por tanto exenta de problemas.

8. *Criminalidad organizada*. Tras la reforma de 2022, la agresión sexual a menor de 16 años se cualifica en el art. 183.4.h), por último, “cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades”, incluyendo ahora en esta letra h) exactamente el mismo contenido del anterior art. 183.4.f). Ninguna novedad hay, por tanto, en esta materia.

Por lo demás, si concurren dos o más de las cualificaciones previstas en el art. 181.4, al no preverse una regla similar a la recogida en el art. 180.2, habrá que aplicar las reglas generales de determinación de la pena dentro del marco penal fijado en el art. 181.4.

En resumen, además de provocar graves problemas de *bis in idem*, en general el nuevo art. 181.4 contiene un mayor número de cualificaciones, más amplias y que se aplican a un mayor número de casos, por lo que implica también un incremento de las penas, aunque nominalmente se mantengan idénticas (las aplicables, en su mitad superior).

3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.5 prevé para todos los casos de agresión sexual a menores del art. 181 la imposición, además de la pena prevista para cada caso, de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. La definición de esta cualificación coincide totalmente con la que se recogía en el anterior art. 183.5. Sin embargo, como venimos repitiendo, en realidad el ámbito de supuestos abarcados ahora por la cualificación, como ocurre también con los previstos en el apartado 4, es mayor.

3.4. Tipo subjetivo

Los delitos de agresiones sexuales contra menores de 16 años tienen prevista solamente la forma dolosa. En el tipo básico, ello implica conocimiento, aunque sea aproximado, de la edad del menor. El error sobre este extremo, tanto vencible como invencible, es error de tipo y por tanto da lugar a la atipicidad de la conducta. Distinta es la situación si el autor conoce la edad de la víctima, pero ignora la antijuricidad de su hecho pensando erróneamente que si el menor acepta la relación la conducta sexual es conforme a Derecho, en cuyo caso podría apreciarse error de prohibición directo invencible o vencible, según las circunstancias del caso, y por tanto respectivamente excluirse o atenuarse la culpabilidad y la pena.

En cuanto a los tipos cualificados, requerirán que el dolo abarque la respectiva circunstancia cualificante, por ejemplo, que la víctima se encuentra en una

situación de vulnerabilidad o que tiene anulada su voluntad, excluyéndose, si hay error, la aplicación de la respectiva cualificación (art. 14.3).

4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182 CP)

Tras la reforma de 2022, el tipo básico de este delito se prevé en el art. 182.1, que castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a quien, “con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”.

El antecedente inmediato de este delito lo encontramos en el anterior art. 183 bis, que fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con dos conductas típicas: a) determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual; y b) hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual.

La primera de estas conductas era directa heredera del antiguo delito de corrupción de menores⁹² y fue muy criticada por su vaguedad e imprecisión.⁹³ Antes de la reforma se incluían en esta modalidad los casos en que el menor realizaba actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero a instancias del autor, por lo que, teniendo en cuenta que la reforma de 2022 ha incluido estos supuestos en el tipo básico del delito de agresión sexual, ya no tenía sentido mantenerla y ahora desaparece del nuevo art. 182.1. El problema es que, de este modo, la pena ha pasado de ser la de prisión de 6 meses a 2 años, a la de prisión de 2 a 6 años, o mayor si resulta aplicable alguna cualificación

del art. 181 (por ej., la de introducción de objeto, si se insta al menor a que se lo introduzca).

En cuanto a la segunda modalidad del anterior art. 183 bis, referida a “hacer presenciar” al menor actos sexuales, supuestamente se incluyó en el anterior art. 183 bis para trasponer la Directiva 2011/93/UE y el Convenio de Lanzarote, aunque lo cierto es que ello no era necesario en la medida en que esas conductas ya podían ser castigadas en España por el delito de exhibicionismo (art. 185).⁹⁴ Y ciertamente el mantenimiento de ambos delitos producía problemas de solapamiento, por lo que un sector doctrinal era partidario de derogar el art. 185, al menos en relación al sujeto pasivo menor de edad.⁹⁵ Sin embargo, la reforma de 2022 no ha modificado nada en este aspecto, manteniéndose actualmente tanto el art. 185, como el delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182.1). Obviamente, mientras ambos preceptos se mantengan habrá que entender que hay entre ellos *bis in idem*, por lo que, si resultan aplicables ambos delitos a la misma conducta, en mi opinión habrá que aplicar el nuevo art. 182.1 por especialidad en base a la diferente edad del sujeto pasivo (menores de 18 años en general en el art. 185 CP, menores de 16 años en el art. 182 CP), solución que además es coherente con la mayor gravedad de la pena prevista en el art. 182.1.⁹⁶

Tanto antes como después de la reforma, habrá que entender que, en la conducta típica de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual, la contemplación ha de ser necesariamente directa, porque si lo que se hace ver al menor son imágenes (fotos, videos, etc.), el delito aplicable será el de difusión de material pornográfico del art. 186.⁹⁷ En cambio, dicha contemplación no tiene por qué ser presencial, incluyéndose también en el art. 182.1 los casos en que la conducta se realiza *on line* (un adulto, por ejemplo,

⁹² El delito de corrupción de menores desapareció en el Código Penal de 1995 y luego fue reintroducido en 1999 en el art. 189.4 del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, que castigaba con prisión de 6 meses a 1 año a quien hiciera “participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”. La LO 1/2015 recondujo este delito al art. 183 bis, modificando así no solo su ámbito de aplicación, sino también el sujeto pasivo (de menor de 18 años a menor de 16 años), siendo, por tanto, el único caso en que la reforma de 2015 rebajó la edad penal de 18 a 16 años, sin ninguna explicación por cierto (DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 13-14).

⁹³ Véanse, por ejemplo, GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 274-276; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 149; o URRUTIA LIBARONA/MURUA ASTORQUIZA, “La tutela penal...”, 2020, pp. 134-135.

⁹⁴ Así, por ejemplo, CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 197.

⁹⁵ Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma...”, 2015, p. 159; RAMOS TAPIA, “La tipificación...”, 2015, p. 131; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 153, n. 548; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 198; o MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, pp. 241-242.

⁹⁶ Así también, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256. En contra, para Cugat Mauri la edad no es el único fundamento de la mayor pena de esta modalidad, sino también el componente coercitivo (“hacer presenciar”), que no es requisito en el art. 185 (CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 349).

⁹⁷ Así también CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 348; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256.

que contacta con un menor telemáticamente y se masturba en directo ante la cámara del ordenador).⁹⁸

En cualquier caso, si lo que se hace presenciar al menor de 16 años son actos que constituyen “un delito contra la libertad sexual”, se aplicará el tipo cualificado del apartado 2 del art. 182, castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años. En este ámbito, la reforma de 2022 no modifica el marco penal, pero redacta de forma más correcta el supuesto de hecho al referirse en general a los delitos contra la libertad sexual.⁹⁹

Por lo demás, en este delito resulta aplicable la causa de exclusión de la responsabilidad penal, si se dan sus requisitos, del nuevo art. 183 bis (véase *infra*, apartado 6).

5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años (art. 183 CP)

Tras la reforma de 2022, el art. 183.1 reproduce de forma prácticamente literal el delito antes contenido en el art. 183 ter.1 (conocido como delito de *grooming*), cambiando solamente la anterior referencia al art. 183, que ahora es, lógicamente, al art. 181 CP. Sin embargo, a pesar de que la redacción no cambia, al haberse ampliado el contenido del art. 181 en comparación al anterior art. 183, en realidad se amplía el supuesto de hecho del delito de *grooming*. Así, por ejemplo, antes de la reforma contactar con un menor de 16 años a través de internet con la finalidad de que este se masturbara en su presencia¹⁰⁰ no se podía incluir en el delito de *grooming*, pues esa conducta (determinar al menor a realizar un comportamiento sexual) se incardinaba en el delito del anterior art. 183 bis, mientras que el delito de *grooming* exigía contactar con el menor a través de las TIC y proponerle un encuentro con el fin de cometer un delito *de los entonces arts. 183 o 189*. Tras la reforma, sin embargo, el delito fin del *grooming* puede ser el de agresión sexual del actual art. 181, que como hemos visto no

exige ya contacto corporal, por lo que esa misma conducta ahora sí sería típica de este delito.¹⁰¹

Por lo que respecta al actual art. 183.2, recoge literalmente el delito antes contenido en el art. 183 ter.2 (conocido como delito de *sexting*): aquí no se ha producido ninguna modificación.

En conclusión, y aunque en el Anteproyecto de 2020 se preveían más cambios en esta materia,¹⁰² finalmente no ha habido tantas novedades, manteniéndose, por tanto, los problemas interpretativos ya existentes.¹⁰³ Problemas derivados, principalmente, de constituir ambos delitos un adelantamiento de la barrera de protección penal basado, además, en el erróneo presupuesto de que el principal peligro para el menor proviene de extraños que contactan con él a través de las TIC y no, como parecen demostrar los estudios empíricos, más bien de adultos del entorno familiar o cercano del menor.¹⁰⁴

VI. La cláusula del art. 183 bis CP

El nuevo art. 183 bis sustituye al anterior art. 183 quater, precepto introducido en 2015 y modificado en 2021.¹⁰⁵ Tras la reforma, dice así el art. 183 bis: “Sal-

¹⁰¹ Siempre que, además, la propuesta sea acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

¹⁰² Sobre los cambios que se preveían en estos delitos en el Anteproyecto de 2020, véase AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, pp. 70-80. Una de esas modificaciones era la supresión de la cláusula concursal del delito de *child grooming*, dejando la solución de los problemas concursales que pudieran surgir a la aplicación de las reglas generales en esta materia, lo que, teniendo en cuenta los enormes problemas interpretativos (y de *bis in idem*) a que está dando lugar la expresa cláusula concursal contenida en este delito, hubiera sido de agradecer (sobre esta cláusula concursal, véase por ejemplo SÁNCHEZ VILANOVA, “La discutida...”, 2020, pp. 745-759. Y véase el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017).

¹⁰³ Sobre los problemas que presentaban estos delitos antes de la reforma de 2022, que siguen siendo los mismos actualmente, véanse, por ejemplo, GUIASOLA LERMA, “Los delitos...”, 2022, pp. 355-389; y VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, pp. 391-446.

¹⁰⁴ Así también, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, pp. 409 y 417.

¹⁰⁵ Según la versión original del art. 183 quater, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluía la responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II bis, cuando el autor fuera una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. La LO 8/2021, de 4 de junio, incluyó ya dos cambios en este precepto: de un lado, excluyó expresamente del ámbito de esta cláusula el delito contenido en el art. 183.2 CP (agresión sexual a menores de 16 años) y, de otro, añadió a los términos “grado de desarrollo o madurez” los adjetivos “física y psicológica”. En realidad, esta reforma no aportó gran cosa: en cuanto al primer cambio, porque el delito

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, en Diario La Ley, 2021; y (en relación al anterior art. 183 bis) CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 349.

⁹⁹ En efecto, antes de la reforma de 2022, el tipo cualificado del entonces art. 183 bis.2 se refería solo a la contemplación de abusos sexuales, lo que interpretado literalmente podía llevar al absurdo de entender que, si lo que se hacía presenciar al menor era una agresión sexual, no cabía aplicar esta cualificación.

¹⁰⁰ Dejando al margen la dificultad que tiene en este caso la prueba de un elemento subjetivo como este.

vo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”. De este modo, la LO 10/2022 ha cambiado la redacción anterior en lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, que no son ya exclusivamente aquellos actos sexuales conseguidos con violencia o intimidación, sino también aquellos en que se dé alguna de las demás circunstancias del actual art. 178.2, es decir, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o víctima privada de sentido, con la voluntad anulada o de cuya situación mental se abuse. Al respecto, aunque la nueva redacción pueda suponer una mejora técnica (pues la anterior, al excluir solo las agresiones sexuales del entonces art. 183.2, podía dar lugar a la errónea interpretación de que ningún otro delito estaba excluido), en el fondo no cambia nada, pues en los casos que ahora se excluyen expresamente difícilmente podía hablarse de consentimiento libre, requisito esencial para la exclusión de responsabilidad penal tanto antes de la reforma como ahora.

Por lo demás, el consentimiento no se define en este precepto, ni se hace una remisión expresa a la definición de consentimiento que ahora se incluye en el art. 178, indicándose solo que debe ser libre. Nada impide, sin embargo, aplicar aquí también dicha definición, aunque si entendemos que lo que dice el art. 178 es que para determinar si el acto sexual es o no consentido hay que atender a todas las circunstancias concurrentes, no creo que ello cambie en nada la situación anterior.

En realidad, creo que, más relevantes que las novedades introducidas en el art. 183 bis, son las que no se han incluido, pues, a pesar de las muchas críticas y propuestas de mejora recibidas por esta cláusula desde su introducción, no se ha modificado ninguno de

sus aspectos problemáticos.¹⁰⁶ Por lo mismo, resulta fundamental la labor interpretativa que está realizando la jurisprudencia.

7. Conclusiones

Tras la reforma, se reconoce como bien jurídico protegido en estos delitos la libertad sexual en sentido amplio, aunque luego este reconocimiento no parece tener muchas consecuencias en la configuración de los delitos, dejándose un margen muy estrecho al ejercicio de este derecho por parte de los menores de 16 años.

La unificación en un solo delito de agresión sexual de las anteriores figuras de abuso y agresión sexual no se ha realizado de la misma forma respecto de menores que en los casos de víctimas mayores de 16 años, en la medida en que en el nuevo art. 181 sigue habiendo un tipo básico y un tipo cualificado aplicable cuando se usa violencia o intimidación. La diferencia en este ámbito con la regulación anterior es que ahora en el tipo cualificado se incluyen más supuestos. Por ello, si la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual con víctima mayor de 16 años es criticable porque da lugar a un único delito con un mismo marco penal para conductas de muy diferente gravedad, en relación a víctimas menores de 16 años lo criticable es que esta supresión conduce a extender el marco penal que antes se preveía solo para los casos de uso de violencia o intimidación a un mayor número de casos.

La extensión de los supuestos de hecho es, en realidad, una característica general de la reforma, que amplía el ámbito de aplicación de delitos (como en el *grooming*) y cualificaciones (como en el art. 181.4), siendo en este sentido el cambio más relevante en mi opinión el que se produce al incluir en el tipo básico del delito de agresión sexual, junto a los casos de contacto físico sexual entre autor y víctima, los de contacto sexual del menor sobre sí mismo o con tercero a instancia del autor, supuestos a los que ahora

de agresión sexual, que entonces exigía violencia o intimidación, era incompatible con la exigencia de consentimiento libre, por lo que no era preciso excluirlo expresamente del ámbito de aplicación del precepto; y en cuanto al segundo, porque el añadido de “física y psicológica” (aunque acercaba más la redacción a la del art. 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que este artículo trasponía) nada aportaba en la práctica.

¹⁰⁶ Una de las mayores críticas doctrinales al anterior art. 183 quater ha sido respecto a su vaguedad. Así, por ejemplo, CABRE-RA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 166; BOLDOVA PÁ-SAMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 17; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 254; o VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, p. 423.

cabe además aplicar todos los tipos cualificados del art. 181 CP. Por lo demás, entre las cualificaciones del apartado 2 del art. 181 y las del apartado 4 se producen multitud de solapamientos que habrá que analizar con detalle para evitar problemas de *bis in idem*.

En cuanto a las penas, a pesar de mantenerse a menudo nominalmente idénticas a las existentes hasta la reforma, encubren casi siempre un nuevo incremento punitivo (uno más), en la medida en que se aplican a un número mucho mayor de supuestos, incremento que en absoluto se compensa con las pobres posibilidades atenuatorias que se reconocen. Sin embargo, ello no impide, por supuesto, y a pesar de la polémica surgida en los meses de octubre y noviembre de 2022, que, si excepcionalmente en algún supuesto puede resultar más beneficiosa la LO 10/2022, sea aplicada retroactivamente, lo que habrá de determinarse caso a caso.¹⁰⁷

Finalmente, resulta llamativo también lo que la reforma no ha hecho, perdiendo el legislador otra nueva oportunidad de mejorar los aspectos de la regulación de estos delitos que la doctrina ha venido señalando como problemáticos.

8. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-58.
- “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-88.
- ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, en Faraldo Cabana/ Acale Sánchez (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-29.
- AGUADO LÓPEZ, “Las reformas proyectadas de los delitos contra la «indemnidad sexual» en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de ‘child grooming’ y ‘sexting’ (artículo 183 ter)”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59-84.
- ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual en peligro”, en Iglesias Canle/ Bravo Bosch (dir.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 295-326.
- BOLDOVA PASAMAR, “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 23-16, 2021, pp. 1-41.
- BOZA MARTÍNEZ, “Los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años”, en Rodríguez Mesa (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 275-294.
- CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.
- CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 80, 2011, pp. 5-20.
- CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Álvarez García/ González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.
- “Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 227-249.
- “Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los*

¹⁰⁷ Entiendo, por ejemplo, que al haberse reducido los mínimos de ciertos marcos penales (de 8 años a 6 y de 12 años a 10 en el nuevo art. 181.3 en relación al anterior art. 183.3) deberían revisarse las condenas en las que se aplicaran rebajas de pena (por tentativa, por complicidad, por eximente incompleta, por atenuante muy cualificada...), pues, en la medida en que la rebaja parte del mínimo de pena, podría resultar ahora más beneficiosa la pena a imponer.

- delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 337-353.
- DE LA MATA BARRANCO, “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 21-20, 2019, pp. 1-70.
- DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 6, 2000, pp. 69-101.
- “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, arts. 178-183”, en Díez Ripollés/ Romeo Casabona (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209-389.
- “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 21-10, 2019, pp. 1-29.
- ESQUINAS VALVERDE, “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 141-225.
- FARALDO CABANA/ ACALE SÁNCHEZ (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en Muñoz Conde (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 141-189.
- “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n° 12, 2016, pp. 261-319.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (disponible también en <https://www.politica-criminal.es/una-propuesta-alternativa-a-la-proteccion-penal-de-los-menores-2002>).
- GUISASOLA LERMA, “Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 355-389.
- LAMARCA PÉREZ, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, n° 27, 1996, pp. 50-61.
- MAGRO SERVET, “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, n° 9894, 2021.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de ‘La Manada’”, en De Vicente Remesal y otros (dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. II, Reus, Barcelona, 2020, pp. 1761-1770.
- MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- “De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 253-335.
- MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis de los tipos Penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código penal”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 89-138.
- MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 299-338 y 352-412.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*

- (*Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433-486.
- MUÑOZ CONDE, “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, en *Revista Penal*, n° 43, 2019, pp. 290-299.
- *Derecho penal, Parte especial*, 24ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. También se citan ediciones anteriores de este manual: 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; y 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, “El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Revista Penal*, n° 49, 2022, pp. 116-125.
- ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PÉREZ ALONSO, “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, en *InDret*, 3/2019, pp. 1-44.
- RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 34, 2014, pp. 225-300.
- SÁNCHEZ VILANOVA, “La discutida cláusula concursal del artículo 183 ter. 1º CP: aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 745-759.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 603-620.
- TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 421-433.
- URRUTIA LIBARONA/ MURUA ASTORQUIZA, “La tutela penal del menor en materia de delitos sexuales”, en Pérez Machío/ De la Mata Barranco (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 123-223.
- VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos de *online child grooming* y *sexting*: un análisis crítico de su tipificación en el Código Penal”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 391-446.

Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español

David Martínez de Abreu

Abogado

Doctorando por la Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: *El stealthing son unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual agravada por acceso carnal (antes de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, un delito de abuso sexual agravado por acceso carnal), y para tal subsunción se deberá evaluar el consentimiento de la persona afectada en el no uso del profiláctico, así como el entendimiento de dicha exigencia que debió tener la otra persona afectada.*

PALABRAS CLAVE: *stealthing, abuso sexual, agresión sexual, consentimiento, error, LO 10/2022.*

ABSTRACT: *The stealthing are facts constituting a crime of aggravated sexual assault by carnal access (before the LO 10/2022, of September 6, a crime of aggravated sexual abuse by carnal access), and for such subsumption must be evaluated the consent of the person affected in the non-use of the prophylactic, as well as the understanding of this requirement that the other person affected should have had.*

KEYWORDS: *stealthing, sexual abuse, sexual assault, consent, fault, LO 10/2022*

SUMARIO: *1. Contextualización. 2. Calificación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre como abuso o agresión sexual con o sin acceso carnal. 2.1 Stealthing inverso. 2.2 Tratamiento por nuestro Órganos Judiciales. 3. Calificación posterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, como agresión sexual.*

Rec: 4/01/2023 | Fav: 14/01/2023

1. Contextualización

El llamado “*stealthing*” es la denominación anglosajona de unos hechos consistentes en una retirada sigilosa —precisamente *stealthing* se traduce como sigilo— del profiláctico durante la penetración. Más en detalle: habiéndose consentado previamente por ambas partes el uso del preservativo durante la penetración, en el desarrollo de ese acto sexual una de estas, por regla general el varón¹ —en la medida que debe ser este quien use el preservativo—, decide prescindir del condón de tal manera que la otra persona no se dé cuenta de ello.

Para abordar el tratamiento jurídico-penal de estos hechos vamos a partir del siguiente supuesto:

Tratándose de una relación sexual de la que consta consentimiento por ambas partes, Carla le requiere a Diego el uso de preservativo en el momento de la penetración. Diego acepta esta condición, pero, durante el acto sexual se sirve de un momento de distracción de Carla para retirarse el profiláctico de manera subrepticia, de manera que penetra vaginalmente a Carla sin el preservativo. Carla se da cuenta de que Diego no tiene puesto el preservativo y ante la queja por ello cesa en ese momento el acto sexual. V

Partiendo de dicho supuesto, el presente artículo versará sobre la posible calificación jurídica que podrían tener tales hechos, anunciando desde ya que, a pesar del reciente revuelo social, no se trata más que de una modalidad de abuso sexual, agresión sexual en la actualidad.

Antes de iniciar el análisis queremos señalar que partimos de que el uso o no del profiláctico durante la penetración no es una práctica homogénea en la sociedad española, razón por la cual no se le puede exigir a Diego que deba recabar cualquier información que le indique la voluntad de Carla en no usar el preservativo.

¹ En relaciones homosexuales entre dos hombres, hablaríamos de varón penetrante.

2. Calificación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre² como abuso o agresión sexual con o sin acceso carnal

El abuso y la agresión sexual se recogían en los arts. 181 y 178 del Código Penal, respectivamente, teniendo ambos en común la falta de consentimiento,³ siendo una falta explícita en el caso del abuso sexual al referir el art. 181 “sin consentimiento”, mientras que dicha falta es implícita en el caso de la agresión al recogerse en el art. 178 “el que atentare contra la libertad sexual de otra persona”. Por lo tanto, para evaluar si Diego es autor de alguno de estos dos delitos habrá que analizar si existió o no consentimiento respecto del no uso del preservativo.⁴

En el supuesto planteado se parte de un pacto sobre el cual se fundamenta el consentimiento de ambas partes para mantener la relación sexual, pacto este que se da con anterioridad al inicio de la penetración. El extremo esencial de ese consentimiento para la penetración es el uso de profiláctico, en la medida en que el acto sexual será consentido y, por tanto válido, solo si Diego usa el referido profiláctico. Dicho con otras palabras, el uso del preservativo tiene tal intensidad que solo se consentirá la penetración si es usándolo, de forma que sin él Carla no querrá la penetración.

Por lo tanto, si este pacto es modificado dolosamente por Diego sin que Carla lo conozca supone una alteración en las condiciones y, por ende, también en el consentimiento que Carla había otorgado, el cual quedaría revocado en la medida en que el uso del profiláctico era un requisito esencial para la penetración. Mientras que si dicha modificación es conocida

² Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

³ En palabras de Esteve Mallent, Lara. (2021). El Criminalista Digital. *Papeles de Criminología Número 1, II Época*. pp. 20-37: “Estos tipos prevén la falta de consentimiento del titular del bien jurídico protegido como requisito de perseguibilidad y en su caso punición del comportamiento realizado”.

⁴ Descartamos desde ya que dichos hechos sean subsumibles en el delito de coacciones, contemplado en art. 172 CP, debido a que lo lesionado en este supuesto es un ataque a un concreto aspecto de la libertad, esto es, la autodeterminación sexual. Sí podrían ser constitutivos de un delito de coacciones cualesquiera otras actuaciones de carácter sexual que no inciden en dicha autodeterminación y no estén contempladas expresamente como delictivas, como pudiese ser el eyacular sorpresivamente sobre una persona en la vía pública. En este sentido Gili Pascual, Antoni. (2021). “Stealthing”: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual. *Cuadernos de Política Criminal*. Número 135, III, Época II. p.103.

y consentida por Carla sin manifestar reserva alguna, no habrá falta alguna de consentimiento, por cuanto Carla se adhirió a la modificación del pacto.

Hemos de precisar que, como tiene pacíficamente declarado nuestro Tribunal Supremo, el que Carla haya aceptado la penetración con preservativo no engloba cualquier tipo de penetración, sino solo una con profiláctico, de tal forma que se necesitaría una nueva aceptación por parte de Carla para que la penetración sin profiláctico se considere consentida. En este sentido, STS 1151/2020, de 14 de mayo:

La circunstancia de que una víctima acepte una concreta relación no determina que tenga por sí mismo que aceptar cualquiera que se pueda presentar en el mismo momento, o en cualquier circunstancia anterior, o posterior. El consentimiento previo en una relación no determina el consentimiento tácito o presunto respecto a actuaciones posteriores, ya que si el Tribunal entiende que éstas son sin consentimiento se aplicaría el art. 181 del código penal, siempre que no exista violencia o intimidación, habida cuenta que cada consentimiento tiene que ser exacto y perfecto respecto a una actuación concreta, sin que exista un consentimiento presunto en actuaciones como la que se analiza en el presente caso.

Como se observa, el respeto de dicho pacto es esencial para la existencia de un consentimiento válido respecto de la penetración, es decir, que el uso del preservativo es un elemento esencial para consentir y querer la penetración. De esta forma, la cuestión a analizar radica en el conocimiento que tiene Diego de que Carla solo querrá la penetración si es mediando un preservativo.

Respecto de lo que se entiende por consentimiento, en nuestro Código Penal no existía con anterioridad a la LO 10/2022 una definición autónoma. Sin embargo, podemos obtener una definición con base en determinadas premisas.

En primer lugar, hemos de partir de que el consentimiento libre no puede ser modulado en función de las relaciones preexistentes entre los afectados, como pudiese ser el matrimonio, en la que una persona pueda verse obligada a algo no querido por pretendidas normas sociales.⁵

⁵ En este sentido, STS 544/2022, de 1 de junio: “También nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, basado en la preeminencia de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, rechaza radicalmente toda concepción contractualista

A partir de lo anterior, hemos de tener en cuenta lo establecido en el art. 36.2 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁶ (Estambul, 10 de mayo de 2011), en el cual se exige que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

Partiendo de lo anterior, podemos entender que habrá consentimiento cuando una persona ha manifestado de forma libre su autodeterminación sexual.

Sentadas esas bases y aplicándolas al supuesto planteado hemos de señalar, tal y como demuestran las máximas de experiencia, que el pacto en el uso del preservativo para la penetración puede ser tácito⁷ o expreso. El primero consiste en que se ha consentido la penetración con la condición de usar profiláctico no de forma inequívoca, sino por gestos o cualesquiera otras indicaciones no expresas. Mientras que en el segundo la imposición de tal condición no da lugar a dudas.

Como se ve, el pacto expreso no genera lugar a dudas, en la medida en que por este Diego supo con total seguridad que transgrediría el consentimiento de Carla si se retiraba el preservativo, luego el problema se sitúa en el pacto tácito.

del consentimiento sexual dentro del matrimonio, de tal modo que por contraerlo se presuma que se presta un consentimiento automático y perpetuo para mantener relaciones sexuales. Los derechos a la autonomía corporal y a la libertad sexual no pueden quedar suspendidos o limitados cuando se contrae matrimonio”.

⁶ Precepto este usado por nuestra jurisprudencia para evaluar la falta de consentimiento, como por ejemplo en la anterior STS 544/2022.

⁷ Es obvio que el consentimiento expreso sobre la penetración no conlleva de ninguna forma el consentimiento tácito de cualquier penetración. Sobre esta cuestión, el ATS 936/2022, de 20 de octubre, determina que: “En definitiva, la circunstancia de que una víctima acepte una concreta relación no determina que tenga que aceptar cualquiera que se pueda presentar en el mismo momento o en cualquier circunstancia anterior o posterior, y ni siquiera un consentimiento previo determina el consentimiento tácito o presunto respecto a actuaciones posteriores”.

Sobre el consentimiento tácito, ATS 149/2022, de 13 de enero: “[L]a existencia de un consentimiento tácito o implícito para el acto sexual: ni palabras, ni hechos ni ningún otro dato indicador en tal sentido. La expresión ‘hijo de puta, no me hagas reír’ no sólo no proporciona información alguna en tal sentido, sino que, por el contrario, evidencia la confianza que la víctima tenía en el agresor y el cariño que podía sentir por él. Nada más”. La RAE define el consentimiento tácito como: condición que, aunque expresamente no se ponga, virtualmente se entiende puesta.

Podría pensarse que el foco de la cuestión no se sitúa en la transgresión de la voluntad de Carla, sino en el engaño que realizó Diego a Carla respecto de que la penetración se realizaría con profiláctico. Entendemos que dicho razonamiento no es el correcto⁸, puesto que no se trata de que Diego realizase un engaño a Carla para que esta accediese a la penetración, en la medida en que el reproche a Diego solo debe basarse en no respetar la voluntad de Carla. De lo contrario se debería probar que hubo engaño, lo cual es un requisito que ni obra en el tipo ni favorece la aplicación del mismo, ya que al deberse probar tal engaño, junto con su error, estaríamos estrechando indebidamente la aplicación típica.

Situar el elemento central de relevancia penal en el consentimiento facilita a su vez distinguir las relaciones sexuales obtenidas con engaño o “abusos fraudulentos”⁹ —atípicos como veremos— de aquellas otras en las que por faltar un elemento esencial del consentimiento son típicas.

Nadie podría considerar que es subsumible en los antiguos arts. 181 o 178 CP que una persona consiga una relación sexual por haber afirmado ser multimillonario —o por ser de determinada etnia, ideología política, creencia religiosa o cualesquiera otros extremos—. Como esas circunstancias son totalmente ajenas para el propio acto sexual, no tienen cabida alguna en los tipos indicados.¹⁰

Continuando con ejemplos respecto de esta cuestión, si una mujer dice a su pareja sexual que utiliza el DIU o cualquier otro método anticonceptivo, cuando en realidad no es así, para conseguir una penetración sin profiláctico; o un hombre expresa a su acompañante sexual que ha sido operado de vasectomía, cuando ello no es la realidad, para conseguir una penetración vaginal sin profiláctico; en realidad lo que ocurre es que se está afirmando falsamente aspectos para conseguir un concreto acto sexual, sin embargo no se está alterando el consentimiento prestado por el acompañante para dicho acto. Es decir, existiría una desviación de la realidad en la razón por

la cual se obtuvo una concreta relación sexual consentida, sin embargo no habría ninguna desviación en el tipo de penetración que se pactó, razón por la cual dichos supuestos no son necesariamente penalmente relevantes.

De ello se obtiene que cuando el sujeto afectado conoce el concreto aspecto —aunque falso— con el que se consigue el consentimiento para la actividad sexual, aunque luego no sea cierto, y que de haberse conocido no se habría realizado el encuentro sexual, existiría un encuentro sexual obtenido mediante estupro (no penalmente relevante en ningún supuesto tras la mencionada LO, y con anterioridad sí relevantes únicamente para mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años), pero de ninguna forma el pacto para el acto sexual se habría alterado, en la medida en que esa falta de verdad es anterior a la actividad sexual. Por lo tanto, un “abuso por engaño” no es delictivo si este no se lesiona la autodeterminación sexual propiamente dicha, dado que no hay una falta de consentimiento en la concreta actividad sexual realizada.

Existen autores que consideran el engaño en el uso del preservativo como el elemento de reproche penal en el supuesto planteado, pero a su vez entienden que los “abusos por engaño” son atípicos. Para solventar esta incongruencia se ven obligados a realizar una construcción doctrinal, añadiendo al engaño la necesidad de un contacto físico,¹¹ cuando en realidad la cuestión es más simple, será delictivo cualquier acto sexual realizado sin consentimiento de la otra persona involucrada, lo cual además es más fiel a los tipos comentados.

Además, dicho entendimiento —engaño en vez de consentimiento— se vincularía a una suerte de protección penal a la veracidad sexual, lo cual provoca sin lugar a dudas una problemática ajena a los delitos contra la intimidad sexual. No se trata de proteger alguna veracidad o no de la víctima por el engaño del sujeto activo (que sería una suerte de protección a la honestidad), sino de que el acompañante sexual vea respetado su consentimiento en todo momento de dicha actividad.

⁸ En este sentido, Gili Pascual, *op. cit.*, p. 111.

⁹ En palabras de Gili Pascual, *Idem*. “abuso sexual fraudulento”.

¹⁰ El propio art. 181.1 CP requiere realizar un acto contra la libertad o la indemnidad sexual sin consentimiento, luego lo que pueda ocurrir en un momento previo al acto sexual es ajeno a ese delito. Respecto de la agresión sexual del art. 178 CP, como el engaño comentado no puede calificarse como violencia o intimidación es igualmente atípico.

¹¹ En este sentido: Castellví Monserrat, Carlos/Mínguez Rosique, Marina. (2021) Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el “stealthing”. *Diario La Ley*, N° 9962. p. 163. Respecto de la relevancia del engaño y no del consentimiento: Coca Vila, Ivó. (2022). El stealthing como delito de violación. *InDret 4.2022*. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/1738.pdf>

Podría pensarse que centrar la protección en el consentimiento haría penalmente relevantes determinadas situaciones absurdas (eg: se acuerda una relación con penetración pero al final uno de ellos decide tener dicha relación sin penetración, o hay acuerdo en no utilizar preservativo pero finalmente uno sí lo usa), pero ello sería descontextualizar la realidad de un consentimiento. Si una persona da su consentimiento para afectar de forma intensa a su autodeterminación sexual, dicho consentimiento también engloba actividades que afecten de forma leve a dicha autodeterminación —salvo claro está estas no hayan sido rechazadas expresamente—. De esta forma, si se ha pactado tener relaciones con penetración pero finalmente solo se tienen sin ellas o se ha pactado el no uso del profiláctico pero luego sí se usa, es evidente que realizar una actividad menos invasiva para la autodeterminación sexual queda englobada en el consentimiento a lo más intrusivo.

Por todo ello, entendemos que no se ha de estar al engaño realizado por el sujeto activo, sino en qué medida la retirada del preservativo era consentida o no por la pareja sexual y el conocimiento de ello que tenía la otra.

Si, por ejemplo, Diego y Carla saben que Diego tiene una enfermedad de transmisión sexual (ETS), de forma que hablaron o se indicó que el uso de preservativo era con la finalidad de evitar el contagio de esa enfermedad, se entiende que la exigencia en el uso de preservativo es máxima, de forma que Diego debe entender que Carla supedita la penetración al uso del profiláctico. Mientras que si únicamente Carla sugiere de forma velada el uso del profiláctico sin venir acompañado de una exigencia, Diego no tendría por qué representarse que Carla solo quería la penetración si es con preservativo, luego si en determinado momento Diego se lo retira sin el conocimiento de Carla y, al darse cuenta de ello, Carla le recrimina dicha retirada, ello podría no tener encaje en ninguno de los delitos indicados.

Por lo tanto, la frontera de si la modalidad de *stealthing* es o no constitutiva de un abuso o agresión sexual radica, como en cualquier otra modalidad de esos delitos, en el respeto al consentimiento de Carla. Más en concreto, si Diego, al retirarse el preservativo, supo que estaba realizando una actuación no consentida por Carla.

De esta forma habrá que estar a la casuística, evaluando cuál fue el nivel de necesidad en el uso del preservativo expresado por Carla y el nivel del deber de respeto en dicho uso asumido por Diego. Esto es, habrá que estar a las expresiones de Carla sobre que solo consentirá la penetración si es con preservativo y el entendimiento que debió tener Diego respecto de que Carla solo consentirá la penetración si este utiliza el profiláctico.

Siendo este el elemento central de la cuestión, debemos concluir que el supuesto planteado sí que puede ser constitutivo de un delito de abuso o agresión sexual, dado que Carla requirió a Diego que usara preservativo, y Diego tuvo que representarse ese requerimiento como una exigencia para respetar el consentimiento de Carla.

Sin embargo, si Carla nada dice sobre el profiláctico y Diego utiliza un preservativo pero en un momento del acto sexual se lo retira y penetra a Carla sin él, se puede entender que dicha actuación no tendría encaje en dichos delitos por cuanto Diego no supo que Carla solo quería la penetración si es con el uso del preservativo, por mucho que Carla pueda despreciar que Diego se lo haya retirado.

Por lo tanto lo relevante se sitúa en evaluar la relación previa entre Diego y Carla, así como la inmediatamente anterior al contexto sexual, con la finalidad de conocer qué expreso Carla respecto del uso del profiláctico y que nivel de respeto tuvo que representarse Diego. Es decir, evaluar de una forma objetiva si hubo o no un consentimiento en no usar el preservativo por parte de Carla, y analizar de una forma subjetiva el error que pudo padecer Diego sobre dicho consentimiento.

Ambos elementos, objetivo y subjetivo, están íntimamente unidos, puesto que si Carla expresa de forma terminantemente que solo querrá la penetración si es con el uso del preservativo, el error de Diego no tendrá cabida. Pero cuanto menor sea dicha petición mayor podrá ser el error de Diego.

Por ello, si el referido pacto es difuso, de forma que una tercera persona pudiese entender que el uso del preservativo no es un elemento esencial del consentimiento para la penetración, entendemos que la retirada subrepticia de este por Diego no es constitutiva de ningún delito de agresión o abuso, siempre bajo la condición de que Diego no tuviera que representar-

se que Carla solo accedería a la penetración si es con el profiláctico.

Relacionado con lo anterior, hemos de evaluar el supuesto de una modificación del pacto pretendidamente aceptada. Se trata de que Diego se retire el preservativo y al continuar con la penetración —solo cesándola ante la queja de Carla al descubrir que no usa preservativo— este se figure que Carla ha aceptado dicha retirada. En este supuesto habrá que analizar cuál era el nivel de esencialidad en el uso del preservativo que se representó Diego. Si de las circunstancias Diego tuvo que saber que Carla solo querrá la penetración si es con preservativo, en el momento en que Diego se retira el preservativo y continúa con la penetración es consciente de que está haciendo algo que Carla no ha consentido, luego el hecho de que Carla hubiese continuado con la penetración nunca podrá representar para Diego una aceptación por Carla en la retirada del preservativo, por cuanto en realidad ella no cesó el acto al desconocer que Diego se había retirado el preservativo.

Independientemente de todo ello, y aun siendo un pacto difuso, si Diego no cesa en la penetración por la queja de Carla al descubrir que este se ha retirado el preservativo, sí que estaremos ante un delito de abuso o agresión, puesto que al conocer Diego sin lugar a dudas que Carla no está consintiendo la penetración sin profiláctico pero continúa con ello, es evidente que está actuando sin el consentimiento de Carla.

Una vez expuesto lo anterior, hemos de evaluar si el no respeto del pacto en el uso del preservativo también abarca la penetración, o es una falta de consentimiento independiente del acceso carnal.

Como hemos indicado, el uso del preservativo es un elemento esencial de la penetración, de forma que si no se utiliza este no se querrá la penetración, luego es evidente que lo no consentido no es sin más la falta en el uso de profiláctico, sino que lo no querido es la misma penetración. Por lo tanto, cualquier modalidad de *stealthing* sería constitutiva de los anteriores delitos de abuso o de violación agravado (antiguos arts. 181.4 y 179 CP, respectivamente).

Por otro lado, hemos de situar en el *iter criminis* la consumación. Sin mayor discusión, es evidente que se producirá la consumación con la primera penetración que realice Diego sin el preservativo¹², siendo

pues indiferente a estos efectos cuánto duró la relación sexual y si Diego eyaculó o no. Partiendo de ello, hemos de evaluar si es posible una tentativa¹³ en la modalidad de *stealthing*.

Es difícil en esta modalidad estar ante una tentativa. Si Carla descubre que Diego se ha retirado el profiláctico sin que este haya iniciado la penetración,¹⁴ parece que estaríamos ante unos hechos que no merecerían reproche penal, en la medida en que si la tentativa se sitúa en el inicio de la ejecución del delito, en este supuesto no se ha realizado ninguna ejecución sino a lo sumo su preparación. En la modalidad de *stealthing* es muy complicado señalar un supuesto de tentativa, dado que apenas hay separación temporal entre la retirada del preservativo y la penetración.

Respecto de la concreta tipificación anterior a la reforma realizada por la repetida LO, como en el supuesto de hecho a analizar no ha existido ni violencia ni intimidación, como tampoco prevalimiento alguno, no estaríamos ante una agresión sexual, sino ante un delito de abuso sexual agravado del 181.4 CP, al tratarse de un contacto corporal in consentido con significación sexual. En palabras del Tribunal Supremo, es abuso sexual (STS 2163/2019, de 27 de junio):

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha

hemos dicho, el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino de consideraciones normativas y, por tanto, no es necesaria para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos y que, para entender consumada la agresión, por tanto, es suficiente con tener acreditado el comienzo de penetración”. En este sentido: Gutiérrez Mayo, Escarlata. (2021). Análisis del denominado *stealthing* (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque a la libertad sexual. En Ortega Bustos, Enrique/Ochoa Marco, Raúl (Dir.) *Derecho penal 2021*. pp. 345-359.

¹³ En los delitos contra la libertad sexual, delitos estos de resultado puro, nuestro Tribunal Supremo estableció desde antiguo la posible tentativa, en la medida en que (STS 7 de mayo de 1998): [A] tratarse de un delito de tendencia, se consuma instantáneamente y por la sola ejecución, aunque sea elemental o breve, del citado elemento objetivo (Sentencia de 21 de junio de 1.988; 23 de abril de 1.993), siendo imposible por ello la frustración, aunque no la tentativa, siempre que se exteriorice por actos o conductas del agente aquel propósito libidinoso o finalidad de satisfacción sexual de su comportamiento, pero sin llegar a ejecutar el acto material del contacto corporal, por causa o accidente ajeno a su voluntad”.

¹⁴ Obvio es que si Diego fuerza a Carla a pasar por la penetración sin profiláctico estaríamos ante un delito de agresión sexual, supuesto este que dista mucho del que venimos tratando.

¹² Sobre la consumación en supuestos de acceso carnal, ATS 399/2022, de 17 de marzo: “[D]ebe tenerse en cuenta que, como

de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP¹⁵.

Para desechar la posible calificación como agresión sexual en la modalidad de *stealthing*, hemos de analizar si cabe apreciar acoso ambiental¹⁵ o una voluntad viciada de Carla por el consumo de diversas sustancias.¹⁶

Respecto del acoso ambiental, hemos de concluir que no tiene cabida en el *stealthing*. Aunque a priori parezca posible que puede concurrir esta circunstancia de acoso ambiental en el *stealthing* —Carla consiente la relación sexual con Diego si este utiliza preservativo, pero Diego se lo retira y continúa la penetración, Carla se da cuenta de ello pero por determinadas circunstancias tiene miedo de expresar su verdadera voluntad, razón por la cual permite la penetración si profiláctico—, lo cierto es que aceptar esto supondría alterar los hechos constitutivos de *stealthing*. Como refleja el Tribunal Supremo, el acoso ambiental tiene como principal característica una perversión en la forma de actuar del sujeto activo que llega al punto de negar la libre determinación de la víctima, luego ese acoso ambiental no tiene cabida en el supuesto analizado puesto que este parte de una libre voluntad en mantener relaciones sexuales.

En el supuesto de que Carla, por el consumo de bebidas alcohólicas o cualesquiera otras sustancias, no pueda prestar de forma libre y consciente su consentimiento respecto de la retirada del preservativo, y valiéndose Diego de dicha circunstancia para prescindir

del profiláctico, no puede sostenerse que Carla quiso y aceptó la penetración sin preservativo, pudiendo en consecuencia calificarse estos hechos como abuso o agresión sexual. Estaremos ante una agresión sexual en el supuesto de que en dicho consumo haya habido violencia o intimidación, mientras que si no han existido tales sería un delito de agresión sexual.¹⁷

Por todo ello entendemos que el *stealthing* consisten en unos hechos subsumibles en el antiguo delito de abuso sexual con acceso carnal, del por aquel entonces 181.4 CP, lo que conlleva en consecuencia una pena de 4 a 10 años de prisión. Pena esta que se entiende excesiva, pues tendría el mismo margen penológico una penetración in consentida que una penetración in consentida por no usar preservativo, lo cual es lógicamente poco proporcional.¹⁸

2.1. *Stealthing Inverso*

Como hemos indicado anteriormente, la conducta de Carla que, asegurando a Diego que ella utiliza cualquier método anticonceptivo, cuando ello no es cierto, consigue que Diego sí permita la penetración sin profiláctico, es un abuso por engaño no típico. Ello se debe a que en realidad no ha existido ningún desvío en el consentimiento de Diego, sino que se ha obtenido una concreta relación sexual mediante engaño. Sin embargo, dicha conclusión es distinta cuando se pacta entre Diego y Carla el uso del preservativo, pero

¹⁵ El acoso ambiental se define en la STS 460/2022, de 11 de mayo, de esta forma: “[L]a denominada ‘intimidación ambiental’, que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaliéndose de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual.”

¹⁶ Sobre esta cuestión entiende el máximo intérprete de la legalidad en su ATS 149/2022, de 13 de enero, que: “[A]provecha el estado de somnolencia, acentuado por el consumo de alcohol de la víctima para realizar un acto sexual no consentido. [...] Es patente que no hubo consentimiento expreso. Pero tampoco hay razones que permitan afirmar la existencia de un consentimiento tácito o implícito para el acto sexual: ni palabras, ni hechos ni ningún otro dato indicador en tal sentido. [...] El recurrente había pasado toda la noche con la víctima, era conocedor de su estado físico y psíquico, y, aun así, decidió involucrarla en un acto de naturaleza sexual resultándole indiferente la voluntad de quien había sido su pareja”.

¹⁷ Así lo entiende el Tribunal Supremo. Si la voluntad de la víctima ha sido anulada mediante la ingesta de cualquier tipo de sustancia estaríamos ante un supuesto de abuso sexual. Sobre ello, la STS 655/2022, de 29 de junio, confirmó la condena como abuso sexual, razonando que: “Aunque la voluntaria aceptación de ingerir la droga no excluiría que las relaciones sexuales se mantuvieron cuando Sacramento y Magdalena estaban privadas de toda posibilidad de consentirlas, haciendo con ello que la conducta de los acusados fuera igualmente típica, tampoco carece de sustento la valoración del Tribunal cuando concluye que la droga se les suministró de manera furtiva y para lograr abusar sexualmente de ellas”.

¹⁸ En ese sentido, hacemos nuestras las palabras del Prof. Dr. D. Juan Antonio Lascaraín, que si bien se refiere a la reforma del Código Penal pendiente de tramitación ya indicada *supra*, son totalmente aplicables al supuesto planteado. Dicho autor expresó lo siguiente en el periódico El Mundo (7 de abril de 2021): “Ciertamente es muy grave el daño a la dignidad que supone quebrar la libertad sexual de una persona, pero conviene recordar que la iniquidad admite grados [...] Una reforma justa de los delitos sexuales es aquella que los previene eficazmente, tipificando todas las conductas graves contra la libertad sexual y graduándolas en su gravedad, y eficientemente, con respeto a nuestros principios, sin costes insostenibles en los valores que rigen nuestro Derecho Penal”.

Carla altera el profiláctico mediante pequeños cortes o agujeros.

La modalidad de *stealthing* como abuso sexual tiene su fundamento en que se ha transgredido la voluntad de una persona al no haber respetado el uso del profiláctico, lo que también ocurre cuando es Carla quien no respeta ese pacto. No se trata de criminalizar la conducta de Carla por propiciar su embarazo o que finalmente Diego sea padre sino que Carla no ha respetado la voluntad de Diego respecto de que solo mantendrá una penetración si es con preservativo.

El asegurar falsamente que se usará un método anticonceptivo dista significativamente de alterar un preservativo. Lo primero se produce con anterioridad al acto sexual y no forma parte del mismo, mientras que en el segundo supuesto se está obligando a usar un profiláctico alterado sin el consentimiento de Diego, de forma que no se está respetando la voluntad de este.

Es decir, en el primer supuesto no puede afirmarse a efectos técnico-jurídicos que el uso del método anticonceptivo sea un requisito para la penetración, en la medida en que la penetración pactada sería la misma tanto si es cierto como si no, de forma que el acto sexual realizado se corresponde con el consensuado. Por ello, no se lesiona la autodeterminación sexual, sino aspectos diferentes que ya indicamos *supra*.¹⁹

Sin embargo estamos en un escenario bien diferente si Carla altera el preservativo mientras que Diego únicamente quiere una penetración con el uso de este. En este supuesto la penetración practicada es diferente, se produce en realidad una que sí quiere Carla pero no consentida por Diego, de forma que existe una evidente desviación en el consentimiento y, por ende, en la autodeterminación sexual de Diego.

Este mismo año en Alemania se dictó sentencia contra una mujer que realizó lo que aquí llamamos *stealthing* inverso. Ella y el hombre tenían una relación con fines sexuales, pero no emocionales. La mujer, que empezó a desarrollar sentimientos por este, decidió agujerear los preservativos con el fin de quedarse embarazada y así intentar que desembocase en

una relación emocional. Decidiendo el hombre presentar cargos contra ella al enterarse de lo sucedido.

En un primer momento, ni la fiscalía alemana ni los tribunales de Bielefeld estaban seguros de qué cargos debían imputarle a esta mujer. Tras sendas investigaciones jurisprudenciales, la Juez Astrid Salewski decidió que los hechos denunciados eran constitutivos de un delito de agresión sexual, pudiéndose leer en la resolución judicial que: “Hoy hemos escrito historia legal. El “*stealthing*” también se aplica en el caso inverso. Los condones quedaron inutilizables sin el conocimiento o consentimiento del hombre. No significa no aquí también”.²⁰

Por lo tanto, la modalidad de *stealthing* como abuso sexual es aplicable a cualquiera que obtenga el consentimiento de la penetración sin respetar el pacto del uso del preservativo.

Por finalizar este apartado, la penalidad del *stealthing* es idéntica tanto en su modalidad ordinaria como inversa —sujeto activo Diego o Carla—, toda vez que, en palabras del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005: “es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder”.

2.2. Tratamiento por nuestros órganos judiciales

Los hechos consistentes en el *stealthing* no tienen un tratamiento unívoco en nuestra jurisprudencia —no tenemos constancia que se haya pronunciado el Tribunal Supremo—, aunque la tendencia es que se califiquen como abuso sexual.

La SAP Sevilla, Secc. 4ª, 375/2020, de 29 de octubre, condenó al acusado por una modalidad de *stealthing*. En aquella causa, el ahora condenado y la víctima sabían que este sufría una ETS, motivo por el cual la víctima exigió sin género de dudas el uso del preservativo durante el coito. Más en concreto, los hechos probados son los siguientes:

Previamente a dicho encuentro, José había sido asistido médicamente de una infección en sus órganos genitales para que en el momento del encuentro seguía recibiendo tratamiento farmacológico; esta circunstancia la había puesto en conocimiento de A., mediante mensajes de Whatsapp, aunque sin llegar a indicarle el concreto diagnóstico.

¹⁹ En palabras de Gutiérrez Mayo, Escarlata, *op. cit.*: “[M]ás difícil el encaje de estos casos en el delito de abuso sexual, pues la práctica sexual que se va a realizar en uno u otro caso no conlleva el uso de preservativo, de modo que no son prácticas sexuales diferentes como en el caso del *stealthing*. Si posteriormente hubiese un embarazo no deseado se podría pedir responsabilidad civil a tenor del artículo 1.902 del Código Civil, si concurriesen los requisitos para ello”.

²⁰ LG Bielefeld, 02.05.2022 - 10 Ls - 566 Js 962/21 - 476/21.

Porque siempre las habían mantenido así y con más motivo por la infección que padecía José, A. sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo, a cuyo efecto y cuando ya se encontraban en los asientos traseros del turismo, fue la propia A. la que proporcionó a José un preservativo en su envoltorio, que éste recogió y aproximó a sus genitales simulando ponerse. Sin embargo, José no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo y, pese a ello, sin decirle nada a A., inició la penetración por vía vaginal, que ésta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico.

Al mantener relaciones sexuales con penetración por vía vaginal, José era conocedor y consciente de, entre otros riesgos y posibles consecuencias, la alta probabilidad de transmitirle a A. la enfermedad de transmisión sexual para la que seguía medicándose, pese a lo cual decidió actuar como queda descrito.

En aquella causa la exigencia en el uso del condón era de tal nivel que el condenado, al ser consciente de poder contagiarle una enfermedad a la víctima, tenía la certeza de que en ningún supuesto la víctima hubiese deseado una penetración sin profiláctico.

Esta SAP Sevilla, Secc. 4ª, 375/2020 fue confirmada por la STSJ Andalucía 186/2021, de 1 de julio, con el siguiente pronunciamiento:

Como expone con detalle el tribunal a quo, la acción consistente en prescindir de preservativo durante todo o parte de una relación sexual, pese a haber sido pactado o impuesto por la pareja como condición al prestar el consentimiento, conocida en la doctrina científica y de los tribunales con la denominación anglosajona *stealthing*, constituye un atentado a la libertad sexual de la otra persona partícipe en la relación en cuanto ésta no ha consentido cualquier suerte, forma o condiciones de contacto sexual, sino que ha impuesto como límite o condición el uso de protección mediante preservativo. Por tanto, si la persona que según ese acuerdo ha llevar profiláctico durante la relación prescinde del mismo subrepticamente, en todo o parte del acto sexual, está desoyendo una condición impuesta por la pareja como complemento —esencial y no meramente accesorio o secundario— de su consentimiento, es decir, está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual y ha de ser sancionada conforme al art. 181 apartado 1 que aquí se aplica, incluyendo el apartado 4 en caso de acceso carnal por alguna de las vías pre-

vistas en el mismo, ya que, como es sabido y recuerda acertadamente la sentencia apelada, el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos.

Otro supuesto condenatorio es el contemplado en la SAP Pontevedra, Secc. 2ª, 156/2017, de 18 de julio, en estos términos:

Es así que las pruebas referidas acreditan la existencia de relaciones sexuales entre víctima y acusado en la furgoneta referida, como lo admitió además el propio acusado. Acreditan también, conforme a las manifestaciones de la víctima, que en un determinado momento, ella se opuso a seguir manteniendo relaciones sexuales, ante la decisión unilateral del acusado Eutimio de quitarse el preservativo, manifestándole aquella su oposición explícita, lo cual fue ignorado por el acusado que guiado por un ánimo libidinoso la sujetó y tiró hacia la parte trasera de la furgoneta, causándole lesiones e imponiéndole, pese a su oposición, la relación sexual con penetración sin preservativo.

En esta ocasión, el motivo de reproche penal fue que el condenado forzó a la víctima a mantener relaciones sin profiláctico, sin duda por su parte de que con ello transgredía la libertad sexual de la víctima. Es decir, que el condenado tuvo constancia sin lugar a dudas que ella no quería esa práctica sexual al haberse opuesto expresamente.

Por lo tanto, parece ser que la jurisprudencia exige un conocimiento inequívoco respecto de que la otra persona no quiere una penetración sin profiláctico,²¹ de forma que la cuestión problemática, tal y como hemos indicado, será cuando ese conocimiento sea parcial o dudoso.

En el sentido que aquí se defiende, parece ser que la jurisprudencia determina que la sola retirada del preservativo, o su no uso, sin que venga acompañado de ese conocimiento inequívoco no es merecedor de reproche. Así, la SAP Madrid, Secc. 7ª, 138/2009, de 29 de diciembre, se pronunció como sigue:

²¹ Gili Pascual, *op. cit.* entiende que los pronunciamientos condenatorios están asociados a una especial gravedad de los hechos, pero aquí se considera otro extremo. No se trata de que los hechos sean o no graves, sino que de los mismos se desprende que el condenado tenía una certeza absoluta de que la penetración sin preservativo no sería consentida.

Según se desprende del relato de lo sucedido que ha efectuado Verónica en el acto del juicio, se encontraban ella y Justino en la cama, desnudos y manteniendo lo que ha descrito como un juego sexual y en el curso de este juego él se colocó encima de ella, sin tener puesto preservativo, y la penetró y es entonces cuando ella le dice que no, cuando ya la penetración se había producido. En este caso Verónica no se opone a la penetración antes de que esta se produzca, puesto que está manteniendo una relación sexual con el acusado libremente, sino que se opone a la penetración que ya ha tenido lugar porque el acusado no se ha puesto previamente un preservativo. No puede decirse que en este caso el acusado penetrara a Verónica sin su consentimiento y que sea por ello autor de un delito de abuso sexual y ello aun cuando supiera que Verónica quería que utilizara preservativo y él no se lo hubiera puesto.

En este supuesto, el acusado no sabía previamente a la penetración que su pareja sexual solo la querría si es mediando profiláctico, cesando esa práctica sexual cuando lo supo.

O la SAP Barcelona, Secc. 3ª, 379/2020, de 14 de octubre:

Candelaria le dio un preservativo a Dionisio quien se lo colocó e iniciaron el coito por vía vaginal. En un momento dado, Candelaria se aperció que Dionisio no llevaba puesto el preservativo y le recriminó por ello.>>

La Sra. Candelaria afirma que en un momento dado del coito se aperció que el procesado no llevaba el preservativo y que le recriminó por ello y le dijo que parara “con voz fuerte”. Según su versión, el Sr. Dionisio hizo caso omiso a sus palabras y continuó penetrándola.

Por otra parte, la secuencia fáctica posterior al hecho relatado por la propia Candelaria tampoco permite una inferencia razonable del ataque que sostiene la acusación: ella decidió no continuar, no solo con la relación sexual iniciada sino también con su estancia en la habitación del procesado. Así se lo dijo y Dionisio le insistió para que vieran una película, ella lo rechaza y le dice que se va a su casa. Se visten y él le acompaña hasta la calle y espera con ella la llegada de un taxi.

Si bien en este supuesto la absolución se debió a una prueba endeble, podemos observar que Candelaria únicamente dio el preservativo a Dionisio, luego aplicando lo aquí sostenido se podría concluir que el

hecho no sería delictivo —siempre que Dionisio no hubiese continuado con penetración tras darse cuenta Candelaria que este no lo llevaba puesto—, por entender que dar el preservativo sin más no equivale en todo caso a una exigencia en su uso.

Existe otra sentencia sobre el particular, la SJI Salamanca nº 2, 155/2019, de 15 de abril, pero no aplica al haber sido dictada en conformidad —además de que califica por abuso simple del art. 181.1 CP—. ²²

3. Calificación posterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, como agresión sexual

Todo lo expuesto es aplicable a la reforma en el Código Penal operada por dicha LO respecto de los arts. 178, 179 y 180, con más ahínco si cabe, puesto que el eje de dicha reforma se asienta en el consentimiento sexual, en palabras del Auto de 22 de noviembre de 2022 dictado de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria (rec. 22/2022):

[C]on la reforma operada por la LO 10/2022, el legislador ha decidido equiparar los supuestos de abuso sexual y de agresión sexual, independientemente de la concurrencia de violencia o intimidación. El elemento típico pasa a ser la falta de consentimiento y ello es lo que debe valorarse. Esto es, no se trata simplemente de una modificación penológica. Es una variación del tipo. Para la concurrencia del tipo, no se valora la violencia o intimidación. Sólo se dice, en el párrafo 2 del artículo 178, que siempre que se emplee violencia o intimidación habrá agresión sexual pero la concurrencia de tales circunstancias no cualifica en forma alguna el tipo.

Por lo tanto, en la actualidad el *stealthing* sería constitutivo de un delito de agresión sexual (art. 178.1 CP) agravado (art. 179 CP), que tiene contemplada una pena privativa de libertad de 4 a 12 años. Es decir, que se ha mantenido la pena mínima pero se ha aumentado la máxima de 10 a 12 años.

A pesar de que ello es un aspecto negativo de la reforma, queremos indicar que sería posible imponer una pena privativa de libertad de 4 a 8 años o pena de multa de 18 a 24 meses, dado que el art. 178.3 CP ²³

²² Queremos insistir en que no se analizará dado que al haberse dictado en conformidad, la misma no recoge en puridad ninguna operación de subsunción en un tipo penal, sino simplemente el acuerdo al que se llegó por las partes procesales.

²³ La literalidad del precepto es: “El órgano sentenciador, razo-

contempla dichas penas alternativas “en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Se entiende que el art. 178.3 CP es plenamente aplicable al *stealth*, no solo porque dicho artículo únicamente contempla su no aplicación en supuestos del art. 180 y no del art. 179 CP —si el legislador hubiese querido no atenuar las penas en supuestos de acceso carnal lo habría contemplado expresamente—, sino porque de esta forma se guardaría la necesaria proporcionalidad que anteriormente era imposible.

Dicha rebaja penológica es una solución para supuestos como el *stealth*, pero no es la mejor, habida cuenta de que la aplicación del art. 178.3 CP es potestativa para el juzgador, aunque podría pensarse que podría llegar a ser obligatoria para preservar el principio de proporcionalidad.

Aparte de lo anterior, también se quiere reseñar que el actual art. 178.1 CP define el consentimiento de la siguiente forma:

Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Parece que la literalidad de dicha definición omite el consentimiento tácito, e incluso podría entenderse que es irrelevante el posible error del sujeto activo respecto del consentimiento —no se hace mención alguna a este—. Siguiendo ese posible postulado, sería en todo caso delito cualquier retirada subrepticia del preservativo, en la medida en que retirar el preservativo de esa forma siempre se realiza sin un consentimiento expreso. Dicho de otra forma, se podría entender que no hay consentimiento al no haberse manifestado de forma expresa la voluntad de no usar el preservativo.

De esta forma, todo caso de *stealth* sería constitutivo de delito, cuando se pregunte al acusado si su pareja sexual le ha “manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad” de no usar el preservativo, su respuesta siempre sería negativa —es

nándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

evidente que si ha existido una expresión clara nunca habría existido ningún procedimiento judicial en la medida en que Carla nunca habría iniciado acciones judiciales—.

Esa posible interpretación taxativa es duramente criticada por la doctrina, puesto que excluiría el consentimiento tácito, esto es, que podría entenderse que no hay consentimiento si el sujeto no lo ha emitido de forma clara, activa y expresa.²⁴ Como se puede observar, esa interpretación literal dinamita la elemental presunción de inocencia y parece invertir la carga de la prueba.

A pesar de ello, entiendo que en supuestos de duda en cuanto al consentimiento tácito, la presunción de inocencia ha de operar de forma necesaria como balanza en favor del reo,²⁵ de forma que la no concurrencia de un consentimiento claro, activo y expreso no supone necesariamente una falta de consentimiento, sino que habrá que ir caso por caso a evaluar la actuación del supuesto sujeto pasivo para averiguar si existió o no consentimiento y el error que pudo sufrir el sujeto activo. Operación esta que se viene realizando desde mucho antes que dicha LO, por lo que parece ser que esa definición de consentimiento está vacía de contenido. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sentencia 117/2022, de 21 de noviembre):

Por lo que se refiere a la primera de ambas cuestiones, dice ahora la ley, concretamente en el art. 178.2 del Código penal, que “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Esta manera de conducirse el legislador es lo que los retóricos llaman un pleonismo, que, en definición de la RAE, consiste en el empleo en la oración de uno o más vocablos innecesarios para que tenga sentido completo, pero con los cuales se añade expresividad a lo dicho. En efecto, más allá de lo expresiva que resulte la fórmula legal, no parece añadir nada a la labor hermenéutica el

²⁴ Lascraín Sánchez, Juan Antonio. (2022). Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve. *Almacén de Derecho*. 9 de marzo de 2022. Disponible en: <https://almacenderecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>

²⁵ Jaén Vallejo, Manuel. (2022). Una visión jurídica y crítica sobre la Ley del “sí es sí”. *Conflegal*. 8 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://conflegal.com/20220908-una-vision-juridica-y-critica-sobre-la-ley-del-si-es-si/>

tratar de acotar con ella lo que siempre se ha hecho por los tribunales para verificar si la relación sexual era o no consentida. Es evidente que solo una voluntad libremente manifestada, expresada con claridad y en función del contexto en que se produce, será indicativa de la existencia (o no) del necesario consentimiento para mantener un contacto sexual propuesto por otra persona.

Sin embargo, habrá que esperar a que se pronuncie nuestro Tribunal Supremo para interpretar los nuevos delitos reformados por la repetida LO 10/2022, en la medida en que la nefasta redacción del legislador puede provocar un serio ataque a, entre otros, uno de los principios constitucionales más relevantes, el de presunción de inocencia.

La falsificación cibernética y sus consecuencias penales

Gema Martínez Galindo *Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Coordinadora del Máster Universitario en Ciberdelincuencia
Universidad Internacional de La Rioja*

RESUMEN: La aparición de las tecnologías de la información y la comunicación ha dado lugar a un concepto nuevo como es el ciberespacio, a nuevos comportamientos delictivos e, incluso, a nuevos tipos penales. La realidad social presenta continuamente a los juristas, nuevas situaciones y la gran revolución digital es una muestra de ello, lo que también ha alcanzado al ámbito de los delitos de falsedad, en todas sus vertientes, no solo documental (Spoofing), sino de tarjetas de crédito, documentos de identidad o certificados digitales. La dogmática de estos delitos se ha visto confrontada con esas innovaciones tecnológicas y ello nos obliga a reflexionar sobre su trascendencia e importancia, pues se han modificado conceptos básicos asentados desde hace años y que eran pacíficos en doctrina y jurisprudencia, como la definición de documento y sus funciones, el bien jurídico protegido, las formas de comisión y la prueba para acreditar un delito de falsedad, para adaptarlas a nuestro entorno digital.

PALABRAS CLAVE: falsedad informática, documento electrónico, certificado digital, autenticidad digital, manipulación cibernética.

ABSTRACT: The appearance of information and communication technologies has given rise to a new concept such as cyberspace, to new criminal behaviors and even to new criminal offenses. Social reality continually presents lawyers with new situations and the great digital revolution is an example of this, which has also reached the field of crimes of forgery, in all its aspects, not only documentary (Spoofing), but cards credit cards, identity documents or digital certificates. The dogmatics of these crimes has been confronted with these technological innovations and this forces us to reflect on their transcendence and importance, since basic concepts established for years and that were peaceful in doctrine and jurisprudence have been modified, such as the definition of document and its functions, the protected legal right, the forms of commission and the evidence to prove a crime of falsehood, to adapt them to our digital environment.

KEYWORDS: computer forgery, electronic document, digital certificate, digital authenticity, cybernetic manipulation.

SUMARIO: 1. La ausencia de una regulación específica de las falsedades informáticas. 2. La autenticidad digital como bien jurídico de nueva generación. 3. Concepto de documento electrónico o digital. 4. La alteración documental a través de las nuevas tecnologías. 4.1. Las falsedades en documentos clásicos a través de manipulaciones informáticas. 4.2. La alteración de datos contenidos en soportes o sistemas informáticos. 4.3. La falsedad del certificado digital o firma electrónica. 5. La falsedad de certificados electrónicos. 6. La falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje mediante programas informáticos. 7. El tráfico con documento de identidad falso. 8. Otras falsedades. 9. Bibliografía.

Rec: 01/12/2022 | Fav: 07/01/2023

1. La ausencia de una regulación específica de las falsedades informáticas

La revolución tecnológica y sus implicaciones en el crimen motivaron que el Consejo de Europa, en su Convención de Budapest, aprobara el Convenio sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001, vigente desde el 1 de julio de 2004, que constituye el único tratado internacional en esta materia, ratificado hasta la fecha por casi setenta países.¹ La falsificación informática se refleja expresamente en su artículo 7, en el que se indica que “cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la introducción, alteración, borrado o supresión deliberados e ilegítimos de datos informáticos que genere datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que los datos sean legibles o inteligibles directamente. Las Partes podrán exigir que exista una intención dolosa o delictiva similar para que se considere que existe responsabilidad penal”.

Partiendo de este precepto, que identifica como falsificación informática varias conductas, debe diferenciarse cuáles de ellas se consideran realmente como falsarias en el Código Penal español, pues la falsificación informática no es simplemente la mera falsificación de documentos electrónicos o contenidos en soportes electrónicos o elaborados electrónicamente, como refleja con acierto el Convenio, o la mera falsificación de documentos a través de sistemas informáticos,² sino que implica muchas otras conduc-

tas que tienen como finalidad una falta de veracidad en el empleo de las nuevas tecnologías, es decir, cualquier manipulación informática de contenido o datos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos cuando no lo son, ya sea por la autenticidad de la persona, de las declaraciones contenidas en un soporte, de los datos o la información.

España ratificó el Convenio de Budapest en 2010³ e incorporó a nuestra legislación conductas punibles reflejadas en él, cumplimentando la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información emanada del Consejo de la Unión Europea, en cuyo artículo 4 indicaba que “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad”. En el apartado XIV del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal español, se indi-

conocido hasta la aparición de los ordenadores y la informática, se ha pasado a entender que, dentro de este concepto se incluye todo documento también en soporte inmaterial, electrónico o informático que no tiene soporte físico, sino digital. Y de aplicar como única prueba para determinar la veracidad de un documento la pericial caligráfica, se ha producido una evolución hacia la pericial informática y la prueba electrónica en multitud de procedimientos para acreditar la veracidad o inveracidad de los documentos. Por otro lado, también hemos asistido a una revolución criminológica en el *modus operandi*, pues, como ocurre con la ciberdelincuencia en general, la dinámica comisiva llevada a cabo a través de la informática o las nuevas tecnologías genera una cierta falacia como es la sensación de impunidad y de anonimato que implica una mayor comisión de comportamientos delictivos, y esto alcanza, también, al que falsea un documento a través de cualquier sistema informático.

³ Instrumento de ratificación del Convenio publicado en el BOE de 17 de septiembre de 2010.

¹ Para conocer los países que han ratificado el Convenio, algunos con reservas, Vid. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=jsdowBYK (fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2022).

² Del documento en soporte material en papel, que era el único

caba que se había resuelto incardinar las conductas punibles exigidas por la Decisión Marco relativa a la intromisión ilegal en los sistemas de la información y en los datos, en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. Se optaba así, en nuestro país, por incluir en el delito de daños informáticos del artículo 264 del Código Penal español las conductas consistentes en borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos o documentos electrónicos ajenos.

Es decir, se consideró que debían introducirse dentro de un delito patrimonial como es el delito de daños esas conductas de alteración del documento. Y es obvio que conductas como dañar, borrar o suprimir afectan sin duda al elemento patrimonial de la propiedad informática o los datos digitales, pero el término “alterar”, que se produce con cualquier introducción o modificación de contenido en un documento electrónico ajeno puede tener diferentes finalidades, pues no sólo podría implicar una afectación a ese patrimonio digital, para cuya punición tiene que motivar un resultado y perjuicio grave para el titular, en los términos de ese artículo 264, sino que la finalidad puede ser una afectación a la autenticidad del documento electrónico en los términos del Convenio de Budapest, porque esa manipulación genere datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que los datos sean legibles o inteligibles directamente. Esto no debe sancionarse como delito de daños, sino específicamente como delito de falsedad en documento digital o electrónico.⁴

Desde el punto de vista objetivo, el Convenio se refería a la falsificación de documentos informáticos, tanto por la alteración de sus funciones, como por su destrucción.⁵ Sin embargo, el Legislador español, que en los últimos doce años ha sido muy prolijo en modificar preceptos para incluir las manipulaciones informáticas, decidió no introducir también el concepto de “manipulación informática” en relación con las falsedades (en el Título XVIII del Libro II CP), ya no solo

de moneda o documentos o certificados electrónicos, sino de identidad, pues la única modificación que introdujo en los artículos 386 a 403 del Código Penal español fue añadir en el artículo 400 como conducta típica, con la misma pena que para el falsificador, la fabricación, recepción, obtención o tenencia de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores.

El artículo 7 de la Convención de Budapest exigía una específica protección penal de los documentos electrónicos, que no se ha llevado a cabo en España. No se trata de afirmar que con los actuales delitos tradicionales o clásicos de falsedad documental no puedan sancionarse conductas como la alteración de un documento electrónico con la mera finalidad de hacerlo pasar como auténtico cuando no lo es, pues es evidente que sí, pero la manipulación informática en el documento como forma específica de comisión y la mayor dificultad de detección y de obtención y presentación de la prueba en un procedimiento penal hacen necesario añadir un apartado específico dentro de las falsedades documentales que sancione estas manipulaciones con una pena agravada, igual que se hizo en el delito de daños informáticos, pues, a pesar de que la descripción del tipo permitía incluir —sin vulnerar el principio de legalidad— en el artículo 263 los daños en datos o programas informáticos, que constituyen “propiedad ajena”, el Legislador optó en 2010, para que no hubiera dudas, por introducir el artículo 264 específico para elementos inmateriales. Esta modificación implicó la trasposición de la Directiva de 2005, en la que no se hacía referencia al artículo 7 de la Convención de Budapest (aunque pretendía incorporarla), pero quedó sin cobertura ese inciso del precepto, referido a la alteración o manipulación del documento que genera datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que los datos sean legibles o inteligibles directamente.

Por mera coherencia interna e igualdad en la aplicación de la sanción penal, deberían modificarse estos delitos para incluir, como digo, de forma agravada, esa alteración informática del documento para hacerlo pasar por auténtico, debiendo introducirse, también, un precepto específico que sancionara la falsificación de los soportes documentales de datos incluidos en cualquier base de datos o registro que genere datos

⁴ En este sentido, Portugal, en la Ley nº 109/2009, de 15 de septiembre, por la que aprobó la Ley del Cibercrimen, en adaptación del ordenamiento jurídico interno a la citada Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, sí incorporó la falsificación informática en el artículo 3 de la citada Ley, además de los daños relativos a programas y otros datos informáticos.

⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (4) 2002, p. 2.

no auténticos con la intención de que sean tomados por auténticos, protegiendo de esta forma la confianza, no en la emisión de un documento, sino en los datos contenidos en un registro o soporte informático. Esta modificación lleva años reclamándola la doctrina⁶ y Alemania ya lo hizo, al introducir en el Código Penal español, como tipo específico en el parágrafo 268, la falsificación de los soportes documentales de comprobaciones y mediciones expedidas por medios técnicos (*technische Aufzeichnungen*) para engañar en el tráfico jurídico, a quien cree un registro técnico falso o lo utilice, de forma que se falsee el lugar de la declaración de voluntad o de pensamiento, característica del documento tradicional, o el registro de datos, medidas, o valores aritméticos realizados por un aparato automático.

Por otro lado, resulta necesario también introducir modificaciones específicas en el artículo 26 del Código Penal español, para añadir la categoría de “electrónico” o “informático” al soporte que se considera documento a efectos penales, no solamente para las falsedades y en relación con la eficacia probatoria o relevancia jurídica del documento, sino en relación con otros tipos penales que se refieren a documentos. Así, entre otros, se hace referencia a ese concepto general de documento en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197, en la estafa del apartado 2º del artículo 250.1, en el delito societario del artículo 290, en el delito de elaboración de documentos falsos referidos a medicamentos del ar-

tículo 362 ter, dentro de los delitos contra la salud pública, en la infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 (donde se incluyen, sin duda, los expedientes electrónicos que hoy en día tiene la Administración, las huellas digitales y soportes informáticos recogidos para una investigación judicial), en el delito de obstrucción a la Justicia del artículo 465, en los delitos contra la libertad de conciencia del artículo 525 y en la entrada y registro ilícito del artículo 534, entre otros.

No es lógico, por tanto, que, si estamos adaptando el Código Penal español a las nuevas tecnologías en multitud de preceptos, no se haga con aquéllos en los que es evidente que tiene aplicación la informática, como son los documentos electrónicos que ya no constituyen un soporte material, sino inmaterial, porque, en todos esos tipos penales, el documento puede ser de carácter electrónico o informático, más aún cuando estamos ante un claro desuso del documento en soporte papel. Y no se comprende, por otro lado, que el Legislador haya incluido la referencia específica a documentos electrónicos en el delito de daños del artículo 264 y en el delito relativo al mercado y los consumidores del artículo 278 y no lo haya hecho en el resto de preceptos, máxime en los delitos de falsedad documental o, al menos, con carácter general, que se hubiera incluido en el concepto del artículo 26, porque es obvio que constituyen hoy en día documentos cualesquiera que se encuentren en un soporte informático y sean creados por programas diseñados específicamente para ello. Es decir, hay que tomar en cuenta las consecuencias que este soporte electrónico o informático del documento genera respecto del propio concepto de documento en distintos tipos penales.

Otra modificación necesaria, que lleva años reclamando la Fiscalía especial de Criminalidad Informática, es la modificación íntegra del Capítulo IV del Título XVIII del Libro II CP, para diferenciar el delito de usurpación de estado civil del artículo 401 del Código Penal español actualmente vigente de un nuevo delito que castigue de forma específica la usurpación o suplantación de identidad en cualquier medio informático, que se está produciendo cada vez con mayor frecuencia.

Voy a tratar de plantear el panorama actual que existe en relación con estas falsedades cibernéticas y por qué considero necesaria una reforma, que el Le-

⁶ Vid., sobre esta cuestión, GARCÍA CANTIZANO, M.C.: *Falsedades documentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 63; ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 86; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Tratamiento Penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, *Poder Judicial*, número especial IX, Nuevas formas de delincuencia, p. 50; CORCOY, M./JOSHI, U.: “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, *RJCat*, 1988, nº 3, p. 684; y ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J.M.: “Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente. Concepto procesal y material del documento: nuevas tecnologías”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, p. 92 y ss., entre otros. Y en el ámbito internacional resulta de gran interés el trabajo de MAYER LUX, L./VERA VEGA, J.: “La falsificación informática: ¿un delito necesario?”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, nº 1, 2022, pp. 261-286; de AYALA CRUZ, B.: *La necesidad de modificar y ampliar los delitos informáticos inmersos en el art. 363 bis y ter del Código penal boliviano y la legislación comparada*, UNSS, Cochabamba, 2021; y CASTAÑEDA, R.R.E./RAMÍREZ, H.H.F./LORZO, E.M.C.: “Los delitos cibernéticos en Chile, México y Colombia. Un estudio de derecho comparado”, en *Ius Comitãlis*, 2021, vol. 4, nº 8, pp. 252-276.

gislador español está evitando a pesar de las múltiples modificaciones que en los últimos años se han producido.

2. La autenticidad digital como bien jurídico de nueva generación

Las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades infinitas de delinquir y, en consecuencia, los bienes jurídicos que se pueden lesionar son muy variados, y la diferencia entre la comisión en el mundo *off line* o en el mundo *online* es, básicamente, es que esta última forma de comisión implica una mayor sofisticación, pero en realidad se trata de las mismas conductas delictivas con un *modus operandi* distinto, porque con la aparición de la delincuencia tecnológica han surgido una serie de conductas novedosas realizadas a través de la red, que nos han obligado a plantearnos si debemos considerar la aparición o no de nuevos bienes jurídicos.

Entre ellos podría encontrarse la evolución del bien jurídico clásico tutelado por los delitos de falsedad documental, que consiste en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas, es decir, la fe pública y, en último término, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos,⁷ hacia un bien jurídico de nueva generación también merecedor de protección: la autenticidad digital.

Se trata de un bien jurídico susceptible de protección penal autónoma, e impensable hace años, como también lo son actualmente la integridad o seguridad informática, la protección digital de la información, la integridad de los datos informáticos y el patrimonio digital, que tienen significación propia y son autónomos respecto de esos otros bienes jurídicos tradicionales, con los que coexisten.

Si la criminalidad informática tiene por objeto la información y los sistemas digitalizados, el contenido de los documentos electrónicos o digitales y el em-

pleo de los sistemas informáticos debe realizarse de una forma auténtica, para garantizar que la información es veraz. Por ello, estamos ante un nuevo bien jurídico en los delitos de falsedad cometidos a través de sistemas informáticos, destinado a proteger que los datos o la información contenida en medios electrónicos sea auténtica y no sean utilizados datos falsos a efectos legales como auténticos por haberse manipulado informáticamente, como indica el Convenio de Budapest.

Este nuevo concepto de bien jurídico, de carácter colectivo, puede considerarse una extensión de la integridad y seguridad informática, que cumple una función preventivo-positiva y viene a dar una protección anticipada a otros bienes jurídicos de naturaleza personal.

Se ha hablado de la autenticidad del documento electrónico, pero yo voy más allá, porque no solo me refiero al bien jurídico protegido que iría destinado a garantizar la autenticidad de un documento creado en un soporte digital y su valor probatorio, sino a garantizar la autenticidad de las comunicaciones personales y de todos los datos que figuran en cualquier soporte informático de una persona.

En el ámbito jurídico, debemos pensar que el documento electrónico en ningún momento está en soporte de papel, sino que circula exclusivamente en ese medio, se preserva, custodia, mantiene y conserva en ambiente electrónico, por lo que, para que goce de autenticidad, debemos tener la seguridad de comprobar que quien lo firma es realmente quien dice ser y que su contenido emana de esa persona y no ha sido modificado informáticamente en contra del emisor del documento. Ello porque, cuando nos encontramos tradicionalmente con un documento en soporte de papel, al identificar al firmante, automáticamente se corrobora la autenticidad del contenido; sin embargo, en un documento electrónico, nada nos asegura que este no haya sufrido alteración alguna durante todas las fases de su existencia.

Como afirman ALONSO DE ESCAMILLA/MESTRE DELGADO, “una falsedad es una mentira, una alteración de la verdad, pero, a efectos penales”, es una “mutación de la verdad que se apoya en su alteración objetiva, de manera que es falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados”.⁸

⁷ Sobre el bien jurídico, vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada, 2000. Asimismo, vid. Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante SSTs) 564/2009, de 25 de mayo, 312/2011, 29 de abril, 279/2010, 22 de marzo, 645/2017, de 2 de octubre y 507/2020, de 14 de octubre, entre otras.

⁸ Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A./MESTRE DELGADO,

Por ello, en relación con los documentos informáticos o las manipulaciones informáticas de documentos, es necesario hablar de un bien jurídico más específico, de nueva generación, en el que se deberá derivar la verificación de la autenticidad del documento electrónico a otros elementos aparte de los de la firma digital, tales como por ejemplo los metadatos, el código seguro de verificación (csv) del documento, el fichero que se genera al firmar electrónicamente el documento y los datos de conservación y archivo.⁹

3. Concepto de documento electrónico o digital

El concepto penal de documento, a los efectos de comprender sobre qué objeto puede recaer la falsedad, viene previsto, como se ha indicado, en el artículo 26 del Código Penal español, e incluye el documento electrónico como plenamente válido en el tráfico jurídico,¹⁰ sin perjuicio de que considero necesario adaptar su contenido para incluirlo específicamente, por coherencia interna y adaptación a los avances tecnológicos de todos los ilícitos que se refieren a documentos.

El art. 3.5 de la derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, definía el documento electrónico como aquel que incluye información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Esta definición no ha sido incluida en la actual Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, pero, acudiendo al artículo 26 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al apartado II de la Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secre-

taría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico, y al artículo 3.35 del Reglamento (UE) n° 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado, podemos concluir que documento electrónico es todo aquel que está almacenado en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, que contiene información o un conjunto de datos de cualquier naturaleza (ya sea texto escrito o registro sonoro, visual o audiovisual) y cuyos componentes son, además de su contenido, la firma electrónica y los metadatos.¹¹

De hecho, la jurisprudencia española, desde 2007, ha venido admitiendo este concepto amplio de documento, como todo objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, aunque ya no se le identifique ni con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación, entendiéndose que cabe el electrónico en cuanto se encuentra representado en datos electromagnéticos o informáticos y almacenado o contenido en un soporte o elemento físico de tal naturaleza.¹² Desde la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 1066/2009, de 4 de noviembre (o, incluso, una década antes, desde la Sentencia 1844/2000, de 2 de diciembre) hasta la STS (caso Gürtel) 507/2020, de 14 de octubre, reiterada por muchas otras, se ha indicado que “el soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación e información”, afirmando que se considera documento “cualquier sistema que permita incorporar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento”, porque “imprime en las neuronas tecnológicas, de

E.: “Tema 21. Falsedades”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del derecho penal*, 7ª edición, Dykinson, 2022, p. 852.

⁹ A este respecto el Consejo Superior de Investigaciones Científicas pone a disposición de los ciudadanos un servicio para comprobar la validez de los documentos electrónicos emanados de la Administración española. Vid. <https://sede.csic.gob.es/validador-de-documentos> (fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2022).

¹⁰ Vid., a fondo, sobre esta cuestión y su validez procesal, DE URBANO CASTRILLO, E.: “El documento electrónico: aspectos procesales”, en LÓPEZ ORTEGA, J.J. (director): *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pp. 525 a 612; y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, 23ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 697.

¹¹ La incorporación de estos instrumentos documentales al sistema procesal español se inició de forma expresa por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyos artículos 135 y 299.2 se otorga validez probatoria a estos documentos, indicando el último precepto que “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”, y en los artículos 130 y 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecen que “los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original”.

¹² STS 885/2007, de 6 de noviembre.

forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia”.

Así, la STS 672/2019, de 15 de enero de 2020, considera que la información almacenada en la memoria interna constituye un documento electrónico y los recibos o tickets que se expiden para obtener la información registrada son copias del citado documento, afirmando la Sentencia del mismo Tribunal 373/2017, de 24 de mayo, que “la manipulación falsaria de ordenadores u otros instrumentos semejantes se halla actualmente tipificada dado el tenor del artículo 26 (STS 619/2007)”, de modo que las nuevas tecnologías han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad como grabaciones de video o cinematográficas,¹³ los pen drive, los discos duros de un ordenador, o de un servidor, o de un sistema o red informática o telemática, incluso las tarjetas con banda magnética o chips informáticos, los soportes magnéticos o informáticos, o cualquier otro soporte, en sentido amplio, puede considerarse documento electrónico. E incluso, la SAP Málaga, Sección 7ª (Melilla), 26/2010, de 11 de octubre, afirma que el documento virtual es aquel generado electrónicamente en un aparato o sistema informático o telemático,¹⁴ indicando que deben abandonarse, en un análisis exquisito sobre este concepto de documento, “los criterios clásicos de conceptualización material en torno al soporte o elemento físico que lo contiene, siendo lo esencial más el contenido que el continente, es decir, la información informatizada, y debiéndose tener presente su inmaterialidad al venir representada tal información por datos informáticos”.

Como es obvio, al tratarse de documentos, son susceptibles de falsedad y le son aplicables los delitos tipificados en los artículos 390 y siguientes del Código Penal español. Pero precisamente por la problemática que he comprobado que se plantea en los Tribunales al analizar el concepto de documento a los efectos de

falsedad y porque, como indicaba MATA Y MARTÍN, el documento electrónico presenta diferencias externas importantes con el concepto tradicional que plantea dudas al intérprete sobre su incorporación al proceso,¹⁵ creo que es imperativo modificar el artículo 26 del mismo Código para que no quepa duda de que todos los soportes indicados integran el concepto de documento a efectos penales y, por tanto, su manipulación, un delito de falsedad, que ahora paso a analizar.

4. La alteración documental a través de las nuevas tecnologías

Las nuevas tecnologías y, en general, los importantes avances en los programas y aplicaciones móviles han incrementado la posibilidad de modificar y alterar documentos tanto físicos como electrónicos e informáticos, lo que implica una modificación de las maneras en las que se llevaban a cabo las funciones tradicionales del documento. Es decir, la documentación o los soportes electrónicos, informáticos o digitales inciden en las diversas funciones jurídicas del documento ampliamente considerado, protegidas por los delitos de falsedad documental clásicos de los artículos 390 y siguientes del Código Penal español.

Como viene determinando doctrina¹⁶ y jurisprudencia española,¹⁷ el documento tiene tres funciones, que seguirán siendo las mismas en el documento digital, aunque adaptadas a las características de este tipo de soporte. Se trata de una función de perpetuación, referida al mantenimiento de la declaración de voluntad en un soporte capaz de fijarla en el tiempo y de hacerla cognoscible a otras personas distintas del emisor, por ejemplo, el soporte informático.

También, de una función de garantía, por la que se garantiza la imputación de lo declarado al autor de la declaración, es decir, la capacidad del documento

¹⁵ Vid. MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 165.

¹⁶ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999, p. 231; GÓMEZ MARTÍN, V.: “Delitos de falsedades”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.) *Manual de derecho penal parte especial*, tomo 1, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 443.

¹⁷ SSTs 626/2020, de 11 de abril, 1297/2002, de 11 de julio, 40/2003, de 17 de enero, 73/2010, de 10 de febrero, 655/2010, de 13 de julio, 974/2012, de 5 de diciembre, 307/2013, de 4 de marzo, 1795/2016, de 26 de abril, 261/2017, de 6 de abril, 167/2018, de 11 de abril, 425/2021, de 19 de mayo y 81/2022, de 27 de enero, entre otras.

¹³ STS 507/2020, de 14 de octubre.

¹⁴ Esta Sentencia indica que “en esta categoría podríamos incluir todo tipo de documentos, bien generados electrónicamente ab inicio bien incorporados electrónicamente a un equipo, sistema o red informática o telemática, mientras “se emiten y/o transitan” por los mismos, sea local o de libre acceso, como Internet, y son susceptibles de ser “cazados” por el sujeto activo que procede a la manipulación de los datos o información informatizada en el propio espacio virtual”.

para identificar a su autor. En este sentido, los medios a través de los cuales se alcanzarían en los documentos digitales esta función serían la firma o huella digital, aunque basta cualquier otro elemento en el documento que permita identificarlo,¹⁸ debiendo contener ese documento manifestaciones o declaraciones procedentes de una persona, de forma que, como establece GÓMEZ MARTÍN, “no es documento el anónimo, salvo que forme parte de otro documento que sí sea atribuible a su autor (documento complejo)”.¹⁹

Y, por último, una función probatoria, que permite demostrar procesalmente la existencia de la declaración de voluntad de su emisor, lo que guarda relación con la capacidad del documento para ser instrumento de prueba de su contenido.²⁰

En relación con la primera, la función de perpetuación, y el concepto de documento electrónico, hay que matizar que aquellos datos o documentos que no se fijan con carácter permanente en un servidor, soporte o dispositivo informático quedarán extramuros del ilícito, pues no cumplen esta función, como podrían ser aquellos datos que son visibles por un corto periodo de tiempo en la pantalla de un ordenador o un móvil, como las Instagram Stories, que desaparecen a las 24 horas o, por ejemplo, los pantallazos fugaces que se exhiben a alguien para cometer un fraude informático de compra de bitcoins. Ello, enlazándolo con la necesidad de que el documento debe tener un soporte material, una mínima consistencia física para perdurar en el tiempo, de forma que, para que la falsedad tenga relevancia jurídica, tiene que materializarse en algún soporte con consistencia física,²¹ ya sea que se imprima en papel, que se grabe en un disco compacto o memoria USB o, simplemente, que se contenga en un soporte, aplicación o plataforma informática, o en el ciberespacio. Lo relevante es que se pueda visualizar, reproducir o proyectar de forma permanente.²²

En relación con la segunda, esa función de garantía del documento, considero que tiene una im-

portancia sustancial pues los delitos de falsedad documental protegen la confianza del público en la autenticidad de la declaración documentada, es decir, en la creencia justificada de que la declaración contenida en el documento pertenece al sujeto que aparece en él como su emisor. Por ello, el documento y la información contenida en él, debe ser veraz. De ahí la necesidad de considerar el nuevo bien jurídico identificado como autenticidad digital y la especialidad de esta función en relación con los documentos informáticos, esencialmente por la relajación de las medidas que existen en los sistemas informáticos en relación con la introducción, por ejemplo, de la firma digital (que la puede insertar en un documento cualquier persona que la tenga instalada en el ordenador), o del empleo de contraseñas para acceder a cualquier web privada (que puede ser, también, claramente utilizada por otras personas). Esta función de garantía, determinada por el carácter subjetivo del documento, puede llegar a plantear serios problemas cuando se trata de documentos informáticos porque, hasta ahora, entendemos que hay falsedad cuando el documento expresa declaraciones vinculadas a un ser humano, entendiendo que las declaraciones de voluntad anónimas no podrían considerarse documentos susceptibles de falsedad,²³ como antes decía, pero el avance tecnológico puede llegar a que, a través de la inteligencia artificial, se cree un soporte documental informático por un software especializado que emite declaraciones de voluntad con efectos en el tráfico jurídico, debiendo plantearnos, en ese caso, que podríamos atribuir la falsedad a la persona física o jurídica creadora del sistema informático, en régimen de autoría mediata.

Y en relación con la última, la función probatoria, en el ámbito de los documentos informáticos nos encontraríamos con problemas para considerar documento, a los efectos de falsedad, los programas de ordenador que no tienen relevancia jurídica alguna, o aquellos documentos internos o meros borradores informáticos que no han accedido, aún, al tráfico jurídico, como, por ejemplo, el borrador de Acta de un Consejo de Administración que tiene el Secretario en su ordenador y no llega a firmar, o los soportes contables que son manipulados pero aún no se han incluido en la contabilidad oficial de la compañía. Ello porque, si la función probatoria viene determinada por

¹⁸ STS 35/2010, 4 de febrero.

¹⁹ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., ob. cit., p. 444.

²⁰ SSTs 1561/2002, 24 de septiembre, 845/2007, 31 de octubre, 165/2010, 18 de febrero, 309/2012, 12 de abril, 331/2013, 25 de abril, 797/2015, 24 de noviembre, y 520/2016, 16 de junio.

²¹ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., “Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 650.

²² STS 392/2011, de 5 de mayo.

²³ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., ob. cit., p. 650.

el carácter ideológico y teleológico del documento, en virtud de la cual el documento refleja lo que las partes expresaron o acordaron, con independencia de que su contenido sea o no acorde con la realidad, si no otorga prueba jurídica alguna porque se trata de un mero borrador, no es documento que pueda ser objeto de falsedad.

Hoy en día, la “fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables”.²⁴

La alteración del documento electrónico o mutación de la verdad, como establece la jurisprudencia en relación con la acción falsaria, puede provenir de la creación íntegra o modificación de algunos de sus elementos o del contenido que se ha identificado en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico antes citada, siempre sobre elementos capitales o esenciales del documento, y tener suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, de conformidad con el principio de ofensividad que rige en estos ilícitos,²⁵ con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento. Es decir, como indica la STS 1273/2019, de 23 de abril, “la irrelevancia penal de la falsificación irrelevante”.

La actual configuración de los artículos 390 y siguientes del Código Penal español no hace mención a ese concepto de documento electrónico al que me he referido, habiendo tenido que suplir los Tribunales esta ausencia legal realizando una interpretación teleológica del tipo. En un primer término, no habrá ningún problema en integrar en los delitos de falsedad clásicos las falsedades informáticas de documentos (ya sean físicos o electrónicos) que contienen información cuya alteración afecta a la declaración de la voluntad que se documenta en él y su perpetuidad en el tiempo, a la garantía de la imputación del contenido de la declaración a quien realmente la realizó, a la autenticidad de la firma del documento y a la prueba de la autenticidad mediante una certificación de determinados signos, análoga a una certificación de ca-

rácter notarial, a través de un servicio de certificación electrónico.²⁶

Sin embargo, esa falsificación informática puede producirse más allá de la mera alteración electrónica del documento o del que está contenido en soportes electrónicos o elaborados digitalmente, en el que se manipulan o alteran alguno de sus elementos, pues la falsedad puede producirse en los mismos soportes informáticos que contienen datos, en atención a la amplitud del concepto de documento electrónico que he citado. Deben diferenciarse, por ello, las modalidades de falsedad tanto en los elementos en que se produce como en el objeto.

4.1. Las falsedades en documentos clásicos a través de manipulaciones informáticas.

El tipo de documento sobre el que puede recaer cualquier mutación informática de la verdad, como refieren los artículos 390 y siguientes, no varía en relación con las modificaciones falsarias clásicas, pues podemos encontrarnos con un documento mercantil, público, oficial o privado.

Las falsedades sobre los tres primeros tipos de documentos se castigan en el artículo 390 cuando el sujeto activo es una autoridad o funcionario público, en el ejercicio de sus funciones y actúa con dolo, y en el artículo 392 cuando es un particular que, también dolosamente, cometa falsedad, bien alterando un documento de los mencionados en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. Y los comportamientos se reducen a simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho, añadiendo, solo en el caso de que el autor sea autoridad o funcionario público, la conducta de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

A su vez, cuando la falsedad se comete por la autoridad o funcionario público por imprudencia grave, es decir, que el funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, o da lugar con su conducta a que otro las cometa, se sanciona la conducta por el artículo 391,

²⁴ STS de 22 de enero de 1998.

²⁵ Como afirma la STS 608/2018, de 29 de noviembre, “la falsedad punitiva solo tiene virtualidad punitiva cuando afecta a elementos esenciales y no cuando versa sobre extremos inocuos o intrascendentes”.

²⁶ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., ob. cit., p. 3.

habiéndose considerado, incluso, que no se infringe el principio acusatorio cuando se acusa por falsedad dolosa y se condena por imprudencia.²⁷ Así, por ejemplo, sería imprudente la conducta de un funcionario que, infringiendo los deberes de cuidado, permite que se emita un nuevo DNI sin fijarse que la fotografía que se le ha entregado para ello es, en realidad, de otra persona,²⁸ o cuando emite un certificado tras la solicitud a través de cualquier plataforma de la Administración Pública y el funcionario, por negligencia, no comprueba el cumplimiento de los requisitos y lo emite, reflejando datos irreales. En este caso, como afirma BORJA JIMÉNEZ, “debe, en todo caso, producirse la transformación de la realidad declarada o narrada, y que ésta tenga lugar merced a la negligencia severa del autor, violando frontalmente el conjunto de obligaciones que le son exigibles para redactar o permitir que otro subordinado redacte el documento acorde con la legalidad”.²⁹

Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo ha indicado que continuar con esta distinción entre documento público, oficial o mercantil carece de sentido, porque a veces no es fácil deslindarlos,³⁰ la doctrina³¹ y la jurisprudencia han declarado de un modo consolidado y pacífico cuándo nos encontramos ante cada uno de ellos, lo que debe considerarse aplicable para los documentos electrónicos.

Se considerarán, así, documentos electrónicos mercantiles todos aquellos que contengan obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, como, por ejemplo el soporte magnético contenido en el orde-

nador donde se grababan los asientos contables,³² los justificantes falsos de inversiones en divisas que se descargaban de una web en el marco de una estafa piramidal,³³ y todos aquellos que ya la jurisprudencia consideraba que tenían tal carácter, como los citados expresamente por el Código de Comercio o leyes mercantiles especiales, tales como letras de cambio, pagarés, cheques, cartas, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósitos y otros muchos, aquellas representaciones gráficas destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos y obligaciones de naturaleza comercial, tales como facturas, albaranes de entrega y otros semejantes. Es decir, como afirma la STS 135/2015, de 17 de febrero, “los que se emiten en el ámbito de las relaciones comerciales, y tienen relevancia jurídica respecto a contratos efectivamente mercantiles, pues sirven para documentar una operación comercial, para cancelar una obligación mercantil, o para acreditar derechos u obligaciones de esta naturaleza”.³⁴

Por documentos electrónicos públicos se entenderán los notariales, registrales o judiciales y los que hacen referencia a archivos o registros públicos, como, por ejemplo, se han considerado los obrantes en los registros de un hospital público sobre datos de pacientes,³⁵ pudiendo incluirse en esta consideración la manipulación de las Escrituras Públicas que se conservan en formato electrónico.³⁶

Y por documentos oficiales³⁷ aquellos que provienen de las distintas Administraciones Públicas para

²⁷ STS 1954/2002, de 29 de enero.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Madrid 254/2021, de 2 de junio.

²⁹ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., ob. cit., p. 659.

³⁰ SSTs 835/2003, de 10 de junio, y 672/2019, de 15 de enero de 2020.

³¹ Vid. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: “El valor procesal del correo electrónico tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (Sala Cuarta)”, *Diario La Ley*, nº 9811, de 16 de marzo de 2021, p. 3, que analiza la distinción entre documentos públicos y privados en atención al sujeto que participa en los mismos, afirmando que “son documentos públicos aquéllos que han sido expedidos, autorizados o intervenidos por el funcionario público competente con las solemnidades requeridas por la ley (art. 317 LEC), mientras se consideran documentos privados aquéllos en los que sólo han tenido intervención los particulares interesados o con testigos, pero sin la presencia de funcionario público (art. 324 LEC). El análisis del documento electrónico puede hacerse también desde esta misma clasificación como se desprende de los artículos 318 y 320.2 de la LEC que recogen el régimen jurídico de los documentos públicos en soportes electrónicos, y del artículo 326.3 y 4 que hace lo propio con el documento electrónico privado”.

³² STS de 16 de septiembre de 1991.

³³ STS 159/2018, de 5 de abril.

³⁴ Vid, también, las SSTs 1148/2004, de 18 de octubre, 171/2006, de 16 de febrero, 111/2009, de 10 de febrero, 35/2010, de 4 de febrero, 776/2013, de 16 de julio y 551/2018, de 14 de noviembre.

³⁵ SAP de Málaga, Sección 7ª, Melilla, Sentencia 26/2010, de 11 de octubre, considera tal una “alteración de resultados en las pruebas analíticas pendientes de visado (visado que solo podía realizar el facultativo autorizado para ello y mediante la utilización de una clave de acceso al sistema informático) con un potencial riesgo para la vida de los pacientes afectados y de manera indirecta sobre el facultativo que debía visar o supervisar los referidos análisis”.

³⁶ Vid DE PRADA GUAITA, V.M.: “El documento informático y la seguridad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, número extraordinario 1992, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, pp. 193 y 205.

³⁷ El artículo 26 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas indica que se considerarán válidos los documentos electrónicos emitido por cualquier Administración que sean trasladados a un tercero cumpliendo unos requisitos, como los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible

satisfacer las necesidades del servicio o función pública o los que tienen origen privado pero se califican de oficiales por su destino porque están destinados a su incorporación a un proceso o expediente administrativo, como por ejemplo, los tacógrafos de un vehículo,³⁸ las manipulaciones de datos en programas fiscales que un asesor fiscal trasladaba a la AEAT,³⁹ los que se generan por un Jefe Provincial de Tráfico al firmar en los documentos electrónicos acordando el sobreseimiento de multas en contra de la realidad,⁴⁰ cuando una funcionaria crea varios documentos electrónicos para hacer constar como beneficiarias de ayudas personas que no las habían solicitado,⁴¹ cuando se falsifican con el mismo programa informático documentos que simulaban haberse emitido por abogados, entidades bancarias, Juzgados o tribunales, organismos oficiales o públicos españoles, cuyo contenido pretendía acreditar la existencia de herencias ficticias de personas fallecidas en España,⁴² cuando se falsifican Actas sobre coordinación con otros profesionales por parte de una trabajadora social de un Ayuntamiento,⁴³ o cuando un particular falsifica los datos de un mandamiento judicial. Aparte de ello, cualesquiera documentos que han sido considerados

documentos oficiales por la jurisprudencia por su falsificación en papel, también entrarían en esta categoría en formato electrónico como, por ejemplo, un archivo .jpg o .pdf del DNI (del que puede falsearse informáticamente, incluso, el chip electrónico) o pasaporte,⁴⁴ el visado emitido por un Colegio profesional o las recetas electrónicas de la Seguridad Social.⁴⁵

Por otro lado, las falsedades sobre documentos privados se sancionan en el artículo 395 y han sido considerados tales aquellos que pertenecen a la esfera privada de las personas (es decir, por descarte, los que no son, por tanto, ni públicos, ni oficiales, ni mercantiles), cuando entran de algún modo en el tráfico jurídico, sin que sea necesario que la alteración documental cause un perjuicio a tercero o que el documento falsificado se utilice para obtener un lucro efectivo o dañar el patrimonio de otro, sino que es suficiente el propósito o ánimo de causarlo que, en muchas ocasiones, se produce para cometer una estafa procesal, es decir, para presentar el documento en un procedimiento para conseguir una resolución favorable. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de manipulación de documentos para acreditar que se había abonado una deuda pendiente que era reclamada judicialmente,⁴⁶ la manipulación de un correo electrónico añadiendo la dirección de correo del Letrado para intentar acreditar que este había recibido una notificación,⁴⁷ alterar una fecha del correo electrónico para aportarlo al procedimiento laboral seguido por despido para justificar la improcedencia del mismo por inasistencia al centro de trabajo, o elaborar un correo electrónico falso íntegramente para dar cobertura a una queja puesta de manifiesto a la empresa por una presunta discriminación por razón de la orientación sexual.⁴⁸

La informática también ha modificado el *modus operandi* de cometer las diferentes modalidades de falsedad material o ideológica sobre documentos previstos en el apartado 1 del artículo 390. Ahora, la alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, la simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, la creación de un docu-

incorporación a un expediente electrónico, la incorporación de una referencia temporal del momento en que han sido emitidos, los metadatos mínimos exigidos y las firmas electrónicas, indicando que no será necesaria la firma de los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones Públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como aquellos que no formen parte de un expediente administrativo, sin perjuicio de que sea necesario identificar el origen de estos documentos.

³⁸ STS 672/2019, de 15 de enero de 2020, que considera típica, y punible por el art. 390.1.2^a, la acción de colocar un imán en la parte metálica del sensor de movimiento del tacógrafo de un camión, que inhibía su funcionamiento, registrando periodos de descanso cuando el camión se encontraba circulando.

³⁹ STS 974/2012, de 5 de diciembre. Y sobre la incorporación de documentos falsos adjuntos a declaraciones fiscales, SAP de Madrid, Sección 23, 397/2022, de 28 de junio.

⁴⁰ STS 426/2016, de 19 de mayo, en que se condenó a quien de su propia mano ponía en los expedientes de multas incoados unas iniciales que correspondían a “por orden del subdelegado o la superioridad terminado por Sobreseimiento”, ordenando a los funcionarios de gestores y tramitadores de los expedientes la anotación en la aplicación informática un archivo mediante la anotación “terminación por sobreseimiento”, faltando así a la verdad y llenando los presupuestos del art. 390.1.4^o que supone una manifestación destinada a constar en un documento, en este caso el sobreseimiento, siendo consciente quien la hace de que esa manifestación no se corresponde no ya con la verdad absoluta, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho.

⁴¹ SAP de Asturias, Sección 3^a, 387/2017, de 12 de septiembre.

⁴² STS 487/2021, de 3 de junio.

⁴³ STS 402/2022, de 22 de abril.

⁴⁴ SSTS 737/2009, de 6 de julio, 2015/2001, de 29 de octubre, 580/2009, de 27 de mayo y 1338/2009, de 21 de diciembre.

⁴⁵ STS 439/2001, de 20 de marzo.

⁴⁶ STS 1273/2019, de 23 de abril.

⁴⁷ SAP de Madrid 693/2018, de 11 de octubre, sobre manipulaciones de correos electrónicos. Vid, también, la SAP de Valencia 12/2001, de 24 de mayo.

⁴⁸ SAP de Madrid, Sección 23, 155/2022, de 7 de marzo.

mento íntegramente para introducirlo en el tráfico jurídico o modificándolo en gran medida, la suposición en un acto de intervención de personas que no la han tenido, o atribuirles declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho o, simplemente, faltar a la verdad en la narración de los hechos (falsedad ideológica solo sancionable cuando el autor es funcionario público), son conductas que pueden llevarse a cabo mediante manipulaciones informáticas del documento, entendido en un concepto amplio.

Desde escanear una firma original y plasmarla en un documento de Word recortando y pegando una imagen,⁴⁹ hasta convertir cualquier archivo pdf, power point, excel, jpg en un documento de word para modificar su contenido y volver a convertirlo posteriormente, así como desbloquear y quitar la contraseña de un pdf para usarlos a su antojo, eliminar o editar cualquier tipo de documento, convertir páginas web de html a pdf y luego a cualquier programa editable. Es decir, infinitas posibilidades para alterar o manipular documentos o soportes electrónicos.

En este sentido, se ha condenado por falsedad a quien introdujo informáticamente un párrafo falso en una certificación de una entidad mercantil firmada por su administrador, en la que dicha entidad perjudicada reconocía la cotitularidad con el acusado de una finca,⁵⁰ a un empleado de banca, que simuló contrato de protección de tipos de interés incorporando la firma escaneada de los clientes, aportando el mismo a procedimiento judicial iniciado por estos por el cobro de las primas, alegando la ausencia de contratación del mismo al concertar la hipoteca,⁵¹ o a quien alteró en un correo electrónico el nombre y la dirección de una persona para que apareciera como destinatario del mismo quien realmente no figuraba en él.⁵² Y comete, también, falsedad, el que modifica el certificado

de titularidad bancaria de una empresa cambiando el número de cuenta (en el denominado “fraude al CEO”), el que modifica la fecha, la firma o la fotografía del documento, o el que introduce un texto que no estaba en el original.

Cualquier persona puede falsificar documentos con herramientas informáticas de uso cotidiano haciendo pasar como auténtico ese documento cuando, en realidad, no lo ha suscrito la persona cuya firma aparece al pie del mismo, no incorpora las declaraciones que aparenta, o no se produjo en la fecha o lugar, o cualquier otro aspecto esencial que refleja. Y no solo será sancionado como autor del delito la persona concreta que realice la materialidad de la introducción del elemento mendaz, sino que cabe la coautoría,⁵³ y máxime cuando se crea una estructura organizativa destinada a la comisión de ciberfraudes en los que la falsedad es un elemento más de la actuación delictiva, como ocurre en el supuesto examinado en la STS 291/2021, de 7 de abril, que indica que “el delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúa a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien, en concierto con él, se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación (STS 797/2015, de 24-11)”.

La prueba de estas falsedades es más compleja porque ya no podemos limitarnos a realizar una prueba pericial caligráfica o de documentoscopia, como antes, sino que debe acudir a periciales informáticas para acreditar la falsedad del documento, que serán válidas para acreditar, por ejemplo, que la fecha no se corresponde con la que se plasma en el mismo (porque se trata de convencer de que un documento corresponde a un fecha cuando los metadatos acreditan que se ha creado más tarde, o cuando se finge —falsificando la fecha del correo— enviar por correo electrónico un documento en una fecha que, en realidad, se ha remitido después); o que las firmas de un documento son idénticas, ocupan la misma posición

⁴⁹ STS 165/2016, de 2 de marzo, en que enjuicia un caso en el que se simula la firma incluyéndola como imagen en órdenes de transferencias por elevadísimos importes por parte del administrador de un grupo de empresas, que eran enviadas al Banco para realizar disposiciones elevadas de dinero y transferirlas a su cuenta. En este sentido, sobre la validez probatoria de las firmas manuscritas digitalizadas, la SAP de Lleida 74/2021, de 29 de enero (Sala de lo Civil), pone de manifiesto que, ante la impugnación de estas firmas, debe efectuarse una pericial caligráfica.

⁵⁰ STS 551/2018, de 14 de noviembre, que condena en concurso medial con un delito de estafa procesal, por presentar la certificación en un juicio declarativo para obligar a la empresa a transmitir la propiedad.

⁵¹ STS 55/2017, de 3 febrero, que condena en concurso medial entre falsedad en documento mercantil y estafa procesal.

⁵² STS 529/2020, de 21 de octubre.

⁵³ STS 416/2017, de 8 de junio.

respecto del cuño o sello de la empresa y que, por tanto, se trata de reproducciones informáticas con el sistema de copiar y pegar de un documento original en el que se asentó una primera firma modelo sobre el cuño;⁵⁴ para acreditar cuándo se ha producido el envío de documentos y han tenido acceso a un servidor; o que un certificado médico sobre una supuesta enfermedad o situación no es cierto, pues se habría manipulado informáticamente otro emitido por el mismo facultativo sobre otro extremo, entre otros muchos ejemplos.

4.2. La alteración de datos contenidos en soportes o sistemas informáticos.

Cuando mencionamos las falsedades documentales no solo debemos referirnos a esas manipulaciones informáticas en documentos como tales, sino también a las falsedades en los datos o declaraciones que se efectúan, por el gran crecimiento en la utilización de todo tipo de procesadores de datos en la actividad comercial entre empresarios, particulares y la Administración.

Deben distinguirse aquí los supuestos en que la conducta falsaria provenga de las declaraciones que efectúa la persona de aquellos otros en los que la manipulación de los datos se produce directamente en un sistema informático.

Hoy en día se emplea la informática para presentar todo tipo de expedientes, declaraciones o manifestaciones ante un órgano administrativo, y la generalización del uso de ordenadores dota de mayor rapidez a la presentación y recepción de documentos, así como la llevanza de contabilidad y registro de datos por las empresas. Por ello, cualquier dato falso incorporado en esos soportes o sistemas informáticos, y que pueda incluirse en el concepto de documentos públicos, oficiales o mercantiles y de modalidades de comisión del artículo 390.1 ó 392 (en función del autor), constituye un delito de falsedad. Así, por ejemplo, incluir datos falsos en el programa informático en el que se están rellenando *online* las declaraciones de impuestos alterando, por ejemplo, los CIF o NIF en las operaciones con terceras personas,⁵⁵ o el nombre

de un arrendador al comunicar los datos del alquiler de un inmueble en el IRPF, o manipular datos en el programa contable de un taller de joyería para alterar los datos de las entradas y salidas de oro y piedras preciosas, para apropiarse de ellos;⁵⁶ o introducir datos falsos sobre facturación en el sistema contable informático de una empresa para generar cobros,⁵⁷ constituyen una alteración de elementos esenciales del documento de la modalidad prevista en el artículo 390.1.1º, pues deben reflejar la realidad de las operaciones cuya sustitución afecta a las funciones del documento antes analizadas.

También es una alteración falsaria, por ejemplo, introducir en la aplicación de cualquier aseguradora partes de siniestro de accidentes que no acaecieron para tratar de obtener la reparación de un vehículo (falsedad del apartado 2º del artículo 390.1), o manipular el listado informático de una empresa introduciendo en él nombres de personas, para conseguir, con ello, que la entidad bancaria a la que era remitido el listado emitiera pagarés a su nombre obteniendo cantidades sin haber mantenido ninguna clase de relación comercial con la empresa⁵⁸ (falsedad del apartado 3º del artículo 390.1).

Ello porque estas manipulaciones o alteraciones de los datos que se presentan en un soporte o sistema informático tienen como exclusiva finalidad introducir en el tráfico jurídico datos inveraces haciéndolos pasar por veraces, con notables consecuencias. Y, dentro de las modalidades típicas, será falsedad igual que lo era cuando esas declaraciones se rellenaban en un soporte físico y se presentaban en papel físico. En este sentido, no será típica la introducción de datos distintos, que suponga faltar a la verdad en la narración de los hechos por parte de un particular (por ejemplo, cuando se hace telemáticamente la declaración del IRPF desgravando importes irreales), ya que estaríamos hablando de faltar a la verdad en la narración de los hechos y, por tanto, modalidad de falsedad ideo-

por la inclusión de esos datos no veraces, consistentes en los números de CIF o NIF de las sociedades o de las personas físicas, partícipes de las sociedades obligadas, en las declaraciones de impuestos, que efectuaban mediante programa informático, sistema que transmitía los datos inveraces a la base de datos de la Agencia Tributaria, lo que determinaba la ocultación de la verdadera identidad de los partícipes de las distintas sociedades a la Administración Tributaria.

⁵⁴ STS 338/2019, de 3 julio.

⁵⁷ SAP de Madrid, Sección 4ª, 231/2019, de 11 de junio.

⁵⁸ STS 610/2011, de 17 junio, en la que se condenó, también, por estafa.

⁵⁴ STS 213/2019, de 23 de abril, en la que se condena por utilización de reproducciones informáticas por este sistema de copiar y pegar de un documento original en el que se asentó una primera firma modelo sobre el cuño.

⁵⁵ En este sentido, la STS 974/2012, de 5 de diciembre, condenó

lógica del artículo 390.1.4º, atípica para el particular (conforme establece el artículo 392),⁵⁹ que supone, como indican GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, “aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde, no ya con la verdad absoluta, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho”.⁶⁰ Pero sí será delictiva esa conducta cuando se elabora el soporte electrónico falso, es decir, una factura falsa, y se incorpora al procedimiento de inspección, para tratar de justificar esos gastos irreales que se habían introducido en la declaración, modalidad típica, incluso para el particular, por la elaboración ex novo de esos documentos, castigada por el artículo 390.1.2º, consistente en la simulación de un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad, porque constituyen un negocio jurídico simulado.⁶¹

En estos casos, como afirma la STS 692/2008, de 4 de noviembre, “una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico”. Por esta modalidad, por ejemplo, se condenó a una autoridad de la Hacienda Foral de Vizcaya que creó un listado informático inveraz en el que introducía nombres de contribuyentes aparentemente asignados dentro de un plan de inspección, que era objeto o iba a ser objeto de una comprobación tributaria en la que el actuario-inspector era el acusado, que no incoaba realmente ningún procedimiento y, con ello, evitar que fueran asignados a otros inspectores.⁶²

Como se observa analizando estos supuestos, en muchas ocasiones se trata de falsedades orientadas al fraude, como un medio para la comisión de otros delitos, normalmente estafas del artículo 248 o delitos

contra la Hacienda Pública del artículo 305, fraude de subvenciones del artículo 306, delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 o alzamientos de bienes (artículos 259 y siguientes). Tenemos que pararnos a examinar, en estos casos, si esta inclusión de datos falsos en un expediente puede tener la categoría de delito autónomo de falsedad documental o si estaría absorbido por el propio ilícito cometido.

En este sentido hay que considerar que, hasta ahora, refiriéndonos a los delitos contra la Hacienda Pública, el criterio mayoritario seguido por el Tribunal Supremo es el de considerar que existe falsedad documental como delito autónomo en aquellos supuestos en los que se confeccione deliberadamente un documento falso, como suelen ser las facturas que justificarían los gastos que se reflejan en una declaración a Hacienda, con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, pudiendo ser ese documento simplemente de carácter digital cuando se presenta en el expediente de inspección incoado. Si concurre con delito fiscal, nos encontraríamos con la aplicación de un concurso medial del artículo 77, pues la falsedad ha sido medio para cometer el delito contra la Hacienda Pública. En caso contrario, se sancionaría únicamente la falsedad.

A su vez, hay ocasiones en que la alteración de los datos contenidos en soportes o sistemas informáticos con esa otra finalidad defraudatoria quedaría absorbida como actos necesarios para la comisión del delito principal, sin que pueda tener entidad autónoma esa falsedad documental. Así, por ejemplo, se entendieron como actos incluidos en una trama defraudatoria de la estafa, y no como autónomos de falsedad (aunque se condenó por falsedad en las facturas emitidas), la conducta consistente en simular páginas web de una empresa estatal dedicada a la extracción y venta de mercurio, eliminando los datos de contacto auténticos y sustituyéndolos por otros, de tal manera que, cuando los clientes accedían por error a la página web alojada en el dominio similar a la empresa española (creyendo que en realidad estaban accediendo a la página web oficial de la empresa), desde esta página se les facilitaban teléfonos de contacto y direcciones de correo electrónico que correspondían a personas que actuaban en concierto con otras que habían creado la página web.⁶³

⁵⁹ STS 211/2014, de 18 de marzo y ATS 2322/2019, de 7 de febrero.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, Edisofer, Madrid, 2017, p. 249.

⁶¹ Vid. Acuerdo Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999 y SSTs 35/2010, de 4 de febrero, 1197/2009, 1 de diciembre, 324/2009, de 27 de marzo, 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce, 417/2010, de 7 de mayo, 280/2013, 2 de abril, 120/2016, de 22 de febrero y 425/2021, de 19 de mayo. De hecho, aunque se trate de documentos privados, como afirma la STS 64/2019, de 6 de febrero, no puede confundirse la impunidad de la falsedad ideológica de faltar a la verdad en la narración de los hechos con la acción de simular un documento inexistente.

⁶² STS 309/2012, de 12 de abril.

⁶³ STS 92/2017, de 16 febrero.

Por otro lado, dentro de la alteración de datos en sistemas informáticos, encontraremos, también, aquellas conductas más complejas y para las que se requieren específicos conocimientos informáticos (bien del autor de la falsedad, bien de un tercero partícipe del delito) y, por supuesto, una prueba pericial informática más exhaustiva y compleja para acreditar los hechos.

Me refiero a la manipulación y alteración de datos directamente en los soportes o sistemas informáticos que los contienen, a los que se conseguirá acceder ilícitamente, o bien empleando las contraseñas de acceso de otra persona, ya sea abusando de su confianza u obteniéndolas de forma irregular. Por ejemplo, acceder a la plataforma de un instituto o Universidad para modificar las calificaciones de una persona o modificar informáticamente los resultados de los exámenes en las oposiciones convocadas;⁶⁴ alterar los datos de carácter médico de los distintos pacientes y que permanecen en los discos de memoria del sistema de intranet del centro hospitalario⁶⁵ o modificar a conveniencia el estado de expedientes sancionadores administrativos en una Administración Pública o la adjudicación de viviendas de protección oficial.⁶⁶

En estos casos habría que aplicar, nuevamente, un concurso medial de delitos del artículo 77, entre el de falsedad documental y, en el caso de que se haya producido un acceso ilícitamente obtenido, el previo delito contra la intimidad que es medio para cometer el primero. Es decir, si el acceso es ilícito a un conjunto o una parte de un sistema de información, por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, se debe sancionar, también, por el artículo 197 bis, apartado 1.

Y, si el acceso para modificar esos datos se realiza por utilizar las contraseñas de otra persona, bien que han sido adquiridas para su uso falsario, o producidas u obtenidas de cualquier otro modo, o se ha obtenido un programa o software concreto para ello, la sanción sería por el delito previsto en el artículo 197 ter, que castiga al que, sin estar debidamente autorizado, “produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”. En este caso, como vemos, también se incluye la sanción del tercero que facilita esa contraseña o la produce o crea el programa de ordenador para producirla.

Y, por último, también están aquellas alteraciones de datos que se producen en esos otros documentos electrónicos a los que me he referido dado el tenor del artículo 26, en relación con otro tipo diferente de documentos, como pueden ser los datos obrantes en una grabación de audio, video, cinematográfica, en una web, en un disco duro interno o externo, en una tarjeta o cualquier otro soporte de carácter digital que se encuentre en soportes o sistemas informáticos diferente a los clásicos. En este caso, la alteración de su contenido constituiría, también, delito de falsedad documental, que, dependiendo del carácter del autor y del destino del documento, se sancionará por uno u otro precepto de los previstos en los artículos 390 y siguientes y si, además, la alteración se realiza utilizando artificios o instrumentos técnicos para interceptar transmisiones no públicas de datos, sin estar debidamente autorizado, se aplicaría el precepto previsto en el artículo 197 ter, apartado b) en concurso medial con la falsedad.

En estos casos tendríamos, por ejemplo, supuestos como cortar fragmentos de una declaración judicial o una intervención telefónica contenidas en el expediente electrónico de un procedimiento para evitar que algún fragmento se pueda reproducir en el Juicio Oral, o introducir en una web o en un soporte video-gráfico contenidos irreales para que sean tomados por auténticos. Así, la STS 1066/2009, de 4 de noviembre,

⁶⁴ STS 1980/2000, de 25 de enero, caso Osakidetza, en el que se manipularon en una primera fase los resultados de los exámenes de una oposición convocada por el Servicio Vasco de Salud.

⁶⁵ En la SAP de Málaga, Sección 7ª, Melilla 26/2010, de 11 de octubre, se aprovecha el hecho de estar el terminal u ordenador encendido y el programa o aplicación informática abierta con la clave de un compañero, a la sazón jefe del servicio de Microbiología, para alterar los resultados de algunos de los resultados que visiona y visarlos, bajo la autorización o clave del compañero.

⁶⁶ STS 539/2015, de 1 de octubre, que castiga por falsedad en documento oficial las manipulaciones informáticas realizadas en los expedientes por parte de varias personas empleados de una empresa autorizada para acceder a las bases de datos de expedientes adjudicatarios de las viviendas de protección oficial del IVIMA, manipulado la titularidad de la adjudicación a favor de otras personas.

señala que el disco duro es el soporte material de las actas de juicios consideradas como documentos públicos y, por tanto, pueden ser falsificadas y también serían documentos manipulables a efectos penales, por tanto, las imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de grabación y/o filmación u otros semejantes (que serían considerados oficiales, públicos, mercantiles o, simplemente, privados) cuando en ellos se comentan algunas de las falsedades previstas.

Por último, es necesario deslindar estos comportamientos del delito de daños del artículo 264 al que me he referido antes, pues en él se sanciona, también, la conducta consistente en alterar datos o programas informáticos o documentos electrónicos ajenos. Sin embargo, considero que toda alteración que implique una mutación de la verdad del documento y que afecte a las funciones del mismo y, además, se realice con la intención de que los datos alterados sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, debe ser objeto de sanción por los delitos de falsedad documental de los artículos 390 y siguientes, y no en el delito de daños, porque en realidad la mera manipulación del documento no afecta a ningún elemento patrimonial. Así lo manifestó ya ROVIRA DEL CANTO al afirmar que es, precisamente, el elemento subjetivo del tipo lo que incide en la diferenciación de la actividad manipuladora informática, que se subsumiría en el delito de falsedad, del sabotaje informático en que la acción del sujeto va destinada a la producción de daños.⁶⁷

4.3. La falsedad del certificado digital o firma electrónica

Otra falsedad documental que puede llevarse a cabo es la falsificación de la firma o certificado electrónico de una persona física y de los sellos electrónicos de las personas jurídicas, que permiten garantizar la autenticidad e integridad de documentos tales como facturas electrónicas, lo que genera un grave problema sobre la autenticidad de los documentos e implicará conocimientos técnicos informáticos de carácter específico por el cibercriminal.

La aparición en el tráfico jurídico de la firma electrónica representó una revolución. El Real Decreto-ley

14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, sustituido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y actualmente derogado por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (que traspone a nuestra legislación el Reglamento UE 910/2014), caracterizan la firma electrónica como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, ya sea un persona física o jurídica. En el artículo 3.1 de la última Ley se establece que “los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”.

Por tanto, un documento electrónico falsificado mediante artificios informáticos suplantando la firma electrónica de un usuario, o realizando manipulaciones informáticas en los prestadores de servicios electrónicos de confianza, tiene unas graves consecuencias en el tráfico jurídico.

Las características de la firma digital, por su propia definición, son la autenticación en origen, es decir, que el autor de la firma es perfectamente identificable, y su integridad, es decir, que el documento o mensaje no se verá alterado tras su firma. Pero en relación con esto nos encontramos con una diferencia muy relevante con la firma de puño y letra, y es que la firma electrónica auténtica no necesita ser plasmada en el documento digital por su verdadero titular, sino que puede hacerlo cualquier persona que la tenga instalada en el ordenador o en el navegador web y conozca la contraseña que, incluso, puede no haberlo configurado para que la exija. Y en aquellas plataformas o prestadores de servicios de firma digital (como DocuSign, Verifirma, Signaturit, Viafirma y muchas otras)⁶⁸ ni siquiera hace falta la instalación, pues basta con conocer los datos de usuario y contraseña para

⁶⁷ Vid. ROVIRA DEL CANTO, E.: “Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática”, en LÓPEZ ORTEGA, J.J. (director): *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, p. 501.

⁶⁸ Como establece el art. 13 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, estos prestadores de servicios electrónicos de confianza deben velar por la seguridad de la información y, a estos efectos, notificar al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital las violaciones de seguridad o pérdidas de la integridad señaladas en el artículo 19.2 del Reglamento (UE) 910/2014, sin perjuicio de su notificación a la Agencia Española de Protección de Datos, a otros organismos relevantes o a las personas afectadas, además de tomar las medidas necesarias para resolver los incidentes de seguridad que les afecten.

firmar electrónicamente documentos. En este sentido, resultaría mucho más complicado de acreditar que la voluntad del titular de la firma nunca ha sido suscribir o firmar ese documento, pues realmente se ha efectuado con sus datos de identificación.

Es decir, no es que se falsifique el certificado digital, lo que resulta muy complejo, pues está realizado por un procedimiento criptográfico asimétrico que hace uso de claves públicas y privadas generadas por un algoritmo, sino que quien utiliza la clave privada no es el verdadero titular, produciéndose una auténtica falsedad de firma pues, como afirma MATA MARTÍN,⁶⁹ concurre un problema de autoría real al plasmarla, pues no existe coincidencia entre la presencia de la firma digital y la voluntad real de firma del titular de la clave privada.

Pensemos, por ejemplo, en el empleo de la técnica de phishing para instalar un malware en el ordenador de un empleado de una multinacional y a continuación, sin que el usuario se percate, el cibercriminal utiliza su firma digital y el sello de la persona jurídica o la del Director Financiero o, incluso, del representante, para plasmarla en un documento con cualquier finalidad, ya sea defraudatoria o declaratoria de voluntad. O cuando esto mismo ocurra en el ordenador de un funcionario de cualquier Administración Pública para lograr la firma y sello electrónico de un documento público (quien ha solicitado, por ejemplo, una subvención, o quien en un Ayuntamiento está esperando una licencia de construcción o de actividad o cualquier acto público o quien modifica la consideración de una finca, de rústica a urbana).⁷⁰ O hacer lo mismo en un usuario particular y utilizar, después, la firma electrónica desde su ordenador para solicitar un préstamo digitalmente o para abrir una cuenta corriente e ingresar en ella dinero proveniente de actividades ilícitas, para evitar ser descubierto el verdadero autor.

De hecho, por haberse detectado estas brechas de seguridad en el empleo de la firma digital, se están

implementado programas más avanzados para exigir un doble check a la firma digital, como el Víafirma, la autenticación multifactorial (MFA), las opciones móviles como el escaneo de huellas dactilares y el reconocimiento facial, o las contraseñas de un solo uso entregadas a través de una aplicación de autenticación móvil o un mensaje SMS.⁷¹

Pues bien, en estos casos, igual que ocurría en los años 80 con las manipulaciones informáticas que se produjeron para cometer fraudes, que al no estar expresamente previstas, se absolvía cuando se efectuaban transferencias de fondos en la banca *online*, porque no entraban dentro del concepto clásico de estafa, al no llevarse a cabo ningún engaño (pues se utilizaban las contraseñas correctas del titular de la cuenta haciendo creer a la máquina que quien estaba realizando esa transferencia era el verdadero titular), podríamos encontrarnos aquí con una situación similar, pues al plasmar la firma electrónica con los datos correctos del titular, realmente no se estaría cometiendo una falsedad clásica porque no se está imitando o suplantando la firma, sino que lo que se está llevando a cabo es una manipulación informática previa para suplantar la identidad en un documento y generar falsedad en el mismo.

Es obvio que este comportamiento podría sancionarse por la mera suplantación de identidad del artículo 401, pero se dejaría, a mi juicio, sin castigo el ataque a la veracidad del documento, que entra en el tráfico jurídico como auténtico y se le dota de plena eficacia cuando no es así.

Como conclusión, podríamos considerar el hecho de que el concepto de documento se ha ampliado a cualquier soporte y se requiere que este tenga como contenido esencial una declaración, unos datos que deben considerarse auténticos y veraces para surtir efectos en el tráfico jurídico. Por ello, como vengo indicando, considero necesario introducir un apartado específico en los delitos de falsedad que incluya, expresamente, la sanción por estos delitos a quien utilice para cometer cualquiera de las falsedades descritas en el apartado 1 del artículo 390 cualquier tipo de manipulación informática y la lleve a cabo en cualquier tipo de soporte informático o electrónico, lo que incluiría no solo esta suplantación de identidad en la

⁶⁹ Vid. MATA Y MARTÍN, R.M., ob. cit., p. 167.

⁷⁰ De conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, “todos los sistemas de identificación, firma y sello electrónico previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tendrán plenos efectos jurídicos. Además de ello, vid. el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

⁷¹ En este sentido, DE PRADA GUAITA, V.M., ob. cit., pp. 177 y 178, enumera una serie de técnicas para identificar al usuario del ordenador.

firma digital sino las manipulaciones con programas informáticos para modificar o alterar los documentos a que antes me he referido. Y ello sin perjuicio de las aplicaciones concursales que procedan.

No se entiende que se haya incluido por Ley Orgánica 1/2015, en el artículo 400, la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores (no solo falsedad informática, sino la falsificación de moneda), y no se incluyan específicamente las falsedades mediante alteraciones o manipulaciones informáticas con una pena más agravada a las falsedades clásicas.

5. La falsedad de certificados electrónicos

Asimismo, el Código Penal español sanciona la alteración o falsedad de certificados cuando se realiza en un soporte electrónico, ya sea por facultativo (artículo 397), por autoridad o funcionario público siempre que no esté comprendido en el artículo 390, es decir, cuando tiene “escasa trascendencia en el tráfico jurídico” (artículo 398) o por un particular (artículo 399.1), o su mero uso, aunque no se haya intervenido en su confección o traficar con ella (artículo 399.2), con independencia del país que sean las certificaciones y se hayan realizado o adquirido en cualquier lugar, porque lo relevante a los efectos de este tipo penal es que sean usados en España (artículo 399.3).

Lo primero que tiene que analizarse es el concepto de certificado. Por tal debe entenderse todo documento que advere algo, como los certificados de facultativo (un certificado de baja laboral, de defunción, o de enfermedad o situación de incapacidad o dependencia, que se elaboran electrónicamente); los emitidos por el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil⁷² o cualquier otro Registro oficial (como el de antecedentes penales) excepto los que excluye el propio artículo 398, que se refiere a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública (que siempre se va a sancionar conforme al artículo 390); los certificados de organismos como una Denominación de Origen, en relación con las tirillas o contraetiquetas de los vinos;⁷³ o los certificados de notas de

cualquier Universidad o academia, del Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma y muchos otros.

En este sentido, existen multitud de páginas web extranjeras que son usadas para conseguir certificados falsos en Internet que luego se usan en España y, al hilo de esto, sería sancionable quien, para obtener un puesto de trabajo con menores en un colegio, elabora un certificado falso del Registro de Delincuentes Sexuales, en el que, cogiendo un modelo original en formato digital en el que no constan antecedentes, se introduce el nombre y apellidos de una persona que realmente sí los tiene, siendo descubierto porque, después, ha sido detenido por pornografía infantil y se observa que tenía condenas en otro país por delitos sexuales.

Pero a veces no es fácil diferenciar la falsedad en los certificados de este artículo 398 de la falsedad en documento oficial del artículo 390, y por eso, la jurisprudencia española tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión, declarando que “sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados”,⁷⁴ lo que motivó que, en el propio precepto, se haya incluido, para considerarlo tipo atenuado, la circunstancia de que el documento tenga escasa trascendencia en el tráfico jurídico.

6. La falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje mediante programas informáticos

Asimismo, el legislador español admite que las tarjetas de crédito, cuya falsificación requiere una manipulación informática de las bandas magnéticas, son documentos a efectos penales y se sanciona en el artículo 399 bis del Código Penal español.

En este sentido, debe distinguirse la falsificación de tarjetas de crédito y débito prevista en ese precepto,⁷⁵ que se refiere al objeto o corporeidad en sí

⁷⁴ SSTs 27 de diciembre de 2000, 417/2010, de 7 de mayo, 4/2015, de 29 de enero, 608/2018, de 29 de noviembre, y 245/2020, de 27 de mayo.

⁷⁵ Antes de la incorporación de este precepto por la Ley Orgánica 5/2010, se sancionaba esta alteración conforme lo dispuesto en el artículo 386, pues se consideraba moneda falsa. Así entendió el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional TS de 28 de junio de 2002 que “las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de ‘dinero de plástico’, que el art. 387 del Código penal español equipara a la moneda, por lo que la incorporación

⁷² STS 2001/2000, de 27 de diciembre.

⁷³ SAP de Ciudad Real 18/2007, de 25 de junio.

misma de la tarjeta, de la modalidad de fraude o estafa informática con tarjetas (el denominado carding) descrito en el artículo 248.2c) del referido Código Penal, referida a los datos y componentes o al uso de tarjetas auténticas por personas diferentes al titular y que, precisamente, fue introducido en nuestra legislación con la reforma operada en 2010 como modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, y realizando con ello operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. Ambos delitos pueden concurrir conjuntamente y en régimen de concurso real, como es el caso de instalar un dispositivo en un cajero de una entidad financiera para que el delincuente obtenga los datos de las tarjetas originales, con los que confeccionaba tarjetas falsas para, después, efectuar diversas compras y usarlas.⁷⁶ Por otro lado, habrá concurso de normas cuando no se interviene en la falsificación pero se usan, a sabiendas de su falsedad, pues tanto el artículo 399 bis apartado 3 como el artículo 248.2c) sancionarían la misma conducta.⁷⁷

Este tipo penal afecta a la alteración, copiado o reproducción que puede efectuarse por cualquier programa informático de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje o a su tenencia para su distribución o tráfico, que es igualmente equiparada a la falsificación misma. En este tipo penal se sancionaría, como afirman SANCHÍS/VELASCO, “la incorporación de identidades ficticias, como suele ocurrir cuando se adosa el nombre del “pasador” usuario a la tarjeta inauténtica misma, y composición sobre soportes reales —plásticos— con suplantaciones de personalidad”.⁷⁸

7. El tráfico con documento de identidad falso

Al hilo de la firma electrónica o documento de identidad digital debemos analizar, también, el tráfico con estos documentos o el uso de ellos, a sabiendas, que

a la ‘banda magnética’ de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código penal”.

⁷⁶ STS 330/2014, de 23 de abril, que condenó por falsedad de tarjetas de crédito en concurso con un delito continuado de estafa y falsedad en documento mercantil, entendiéndose que cabe aplicar el concurso real, al atacar bienes jurídicos diferentes. Vid, también, STS 515/2019, de 29 de octubre.

⁷⁷ SSTs 971/2011, de 21 de septiembre, y 998/2016, de 17 de enero.

⁷⁸ Cfr. SANCHÍS CRESPO, C./VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 113.

sanciona el artículo 392.2 y que puede realizarse a través de las nuevas tecnologías, en la dark web, en la que existen organizaciones criminales que compran y venden todo tipo de documentos de identidad falsos. Ese tráfico se sanciona cuando el documento es nacional o perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o cuando haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España. Obviamente, cuando ese tráfico se produce en el ciberespacio, para acreditar que es en España donde se trafica se determinará a través de la identificación del correspondiente envío del documento en una dirección IP española.

El documento nacional de identidad tiene la consideración de documento oficial⁷⁹ y, por ello, antes de la reforma de 2010 (pues este precepto fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010) se sancionaba en el artículo 393 la conducta de utilización de documento nacional de identidad falso por parte de persona distinta a su falsificador cuando se cumplían los requisitos del tipo. Sin embargo, la introducción de este precepto amplió las posibilidades de sanción penal, por considerar esta práctica habitual de hacer uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso o traficar con él, “intolerablemente extendida”, como afirmaba el Preámbulo de la citada Ley Orgánica, lo que se realizaba, cada vez más, con programas informáticos que reforzaban la apariencia de veracidad del documento.

En este precepto, el artículo 392.2, se sanciona como acto de tráfico el que se produzca “de cualquier modo”, por lo que quedan comprendidos en él conductas como la venta, distribución, donación o mero envío por cualquier formato digital o electrónico de ese documento de identidad falso, obtenido por cualquier medio.

Y el art. 400 bis establece que también se entenderán por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello, en los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399.

⁷⁹ STS 2015/2001, de 29 de octubre.

8. Otras falsedades

Finalmente, el artículo 394 sanciona la conducta de la autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación (como delito especial) que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios o el que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro. En esta conducta no entra únicamente, por tanto, el despacho telegráfico, cada vez más en desuso, sino cualquier otro despacho propio de los servicios de telecomunicación, como podría ser una comunicación o conversación transmitida.

Y el artículo 400 adelanta la barrera de protección sancionando una conducta de consumación anticipada que afecta únicamente a las falsedades documentales en sentido amplio, al condenar actos preparatorios como la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos mencionados, equiparando la sanción a la de los autores.

Considero que el Legislador, que en este artículo es en el único que incluye el término “informática” en las falsedades, eleva innecesariamente y de forma desproporcionada la sanción penal a personas que no intervienen ni materializan la falsedad simplemente por el hecho de fabricar, o incluso, poseer un programa informático para cometer un delito de falsedad documental. No tiene sentido que para la sanción en los delitos de falsedad se exija que la alteración tenga consecuencias en el tráfico jurídico, como se ha indicado, no considerándose punibles los meros borradores o documentos que no trascienden a terceros y, por el contrario, se sancione la mera tenencia de un programa que permita realizar una falsedad informática, porque podríamos castigar, entonces, a toda la población que cuenta con un editor de pdf con el que otra persona lleva a cabo esa falsificación, ya que es difícil deslindar cuáles de esos programas están “específicamente destinados” a la comisión de estos delitos de forma exclusiva.

9. Bibliografía

- ALONSO DE ESCAMILLA, A./MESTRE DELGADO, E.: “Tema 21. Falsedades”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del derecho penal*, 7ª edición, Dykinson, 2022.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J.M.: “Los delitos de falsedad y los documentos generados electrónicamente. Concepto procesal y material del documento: nuevas tecnologías”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993.
- AYALA CRUZ, B: *La necesidad de modificar y ampliar los delitos informáticos inmersos en el art. 363 bis y ter del Código penal boliviano y la legislación comparada*, UNSS, Cochabamba, 2021.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (4) 2002.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada, 2000.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CASTAÑEDA, R.R.E/RAMÍREZ, H.H.F./LORZO, E.M.C.: “Los delitos cibernéticos en Chile, México y Colombia. Un estudio de Derecho Comparado”, en *Ius Comitiãlis*, 2021, vol. 4, nº 8, pp. 252-276.
- CORCOY, M./JOSHI, U.: “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, *RJCat*, 1988, nº 3, pp. 679-700.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: “El valor procesal del correo electrónico tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (Sala Cuarta)”, *Diario La Ley*, nº 9811, de 16 de marzo de 2021, en línea.
- DE PRADA GUAITA, V.M.: “El documento informático y la seguridad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, número extraordinario 1992, XX Congreso Internacional del Notariado Latino.

- DE URBANO CASTRILLO, E.: “El documento electrónico: aspectos procesales”, en LÓPEZ ORTEGA, J.J. (director): *Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pp. 525 a 612.
- GARCÍA CANTIZANO, M.C.: *Falsedades documentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- GARCÍA VALDÉS, C./MESTRE DELGADO, E./ FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª edición, Edisofer, Madrid, 2017
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Delitos de falsedades”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.) *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo 1, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Tratamiento Penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, *Poder Judicial*, número especial IX, Nuevas formas de delincuencia, pp. 39-52.
- MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- MAYER LUX, L./VERA VEGA, J.: “La falsificación informática: ¿un delito necesario?”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, nº 1, 2022, pp. 261-286.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, 23ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1987.
- ROVIRA DEL CANTO, E.: “Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática”, en LÓPEZ ORTEGA, J.J. (director): *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001.
- SANCHÍS CRESPO, C./VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999.

El retribucionismo categórico en la teoría kantiana de la pena*

Alejandro Nava Tovar

Doctor en Filosofía por la Universidad Autónoma Metropolitana-Campus Iztapalapa y Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Miembro de Sistema Nacional de Investigadores. Código ORCID: orcid.org/0000-0002-5770-5998.

RESUMEN: Este artículo pretende explicar la teoría kantiana de la pena, a partir de lo que Immanuel Kant sostiene en *La Metafísica de las costumbres (Die Metaphysik der Sitten)* para saber si es una teoría retribucionista o una teoría mixta, como es sostenido recientemente por diversos autores. Para llevar a cabo este objetivo, hago una lectura de los pasajes principales en los que Kant alude al derecho penal y posteriormente expongo la recepción filosófica-penal que ha tenido su teoría. Finalmente concluyo que una lectura directa de Kant difícilmente puede derivar en una teoría que no sea retribucionista.

PALABRAS CLAVE: Kant, retribucionismo, imperativo categórico, pena.

ABSTRACT: This article aims to explain the Kantian theory of punishment, based on what Immanuel Kant maintains in the *Groundwork of the Metaphysics of Morals (Die Metaphysik der Sitten)*, in order to know whether it is a retributionist theory or a mixed theory, as it is recently maintained by several authors. To carry out this objective, I read the main passages in which Kant alludes to criminal law and then I expose the philosophical-criminal reception that his theory has had recently. Finally, I conclude that a direct reading of Kant can hardly lead to a theory that is not retributionist.

KEYWORDS: Kant, retributionism, categorical imperative, punishment.

Rec: 30/08/2022 | Fav: 03/01/2023

* Agradezco a Ilse Carolina Torres Ortega por la lectura cuidadosa y las observaciones críticas que hizo del borrador de este artículo.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Los fundamentos de la teoría kantiana de la pena. Libertad, responsabilidad y coacción 3. La teoría absoluta de la pena de Kant 4. Consideraciones críticas sobre la teoría kantiana de la pena 4.1. La recepción filosófica-penal: la teoría mixta 4.2. La recepción dogmática-penal: un retorno a la imputación 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción

De los tres filósofos del idealismo alemán que escribieron sobre la pena, sin duda Immanuel Kant es quien ha tenido la suerte de ser el que más ha llamado la atención, tanto por la comunidad jurídica como por la filosófica. A diferencia de la filosofía jurídica hegeliana, que ha sido ignorada por buena parte de la comunidad filosófico-jurídica,¹ y la fichteana, que todavía permanece fuera del campo de la reflexión jurídica, la filosofía kantiana del derecho ha tenido un recibimiento notorio y continuo tanto por filósofos como juristas en casi todos sus aspectos fundamentales, como es el caso de su teoría de la pena. En este tenor, la “teoría penal de Kant es un producto vehementemente cuestionado del Derecho Natural moderno y de la específica teoría jurídica en el campo de gravitación del imperativo categórico” (Brandt, 2001). La comprensión kantiana de la libertad como autonomía, la cual “presupone que somos agentes racionales cuya libertad trascendental nos saca del ámbito de la causalidad natural” (Schneewind, 2017), no solamente se erige como el punto de partida del sistema moral kantiano, sino que tiene consecuentes importantes para la comprensión de la pena en este sistema.

Ahora bien, esta recepción de la teoría kantiana de la pena no está libre de problemas y debates en torno a su interpretación adecuada. A partir del estudio de diversos parágrafos de sus *Fundamentos metafísicos*

de la doctrina del derecho (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*), contenidos en la primera parte de *La metafísica de las costumbres* (*Die Metaphysik der Sitten*) se asume la tesis del retributivismo, según la cual la doctrina penal kantiana es puramente retributiva, con todo lo que ello implica, a saber, que se trata de una doctrina “primitiva, antiilustrada y bárbara” (Byrd, 1989). Incluso, no es de extrañar que coetáneos y seguidores de Kant vieran en su teoría de la pena “la expresión acaso más emblemática del contenido decepcionante de la *Doctrina del Derecho* y de su modo de exposición conciso, torpe y desaliñado; deficiencias que atribuyeron al supuesto desconocimiento kantiano de la ciencia jurídica más reciente y a la senilidad propia de un escritor septuagenario” (Hernández, 2016). Incluso, H. L. A. Hart, el gran positivista jurídico inglés, se refirió en sus escritos de filosofía del derecho penal a Kant como un retribucionista (Hart, 2019).

En virtud de que la filosofía kantiana del derecho penal es considerada puramente retributiva, es vista con cautela por diversos penalistas, quienes prefieren adherirse al pensamiento penal ilustrado de César Beccaria. Ya en su momento Ulrich Klug, político alemán y especialista en lógica y filosofía del derecho, en un ensayo que tenía como título “Despedida de Kant y Hegel” (*Abschied von Kant und Hegel*). (Klug, 1968), pedía liberar a la dogmática jurídica alemana de la carga metafísica del idealismo alemán. En ese momento, confirma Polaino-Orts, “el concepto de retribución (*Vergeltung*) comenzó a labrarse gran parte de la mala prensa que aun hoy lo mantiene mayoritaria (e injustamente) relegado —parafraseando a Rudolf Von Ihering— en el cielo (o en el infierno) de los conceptos jurídicos” (Miró Linares, y otros, 2013). Si bien es cierto que diversos aspectos de la filosofía kantiana del derecho son objeto de elogio en la comunidad académica, como es el caso de la paz en las relaciones internacionales, particularmente su visión del derecho penal, así como su rechazo al

¹ A modo de ejemplo, Jean-François Kervégan señala que, en las dos obras más influyentes del siglo xx en este campo, a saber, la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y el *Concepto de derecho* de H. L. A. Hart, se nombra a Hegel solo una vez en la primera y ni una vez en la segunda, mientras que en el *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, se nombra a Hegel solamente seis veces (Kervégan, 2016). Sobre este alejamiento de los filósofos del derecho de la filosofía jurídica hegeliana puedo suponer que se debe a dos cuestiones. La primera razón es la imposibilidad de estudiar el pensamiento hegeliano sin considerar sus fundamentos filosóficos, siempre oscuros para quienes hacen filosofía del derecho desde el derecho mismo, y la segunda razón es la asociación falaz de las ideas de Hegel a teorías políticas de corte autoritario, la cual todavía persiste hasta hoy.

derecho de resistencia (*Widerstandrecht*), son objeto de una crítica aguda.²

La teoría kantiana de la pena se encuentra elaborada en la obra *Metafísica de las costumbres*, en la cual expone su filosofía jurídica en tanto parte general de su sistema y componente de su filosofía práctica, entendida como la articulación de la moral, la política y el derecho. La *Metafísica de las costumbres* ha sido considerada como la obra de un Kant senil, y a veces es hecha a un lado en el análisis de su filosofía práctica. Del mismo modo, el concepto de “metafísica” suele oscurecer las reflexiones jurídicas al asociar este concepto a ideas y entidades trascendentes a la razón humana, esto es, ideas y entidades últimas que no pertenecen ni al mundo natural ni al humano. Pero esta interpretación dista de explicar la totalidad de este concepto en Kant.

Por “metafísica de las costumbres”, Rainer Zaczyk, penalista de orientación kantiana, sostiene que Kant alude al hecho de que al considerar el actuar humano como un objeto de reflexión, “entonces se han de deducir en pasos concretos los presupuestos y las condiciones que configuran su actuar como actuar propio” (Zaczyk, 2010). Así, la parte de la metafísica dedicada al derecho concentrará las reflexiones de Kant en torno a la autodeterminación del sujeto en el orden jurídico que se ha dado a sí mismo. Así, la pena en Kant se vuelve dependiente de la concepción de derecho que tiene Kant, y esta concepción está fundamentada en la libertad. Este será el punto de partida de esta reflexión sobre la pena en Kant.

2. Los fundamentos de la teoría kantiana de la pena. Libertad, responsabilidad y coacción

Algunos autores pretenden hacer depender la concepción kantiana de la pena del concepto de derecho, el cual tiene su fundamento en la libertad, 2019; Merle, 2009, entendida como autonomía. Esta conexión es plausible para comprender tanto la pena como la imputación para la persona que comete un delito. También, esto podría dificultar el entender el senti-

do kantiano de la pena en términos meramente retributivos, tal y como reza la lectura tradicional, que, me parece, sigue siendo la correcta. Por esta razón considero que el punto de partida adecuado reside en el concepto kantiano de derecho y el concepto de su principio universal. En los párrafos B y C Kant da ambas definiciones:

§ B ¿Qué es el derecho?

Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el libro del otro según una ley universal de la libertad.

§ C Principio universal del derecho

Una acción es *conforme a derecho* cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal. (Kant, 2016)³

Para Kant, el derecho tiene un sentido normativo, basado en la conciliación de la libertad universal. La acción externa de las personas, de la misma manera, es conforme a derecho si permite la coexistencia de la libertad de cada persona según una ley universal. El concepto de derecho de Kant, así, está vinculado con la libertad de las personas de adecuar su manifestación de acciones externas según leyes universales de la libertad. Esto permite vincular la autodeterminación de las personas con su responsabilidad por hechos atribuidos a su actuar externo. Esto no es otra cosa que la doctrina de la imputación, de suma relevancia para la moderna teoría del delito. Esta es definida por Kant del siguiente modo:

Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria s. valida*), en caso contrario, solo una imputación *dictaminadora* (*imputatio diiudicatoria*). —La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex s. forum*). (Kant, 2016)

² Para una visión diferente del derecho de resistencia en Kant, consistente en la denegación del derecho de resistencia a partir de la lectura de sus escritos no publicados, véase, Von der Pfordten, Dietmar, “Kant on the Right of Resistance”, en Merle, Jean-Christophe y Travessoni Gomes Trivisonno, Alexandre (eds.), *Kant's Theory of Law*, Stuttgart, Nomos, 2015, 101-118 y Alexy, Robert, “Kant's Non-Positivist Concept of Law”, en *Kantian Review*, 24, 4 (2019): pp. 497-512.

³ Para efectos de este ensayo me basaré en la presente traducción, hecha de forma excelente por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. No obstante, en algunos pasajes vinculados con la pena intentaré adecuar algunos conceptos.

Esta definición de la imputación es relevante para quienes estudian la teoría del delito, en cuanto está asociada a la libertad y a su posibilidad de ser atribuida judicialmente. Fernando Miró, por ejemplo, define a la imputación “como un juicio de responsabilidad que permite afirmar que algo, como acción, es considerado un hecho al ser atribuido a un agente, así como que lo realizado y comparado con la ley, puede ser atribuido como demérito al sujeto que lo ha llevado a cabo” (Miró Linares, y otros, 2013). La concepción kantiana de imputación normativa, extraída de este fragmento, ha sido analizada con detalle en la obra de Pablo Sánchez-Ostiz (Sánchez-Ostiz, 2008) y más en general en algunos ensayos traducidos de Joachim Hruschka (Hruschka, 2009). Sobre el último autor volveré más adelante.

La autonomía del sujeto moderno está vinculada a principios de justicia que permitan el ejercicio de libertades de todas las personas. Esto puede provocar conflictos en el ejercicio de la libertad de las personas. El ejercicio de la libertad de una persona puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de las demás. Esta es, en cierta manera, un adelanto del reproche de la ética hegeliana a la ética kantiana (Hegel, 2013).⁴ No obstante, en el terreno del derecho no basta la convicción o aceptación interna, como sí lo es para los deberes de virtud en el terreno de la moral. El derecho necesita de una dimensión coercitiva. Kant reconoce, al igual que Alexy, que el derecho tiene una doble dimensión (Alexy, 2021). Una dimensión ideal, basada en principios de justicia, y una dimensión real, basada en la coerción. Kant vincula así al concepto y principio de derecho con la facultad de coaccionar en los siguientes dos párrafos. Cito pasajes de ambos párrafos:

§ D El derecho está ligado a la facultad de coaccionar. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*Unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a lo que *obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales.

§ E El derecho estricto puede representarse también

⁴ Para un análisis más desarrollado de las tres formulaciones de la crítica de Hegel a la filosofía moral kantiana, véase, Amengual, Gabriel, *La libertad en su realización. La filosofía del derecho de Hegel*, Granada, Comares, 2021, pp. 104-119.

como la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales

Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por tanto, sólo puede llamarse derecho *estricto* (restringido) al derecho completamente externo [...] Por consiguiente cuando se dice un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual, por tanto, también con la suya, según una ley externa universal: derecho y facultad de coaccionar significan pues una y la misma cosa. (Kant, 2016)

El hecho de que Kant conecte al derecho con la coacción no solamente refleja la posibilidad de imposición del derecho en su dimensión real, sino que tendrá consecuencias sobre todo para su fundamentación de la pena. Para Kant la coerción externa del derecho no es solo aceptable, sino también racionalmente necesaria o justificable (Colomer, 2015). Esto encuentra fundamento en la idea de que la libertad no puede dejarse a la lógica del estado de naturaleza, sino que debe estar asegurada por el Estado y por el derecho público. Coincido con Francisco Cortés en señalar que la posibilidad de imponer una pena “límite en un grado importante la libertad del ofensor. Tal limitación de la libertad del ofensor es aceptable porque asegura no volver al estado de naturaleza” (Cortés, 2020). Diversas acciones externas de los individuos pueden poner en riesgo al orden social y por tanto es necesario el derecho público. De ello se desprende que la motivación para actuar por respeto al derecho “no descansa en la posible aprobación de cada miembro como legislador universal, como es el caso de la legislación moral, sino que es coactiva. Comprender el sentido de este momento coactivo del derecho es esencial para entender su idea del derecho penal” (Cortés, 2018).

De este modo, si el derecho y la facultad de coaccionar significan una y la misma cosa, entonces se puede fundamentar el derecho penal, con sus respec-

tivas sanciones, a partir de la justificación misma del Estado. Así, la filosofía moral kantiana es conectada con su filosofía del Estado, a tal grado que la pena estará fundamentada en el imperativo categórico, escapando así de cualquier otro tipo de fundamento que vea a la pena como un medio y no como un fin. Después de analizar estos fundamentos inherentes al sistema jurídico kantiano, explico y evalúo el fundamento kantiano de la pena.

3. La teoría absoluta de la pena de Kant

Kant comienza el desarrollo de su teoría de la pena en el apartado E de la observación general sobre el derecho público. En el inicio del apartado Kant define al derecho penal del siguiente modo: “[E]l derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquel que está sometido, de imponerle un dolor por su delito” (Kant, 2016). En esta definición Zaczyk encuentra tres conceptos relacionados entre sí que merecen ser analizados, a saber, los conceptos de “mandatario” (*Befehlshaber*), “súbdito” (*Untertwürger*) y “dolor” (*Schmerz*) (Zaczyk, 2010).

El “mandatario” es aquel soberano supremo del Estado que no puede ser castigado, una concepción que, evidentemente, a la luz de las reflexiones contemporáneas, es objeto de crítica. Sin embargo, las leyes penales no fueron creadas por él directamente, sino por el poder legislativo. El “súbdito” no debe entenderse como “siervo” o “esclavo”, sino como el ciudadano. Finalmente, Kant en alemán emplea la expresión “dolor” y no “pena”, una expresión que puede ser equívoca, pues si bien la pena puede concebirse como una forma de hacer sentir dolor, no todo dolor es una pena. Esto podría provocar confusiones entre el carácter institucional y no-institucional de las formas de infringir un castigo. A pesar de lo ambigua que sea esta expresión, aquí el dolor está referido a una institución jurídica que se impone mediante un tribunal para mermar el estatus jurídico o de libertad de una persona.

A partir de esta definición y sus elementos, Kant desarrolla en este apartado su concepción de la pena y sus elementos. En este, es posible advertir los siguientes temas: la pena como fin, la ley penal como imperativo categórico, la proporcionalidad de la pena, el ejemplo de la isla y los crímenes por el honor del sexo y del honor militar. Estos temas serán presenta-

dos del modo siguiente: primero transcribiré el pasaje de Kant y luego explicaré sus características. Así comenzaré con la idea de la pena como fin y terminaré con los crímenes por el honor del sexo y militar.

A) La pena como fin en sí misma

La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. (Kant, 2016)

En este primer apartado Kant distingue a la pena judicial de la pena natural y agrega que esta pena de ninguna manera debe estar subordinada a fomentar otro bien, es decir, un fin, ya sea para el delincuente o para la sociedad civil. Esto es así en virtud de que la pena debe ser impuesta no para evitar que la persona vuelva a delinquir (*ne peccetur*), sino “porque ha delinquido” (*quia peccatum est*). Así, según este argumento, el sujeto que cometió un crimen debe ser considerado digno de castigo, y esto implica que la pena infligida a este no pueda ser usada como un medio. Puede inferirse que en este apartado Kant discute con la concepción rival del castigo de ese momento, es decir, con la concepción utilitarista del castigo.

Como es bien sabido en la historia de las ideas políticas y morales, el utilitarismo y el retribucionismo representan las justificaciones básicas de la pena. De acuerdo con el utilitarismo, la pena puede servir para diversos fines, como prevenir, rehabilitar, incapacitar y así. De acuerdo con el retribucionismo, la pena es inherentemente justa, pues no la considera como un medio para los intereses de los demás, sino que considera la humanidad de la persona criminal, es decir, le atribuirá una pena en función de su capacidad de autodeterminación, que no es otra cosa que la posibilidad

de atribuirle un grado de imputación. Como señala Norbert Campagna, la fundamentación jurídico-penal categórica de Kant debe entenderse en su contexto histórico. Esta reacciona ante la fuerte tendencia utilitarista que desde mediados del siglo XVIII predominaba en la filosofía del derecho penal (Campagna, 2017). Esto permite, de entrada, categorizar a la teoría kantiana de la pena como una teoría retributiva de la pena.

Ahora bien, es preciso aclarar un punto fundamental aquí. Si bien ya se mencionó que el retribucionismo posee, en términos de Byrd, la carga de imponer penas de una manera “primitiva, antiilustrada y bárbara”, esto no es compartido del todo por la comunidad filosófica. Merle destaca, con razón, que “el retribucionismo es escasamente poco sostenido por teóricos del derecho, aunque goza de una amplia estima entre los filósofos por su supuesta moral y apoyo mayoritario. Esta discrepancia entre el punto de vista de los filósofos y el punto de vista de los teóricos del derecho, desafortunadamente, recibe poca atención de los filósofos” (Merle, 2009). Si bien, en concordancia con los argumentos de Merle, tanto filósofos del derecho⁵ como penalistas⁶ temen al retribucionismo por razones vinculadas a la medida equivalente del delito cometido, diversos filósofos suelen ver con menos temor este tipo de penas, y, por el contrario, advierten que, bajo consideraciones meramente utilitaristas, si la imposición de una pena fuese útil para promover que la sociedad o un cierto grupo de esta se abstuviera de cometer un delito, en-

tonces podría justificarse el sancionar a una persona inocente. (Rosen 1997).

B) La pena como imperativo categórico

La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica “es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo”! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. ¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio. (Kant, 2016)

En este segundo apartado Kant da una mayor precisión de la pena y la asocia a una de sus ideas más relevantes en el campo de la filosofía moral: el imperativo categórico. Por esta razón es pertinente detenerme en la naturaleza de este tipo de imperativos. En la primera parte de la *Crítica de la razón práctica* (*Kritik der praktischen Vernunft*) Kant hace referencia a dos tipos de principios de la razón práctica. Unas son *máximas*, de carácter subjetivo y válidas para la voluntad del sujeto, mientras que otras son *leyes prácticas o imperativos*, de carácter objetivo y válidos más allá de la voluntad del sujeto (Kant, 2015). Con respecto a los imperativos, Kant los dividirá en imperativos hipotéticos e imperativos categóricos. Los imperativos hipotéticos se dividen en *técnicos* y *asertóricos-pragmáticos*. Los primeros están basados en un fin técnico contingente, mientras que los segundos en un fin atribuible a todo ser racional, el cual es la felicidad. Estos imperativos tienen una estructura condicional, a saber, “si quieres x, entonces y”. Así, estos imperativos imponen deberes bajo ciertas condiciones.

Los imperativos categóricos, en cambio, son principios sintéticos a priori, universales y necesarios, que ordenan una acción y van más allá de la relación entre medios y fines, pues se presentan como objetivamente necesarios por sí mismos, sin relación alguna con

⁵ H. L. A. Hart, por ejemplo, fue objeto de diversas críticas por basar su crítica al retribucionismo en su estado más crudo, dejando de lado versiones más medidas o modernas de este. Un destacado resumen de las críticas a la filosofía del derecho penal de Hart puede verse en la obra de Ilse Carolina Torres (*Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 209-226).

⁶ Roxin, por ejemplo, argumenta lo siguiente: “[N]o obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2008, p. 84).

ningún otro fin. Dicho de otra forma, los “categóricos representan la *necesidad* de la acción *por sí misma*, no como medio para conseguir otro fin, representan a la acción como objetivamente necesaria” (Santiago, 2008). El cumplimiento de estos imperativos es incondicional en tanto no dependen de condiciones ulteriores, pues de lo contrario serían principios hipotéticos. Dicho de otro modo, estos imperativos deben cumplirse por la acción misma y nunca por las consecuencias de dicha acción. Aquí la razón externa para el cumplimiento de la ley penal es la coacción, la cual fue mencionada previamente. La fundamentación de esta clase de imperativos categóricos es posible en tanto la moral puede fundamentarse en la razón legisladora de los sujetos. Después de todo, como sostiene Wood, Kant pertenece a una larga tradición en la filosofía occidental que suscribe la idea de fundamentar la moral en la razón “y por esta razón sostiene que lo inmoral implica un fracaso de la razón (o que es una especie de irracionalidad)” (Wood, 1999).

De este modo puede afirmarse como conclusión que Kant, al decir que la pena es un imperativo categórico, quiere decir que este imperativo “a) lleva a cabo una exigencia moral incondicional, no una que pueda ser alterada en aras de la conveniencia o preferencia de alguien, y (b) que puede derivarse de alguna versión del imperativo categórico” (Potter, 1998). Solamente falta decir algo sobre la especificidad del imperativo categórico. El imperativo categórico más adecuado para fundamentar la pena no es el imperativo establecido en su forma más general, sino, más bien, el § C *Principio universal del derecho*, descrito previamente y que establece cuáles acciones pueden ser conforme al derecho. De ahí que establecido el derecho por el Estado no puede tener precio alguno.

C) La pena y su proporcionalidad

Pero ¿cuál es el tipo y grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño no merecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo: si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo. Sólo la ley del talión [*Wiedervergeltungsrecht*] (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y

la cantidad de la pena, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); [...] ¿Pero ¿qué significa la afirmación “*si tú le robas, te robas a ti mismo*”? significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según la ley del talión [*Rechte der Wiedervergeltung*]) de la seguridad de toda posible propiedad; nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir lo cual es imposible si otros no le sustentan. (Kant, 2016)

En este tercer apartado Kant ofrece un argumento genuinamente polémico, en tanto establece la ley del talión y por tanto aquí reside el núcleo fuerte del retribucionismo kantiano. Por tanto, este es el argumento que más problemas provoca a quienes intentan matizar el retribucionismo kantiano a partir de una lectura sistemática de su obra o sostener una postura mixta sobre la pena en Kant. Quien quiera confirmar, matizar o rechazar el retribucionismo kantiano no puede pasar por alto la idea de la ley del talión como proporcionalidad de las penas, el retribucionismo en su más acabada y dura expresión. Pero aquí vale la pena preguntarse sobre qué es exactamente el retribucionismo y su relación con este apartado de Kant. Aquí seguiré los argumentos de Jean-Christophe Merle. Merle, a partir de una matización de las tres tesis de Hart sobre el retribucionismo, establece cuatro subtesis:

- 1 Todos los delincuentes, y sólo los delincuentes, deben ser castigados.
- 2 El castigo de los delincuentes sirve como retribución por los delitos cometidos.
- 3 El grado de castigo debe ser proporcional (ordinalmente, no cardinalmente) al delito, lo que significa que la relación de los delitos entre sí debe corresponder a la relación de los castigos entre sí. Con esto quiero decir que un delito grave debe ser castigado con más dureza que un delito menor, y que dos delitos igualmente graves deben ser castigados con una dureza equivalente.
- 4 El grado de castigo debe ser equivalente al delito. (Merle, 2009)

En este apartado Kant intenta justificar el retribucionismo como un principio que permite decidir el grado del castigo, pero lo hace de una forma peculiar. Según Merle, en este punto Kant ofrece dos significados de retribución, a saber, “uno fuerte y otro

débil: estas son *Vergeltung* (la segunda tesis de la retribución, o mera retribución) y *Wiedervergeltung* (la cuarta tesis de la retribución, o *ius talionis*).⁷ La mayor parte de los retribucionistas kantianos argumentan en favor de la *Vergeltung* (retribución) y rechazan la *Wiedervergeltung* (venganza) (Merle, 2009) Esto quiere decir que los retribucionistas kantianos pretenden sostener que el retribucionismo kantiano esté referido a que el castigo esté determinado por el delito cometido (tesis 2) y no que el castigo sea exactamente equivalente al delito mismo (tesis 4). Dicho de otra manera, algunos defensores de la posición kantiana podrían argumentar que al ser la pena un fin en sí mismo, se toma en consideración el derecho de la persona que cometió el crimen, pero esto pasa por alto que Kant expresamente abraza la idea de que la pena debe ser exactamente proporcional al delito cometido.

Aquí no hay penas perdidas. Tampoco hay penas que miren al futuro. La pena en Kant mira al pasado y debe imponerse categóricamente. La teoría de la pena en Kant es absoluta. Esto no puede matizarse. Textualmente Kant sostiene que solo “el derecho retributivo (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad de la pena”. La ley del talión o derecho retributivo es para Kant el criterio cuantitativo y cualitativo de los delitos, incondicionalmente. La proporcionalidad de la pena no está dada por las ventajas del crimen o por la defraudación de las expectativas compartidas, sino por ser un equivalente del crimen cometido. Por esta razón las leyes penales son un imperativo categórico. Intentar negar la expresión literal de un autor mediante la apelación a la obra en general o a su sistema puede funcionar cuando esta ambigua o existen otros elementos que ponen en entredicho esta afirmación. Pero Kant en este sentido es, valga la redundancia, categórico, y un enunciado de esta naturaleza difícilmente puede interpretarse contra el tenor literal de las palabras mismas de él. Por lo tanto, no puede negarse el retribucionismo kantiano.

⁷ Aquí Merle indica que en idioma alemán Los términos alemanes *Vergeltung* (es decir, exigir una retribución comparable por un mal) y *Wiedervergeltung* (es decir, exigir una recompensa *totalmente igual*) se corresponden aproximadamente con los términos ingleses *retribution* y *retaliation* (etimológicamente: *ius talionis*), respectivamente. Agregaría que en español ambos términos en alemán se traducen tanto como “retribución” como “venganza”, si bien son conceptos con cargas semánticas diferentes.

D) La pena y el ejemplo de la isla

Aun cuando se disolviera la sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia. (Kant, 2016)

En este cuarto apartado Kant presenta un ejemplo que confirma su comprensión de la pena como un mandato categórico y absoluto. Obviamente este ejemplo no ha pasado desapercibido por penalistas interesados en el pensamiento de Kant. Zaczyk, por ejemplo, ha escrito ensayos referidos a la visión kantiana del derecho penal (Zaczyk, 2008; Zaczyk, 1999) y al ejemplo de la isla (Zaczyk, 2010). De entrada, es importante señalar que por sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) Kant entiende a la comunidad política, esto es, al Estado, y no lo que se entiende por sociedad civil misma, esto es, la esfera de relaciones humanas que surge en la modernidad y que se sitúa entre la familia y el Estado. Esta conceptualización, más compleja en cuanto abarca a la economía política, el sistema de necesidad, el sistema de administración de justicia y a las instituciones y políticas públicas, será conceptualizada por primera vez por Hegel (Hegel, 2013). En este punto, Kant expresa que el miembro del Estado que comete un delito debe ser castigado incondicionalmente. Aquí el rigorismo kantiano es doble: el tipo de pena en el caso de homicidio es capital (ley talional) y debe imponerse y ejecutarse aun cuando la comunidad se disuelva (Zaczyk, 1999).

Este argumento para Zaczyk es decisivo para que Kant haga explícita su opinión sobre el fundamento y la medida de la pena. Este es el punto que suele perderse de vista ante lo sórdido y cruel que suena este ejemplo. También se pierde de vista que el ejemplo enfatiza en lo categórico e irrenunciable que es la exigencia de justicia y no en ejecutar fácticamente⁸

⁸ Zaczyk advierte que una teoría del derecho como la de Kant, fundamentada en la libertad, tendría como consecuencia que la frase de Kant, “ha matado, entonces debe morir”, sea modificada así: “ha matado, entonces debe ser penado, pero no puede ser privado de su vida (Zaczyk, Rainer, “Hat er aber gemordet, so muß

“hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel” en el caso hipotético de que una comunidad política “decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo”. Este ejemplo pone de manifiesto lo importante que es el respeto de la comunidad hacia la autoridad del derecho, lo cual es, básicamente, el compromiso kantiano de acatar las normas. De ahí que cuando una persona se refiera a sí misma como a otras que es “kantiana”, lo hace para expresar que sigue estrictamente normas o convicciones, sin importar las posibles situaciones fácticas.

E) Los crímenes por el honor del sexo y del honor militar

Sin embargo, con respecto a dos crímenes que merecen la muerte, es todavía dudoso si la *legislación* tiene también derecho a imponerles la pena de muerte. A ellos conduce el sentimiento del honor. Uno es el sentimiento del *honor del sexo*, el otro, el del *honor militar*, y ciertamente se trata del auténtico honor que corresponde como deber a cada una de estas dos clases de hombres. El primer crimen es el infanticidio materno (*infanticidium maternale*); el otro, el asesinato de un compañero de armas (*commilitonicidium*), el duelo. (Kant, 2016)

En este quinto apartado Kant habla de dos crímenes relacionados con el honor. Previamente, Kant lleva a cabo una crítica a César Beccaria por sus argumentos humanistas en contra de la pena de muerte en virtud de no estar contenida en un contrato civil originario, una crítica que después será retomada por Hegel en los párrafos de los *Principios de la filosofía del derecho* dedicados a la fundamentación de la pena (Hegel, 2013). Kant, sin mayor reparo, se refiere a los argumentos de Beccaria como mera “sofistería” (*Sophisterei*) e interpretación torcida del derecho (*Rechtsverdrehung*) (Kant, 2016). Posteriormente Kant se refiere a situaciones en las que él considera que en

er sterben — Kant und das Strafrecht”, en Kugelstadt, Manfred (ed.), *Kant-Lektionen: Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2008, 241-255. Zaczyk, Rainer, “Staat und Strafe — Bemerkungen zum sogenannten ‘Inselbeispiel’ in Kants Methaphysik der Sitten”, en Landwehr, Götz (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, p. 87). Obviamente esta es una interpretación que atenúa el ejemplo de la isla, pero cabe siempre la duda sobre si esta lectura sistemática de la obra de Kant puede contrariar la lectura literal de dicho pasaje.

apariencia los seres humanos, estando dentro de un Estado, en virtud de ciertas situaciones en las que el honor está en riesgo, también están en un estado de naturaleza (*Naturzustand*).

El honor, para Kant, era de especial importancia en el ámbito social. La deshonra era especialmente mal vista por la opinión pública (*öffentliche Meinung*). Este sentimiento de deshonra le permitía a Kant sostener que estos crímenes de infanticidio y de muerte en duelo podrían recibir un trato especial. Respecto a los niños nacidos fueran de matrimonio Kant considera que han sido introducidos de forma “furtiva”, a tal grado que sus vidas o están protegidas por el derecho. Esta deshonra es tan grande que Kant agrega que “ningún decreto puede borrar la deshonra de la madre si se conoce su alumbramiento fuera del matrimonio” (Kant, 2016). En lo que concierne al honor militar, la humillación de un compañero de armas y el consentimiento bastan para que al resultado final no se le clasifique como asesinato (*homicidium dolosum*). Aquí, tanto la opinión pública como el mismo sentimiento de deshonra tienen una función relevante en los argumentos de Kant. Sobre ambos puntos de vista Reinhard Brandt tiene razón al expresar que hay barbarie en “la pretensión de restablecer el honor merced al asesinato y en que la opinión pública suscriba este método” (Brandt, 2001).

Finalmente, en el párrafo siguiente Kant hace referencia del derecho de majestad (*Majestätsrechts*) en tanto derecho de gracia (*Begnadigungsrecht*). Fiel a su idea del derecho penal como expresión del imperativo categórico, Kant lo considera como un derecho que provoca injusticia al suavizar o perdonar la pena. No obstante, este derecho posee dos limitaciones: este derecho solamente puede ejercerse 1. Cuando el soberano sea el lesionado y 2. No ponga en peligro la seguridad del pueblo. Con esto Kant termina su exposición del derecho penal en sus principios metafísicos de la doctrina del derecho.

4. Consideraciones críticas sobre la teoría kantiana de la pena

La obra filosófica de Kant ha dejado un legado enorme en el campo de la filosofía. Prueba de ello es el movimiento filosófico europeo llamado neokantismo. En el derecho también existen periodos en los que se presenta la necesidad de volver a la filosofía kantiana,

de forma renovada y crítica respecto a sus premisas. A partir de los años ochenta la recepción de la teoría kantiana de la pena ha tenido un retorno destacado en diversos ámbitos del derecho penal, a diferencia de la teoría hegeliana que en esencia se mantiene únicamente en vigencia a partir de la obra de Günther Jakobs. Maximiliano Hernández Marcos ha detallado con notorio detalle tres momentos de recepción del pensamiento de Kant en el derecho penal. El primero concierne al debate de los juristas en torno al código penal alemán de 1975, el segundo concierne a la comprensión de la teoría kantiana como teoría de la unificación (*Vereinigungstheorie*) y el tercero a considerar la teoría kantiana de la pena como una teoría mixta. (Hernández 2016).

Sobre el primer punto Hernández Marcos ha hecho un análisis más detallado de lo que podría hacer en este apartado, y sobre el segundo punto rastrea adecuadamente la idea de ver a Kant en diversos escritos de Otfried Höffe.⁹ Pero lo que haré a continuación es dejar a un lado estos dos puntos y centrarme en el tercer punto, así como en otro punto que es igual de relevante a mi parecer, pues ambos muestran en conjunto las recepciones contemporáneas referidas tanto a la recepción filosófica-penal como a la reflexión dogmática-penal. Me refiero, por una parte, a la recepción americana de la teoría kantiana de la pena y, por otra parte, a su contraparte alemana. Ambas recepciones tuvieron un eco importante a partir de los trabajos de B. Sharon Byrd y Joachim Hruschka, quienes también editaron juntos importantes trabajos sobre Kant.¹⁰

4.1. La recepción filosófica-penal: la teoría mixta

Prevenir y retribuir son vistas como dos formas contrapuestas de fundamentar la pena. Ambas concepciones son vistas así en virtud de sus fundamentos. Una tiene un fin utilitarista. La otra, un fin teleológico. Así, Kant es visto como el representante por excelencia

de la segunda. Al estar relacionada la prevención con fundamentos utilitaristas la visión kantiana de la pena entonces es presentada como una visión totalmente opuesta a la prevención. A pesar de tan notable diferencia, Byrd publicó a finales de los ochenta un artículo que se volvió una referencia fundamental para darle fuerza a la teoría mixta de la pena y, sobre todo, para pensar a Kant como un representante de esta teoría. Este ensayo tiene como título “la teoría de la pena de Kant. Preventiva en su amenaza, retributiva en su ejecución” (*“Kant’s Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”*) (Byrd, 1989).

El ensayo de Byrd, escrito cuando era asistente de Hruschka y como un requisito parcial para doctorarse en la Universidad de Columbia, pertenece a una serie de posiciones filosóficas que buscan matizar el retribucionismo kantiano a partir de una lectura sistemática de la obra de Kant. Sobre esto existen lecturas previas y posteriores, como las de Donald E. Scheid y Mark Tunick respectivamente.¹¹ No obstante, la lectura de Byrd es la que ha logrado tener una mayor recepción. El ensayo de Byrd considera la teoría kantiana de la pena en el contexto de la integración de la pena con la sociedad civil. La inclusión de la contraposición entre el Estado de naturaleza y la sociedad civil permite realizar la tesis de la concepción mixta de la pena. Así, Byrd analiza la sección de Kant dedicada al derecho penal con la consideración de que la sociedad civil como una institución cuya función reside en la protección de los derechos individuales, tales como la libertad. Dentro de la sociedad civil el derecho penal es un instrumento que sirve para preservarla y por esta razón, sostiene Byrd:

Cualquier delito es una violación de esa sociedad o de la voluntad común y representa una vuelta al estado de naturaleza. Para mantener la seguridad, la legislación penal incluye una *motivación externa*, a saber, la *amenaza* de castigo, para persuadir al actor individual de que no viole sus mandamientos. Al amenazar con el castigo, se requiere que la sociedad proporcione una motivación

⁹ Sobre los dos trabajos de Höffe, que van de 1982 a 1999, véase: Höffe, Otfried, “Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe”, en Brandt, Reinhard (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1982, pp. 335-375; Höffe, Otfried, “Vom Straf— und Begnadigungsrecht”, en Höffe, Otfried (ed.), *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlín, De Gruyter, 1999, pp. 213-233.

¹⁰ Véase, Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim, *Kant and Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2006; Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim, *Kant’s Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

¹¹ Cfr., Scheid, Donald E. “Kant’s Retributivism”, en *Ethics* 93 (1983): pp. 262-282; Tunick, Mark. “Is Kant a retributivist?”, en *History of Political Thought* 17 (1996): pp. 60-78. No obstante, la lectura de Hernández Marcos me hizo ver que la expresión “teoría mixta” también aparece en un ensayo de Thomas E. Hill. Al respecto, cfr., Hill, Thomas E. Jr. (1997/2000), “Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5 (1997), pp.291-314;

suficiente para *disuadir* el delito concreto.

El poder judicial, como institución social, se limita a ejecutar la pena a exactamente con la pena que se ha amenazado. La *retribución* en la *ejecución* del castigo asegura la justicia con respecto al individuo. (Byrd, 1989).

El argumento de Byrd es interesante porque mezcla ambas funciones de la pena y le da a la retribución un carácter limitativo y no fundamentador, matizando así la concepción kantiana. Para Byrd, la disuasión (¿prevención general positiva?), comprendida desde la sociedad civil, es el fundamento del derecho penal. En cambio, la retribución pierde su carácter fundamentador y funcionaría como límite para la pena misma. Esto también permitiría mostrar que ambas concepciones de la pena no son contrapuestas. Pero el desarrollo de la recepción americana no está libre de críticas. Creo que una objeción, acaso la más potente, es evidente: excluir a la retribución de todo fundamento del derecho penal. Esto contraviene las palabras del propio Kant respecto a la asociación de Kant del derecho penal con el imperativo categórico. Por esta razón esta tesis será objeto de una fundamentada polémica.

4.2. La recepción dogmática-penal: un retorno a la imputación

Otro campo de recepción del pensamiento de Kant en el derecho penal se encuentra en el concepto de imputación. Sin embargo, vale la pena aclarar algo: en la mayoría de los textos en los que se hace referencia a Kant en relación con la imputación, en muy pocas ocasiones se explica qué es lo que exactamente es retomado de Kant en relación con la imputación. Dicho de otro modo, la teoría penal de la imputación suele referirse a Kant, pero pocas veces se aclara qué es lo que dice Kant al respecto. En este sentido se le debe a Joachim Hruschka el desarrollo de ciertas ideas kantianas sobre la imputación.

La imputación es un concepto central de la dogmática jurídica contemporánea. De hecho, como se verá posteriormente con Hegel, la imputación es un concepto proveniente de la filosofía que hizo su migración a la dogmática penal. Imputar significa atribuir. Atribuir significa valorar. La forma de atribuir valorativamente “un hecho a un sujeto como su obra, es decir, la imputación, es anterior a la explicación del

fenómeno en términos causales”, como lo ha indicado Nicolás Cordini (Cordini, 2015). En la doctrina de la imputación (*Zurechnungslehre*), que busca evaluar normativamente la reprochabilidad del agente al tomar en consideración diversas circunstancias (superando así al naturalismo), suelen encontrarse referencias a Kant o al neokantismo:

Imputar significa atribuir algo a alguien, mientras que la imputación es la valoración de alto atribuible a alguien. En consecuencia, está claro que solo se comenzará a hablar de imputación a partir del momento en que se admita que la teoría del delito no se agota en descripciones o verificaciones de hechos, sino que más bien constituye un conjunto de valoraciones al que se ha de someter un determinado hecho para que pueda ser considerado un delito. Este es el momento en el que ocurre la transición del naturalismo para el neokantismo. (Greco, 2021)

En este tenor, Hruschka sigue la doctrina kantiana de la imputación en cuanto rechaza las explicaciones naturalistas y se enfoca en la comprensión de las evaluaciones normativas en el ámbito del derecho penal. Al basarse en las reflexiones de Kant, Hruschka entenderá a la imputación como libertad del sujeto para llevar a cabo acciones u omisiones. Pero esto lo complementará con un análisis de la dogmática penal para plantear un sistema de reglas, a saber, reglas de conducta (*Erhaltensregeln*) y reglas de imputación (*Zurechnungsregeln*) (Hruschka, 2009). Las reglas de conducta, de naturaleza prohibitiva, prescriptiva, permisiva y eximentes, se dirigen a los ciudadanos en su dimensión prospectiva, mientras que en su dimensión retrospectiva está dirigida a la autoridad jurisdiccional. Así, estas reglas de conducta tendrán la capacidad de atribuir responsabilidad.

Las reglas de imputación están desarrolladas en dos niveles. Una es la imputación de hecho (*imputatio facti*) y otra la imputación de derecho (*imputatio iuris*). El primer nivel de imputación opera como una subsunción tradicional, en el sentido de que busca adscribir un hecho a un sujeto. Este juicio de atribución de responsabilidad presupone algo más que una mera subsunción lógica. Dicho juicio debe presuponer la libertad de la persona, esto es, su capacidad de haber podido adecuar su conducta (acción u omisión) a las normas vigentes. Es aquí donde la idea de imputación kantiana cobra fuerza. El segundo nivel de

imputación, el de imputación de derecho, opera como una subsunción del hecho antijurídico a la culpabilidad. Aquí se trata de un juicio de reproche a la persona. Este reproche se fundamenta en la capacidad que tuvo la persona para determinar libremente su acción. De nueva cuenta, la idea kantiana de libertad como autodeterminación de la voluntad es fundamental para considerar válido el juicio de reproche al autor. Esto puede vincularse a los parágrafos B y C vinculados al arbitrio y la adecuación del actuar libre de las personas a una legislación universal.

La recepción en general del pensamiento de Kant en la dogmática penal, como puede verse, presenta menos problemas que la defensa de la teoría kantiana de la pena. Es difícil incluso imaginar a la dogmática penal sin un concepto filosófico como el de imputación, el cual encontró un primer desarrollo tanto en Kant como en Hegel. No obstante, es momento de hacer una valoración final. En síntesis, sostengo que, a pesar de diversos esfuerzos filosóficos de reivindicación de la teoría kantiana de la pena, es difícil quitarle la etiqueta de “retribucionista”. Incluso el esfuerzo de Merle, acaso el más reciente y detallado esfuerzo que ha buscado mostrar que “tanto el concepto liberal de derecho y la teoría moral de Kant prueban ser incompatibles con su teoría retributiva penal”, (Merle, 2009) y que, por tanto, la lectura sistemática de Kant sería la más adecuada para vislumbrar un punto de vista preventivo y resocializador, se muestra difícil de sostener si tomamos las palabras de Kant en serio, en su tenor literal. Ciertamente, la tesis de Merle contiene argumentos válidos. Pero acaso lo mejor sería simplemente reconocer esta tensión entre su obra moral y jurídica en este apartado, en el cual Kant muestra una posición polémica hasta nuestros días.

5. Conclusiones

Este ensayo tuvo como objetivo explicar la teoría kantiana de la pena, tal y como es expuesta en *La metafísica de las costumbres*. Esto nos permitió mostrar las ideas de Kant de forma íntegra, sin sacarlas fuera de contexto para fines meramente clasificatorios. De este modo fue expuesto el retribucionismo de Kant, el cual, con base en sus propias ideas, es difícil de ver de un modo distinto, si bien existen diversas obras y ensayos que buscan matizar o contextualizar su planteamiento rigorista en este aspecto. Esta diversidad

de interpretaciones muestra la complejidad de un pensamiento filosófico como el de Kant. No obstante, considero que las interpretaciones sobre la teoría kantiana de la pena deben tomar en cuenta tanto a la obra de Kant en su contexto como sus afirmaciones expresas para comprender los porqués de sus afirmaciones. Tener afinidades con un filósofo no implica justificar acríticamente todas sus ideas. El pensamiento de Kant es el más claro ejemplo de un filósofo que sentó las bases del universalismo moral y al mismo tiempo posee aspectos particulares que deben ser criticados de cara a la complejidad de las sociedades modernas.

6. Referencias

- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- . 2019. Kant's Non-Positivist Concept of Law, en, *Kantian Review*, 24, 4, 2019, pág. 497-512
- Amengual, Gabriel. 2021. *La libertad en su realización. La Filosofía del Derecho de Hegel*, Granada, Comares, 2021.
- Brandt, Reinhard. 2001. *Immanuel Kant. Política, Derecho y Antropología*. Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2001.
- Byrd, Sharon B. 1989. Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution. *Law Philos* 8, 151-200.
- Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim 2006. (eds.), *Kant and Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2006.
- . 2010. *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Campagna, Norbert. 2017. Begründung von Strafe (absolute vs. relative Begründung. [aut. libro] Jan C. Joerden y Eric Hilgendorf. *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J.B. Metzler, 2017.
- Colomer, José. 2015. Kant's Theory of Law and the Principle of Freedom. [aut. libro] Jean-Christophe Merle y Alexandre Gomes Trivisonno. *Kant's Theory of Law*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2015.
- Cordini, Nicolás Santiago. 2015. El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal: ¿hacia una etapa superadora o involución a concepciones pre-científicas? *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 36. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Cortés, Francisco. 2020. *Del arte de la paz. Reflexiones filosóficas sobre justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2020.
- . 2018. El derecho penal en Kant: los límites del retributivismo. [aut. libro] Gustavo Leyva y Pedro Álvaro y Stepanenko. *Los rostros de la razón: Immanuel Kant desde Hispanoamérica. II. Filosofía Moral, Política y del Derecho*. Ciudad de México: Anthropos/UAM Iztapalapa, 2018.
- Greco, Luis. 2021. *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*. s.l.: CEJH/Zela, 2021.
- Hart, H. L. A. 2019. *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Hegel, G.W.F. 2013. *Grundlinien des Philosophie des Rechts*. Hamburgo: Felix Meiner, 2013.
- Hernández, Maximiliano. 2016. La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico. [aut. libro] Rafael Orden Jiménez, Juan Manuel Navarro Cordón y Rogelio Rovira. *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2016.
- Hill, Thomas E. Jr. 1997. *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5, 1997.
- Herszenbaun, Miguel. 2019. Sobre el fundamento práctico de la pena en Immanuel Kant. *Isonomía-Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Vol. 50, págs. 49-80.
- Höffe, Otfried. 1999. "Vom Straf- und Begnadigungsrecht", en, Höffe, Otfried (ed.), *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlin, De Gruyter, 1999.
- . 1982. *Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe*, en Brandt, Reinhard (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlin/Nueva York, De Gruyter, 1982.
- Hruschka, Joachim. 2009. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires : BdeF, 2009.
- Kant, Immanuel. 2015. *Die Drei Kritiken (Kritik der reinen Vernunft-Kritik der praktischen Vernunft-Kritik der Urteilskraft)*. Colonia: Anaconda, 2015.
- . 2016. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2016.
- Kervégan, Jean-François. 2016. *La rationalité normative: impulsions hégéliennes*. 2016.
- Klug, Ulrich. 1968. Abschied von Kant und Hegel. [aut. libro] Jürgen Baumann. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*. Fráncfort del Meno: Fischerbubüherei, 1968.
- Merle, Jean-Christophe. 2009. *German Idealism and the Concept of Punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Miró Linares, Fernando y Polaino-Orts, Miguel. 2013. *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*. Ciudad de México: Flores, 2013.
- Potter, Nelson. 1998. The Principle of Punishment is a Categorical Imperative. [aut. libro] Jane Kneller y Sidney Axinn. *Autonomy and Community. Readings in Contemporary Kantian Social Philosophy*. Nueva York: Sun Press, 1998.
- Rosen, Frederick. 1997. Utilitarianism and the Punishment of the Innocent: The Origins of a False Doctrine. *Utilitas*, Vol. 9, págs. 23-37.
- Roxin, Claus. 2008. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2008.
- Sánchez-Ostiz, Pablo. 2008. *Imputación y teoría del delito*. Buenos Aires: BdeF, 2008.
- Santiago, Teresa. 2008. *Breve introducción al pensamiento de Kant*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.
- Schneewind, Jerome B. 2017. *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Scheid, Donald E. 1983. "Kant's Retributivism", en, *Ethics* 93, 1983: págs. 262-282.
- Torres, Ilse Carolina. 2020. *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross*, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- Tunick, Mark. 1996. *Is Kant a retributivist*, en, *History of Political Thought* 17, 1996, págs. 60-78.
- Von der Pfordten, Dietmar. 2015, *Kant on the Right of Resistance*, en, Merle, Jean-Christophe y Traversoni Gomes Trivisonno, Alexandre (eds.), *Kant's Theory of Law*, Stuttgart, Nomos, 2015.
- Wood, Allen. 1999. *Kant's Ethical Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

- Zaczyk, Rainer. 2008. Hat er aber gemordet, so muß er sterben — Kant und das Strafrecht. [aut. libro] Manfred Kugelstadt. *Kant-Lektionen: Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2008, págs. 241-255.
- . 2010. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- . 1999. Staat und Strafe — Bemerkungen zum sogenannten 'Inselbeispiel' in Kants Methaphysik der Sitten. [aut. libro] Götz Landwehr. *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit inder modernen Gesellschaft*. Gotinga : Vandenhoeck & Ruprecht, 1999.

La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración

José Manuel Paredes Castañón

*Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Oviedo (España)*

Código ORCID: 0000-0003-2711-0042
Universidad de Oviedo. Departamento de Ciencias
Jurídicas Básicas
Campus del Cristo - C/ Catedrático Rodrigo Uría, s/n
33006 Oviedo – España
paredesmanuel@uniovi.es

RESUMEN: La adjudicación de casos penales en juicio depende de que se considere razonable subsumir la conducta enjuiciada en el tipo penal (supuesto de hecho de la norma sancionadora). Ello, a su vez, exige la realización de diversos juicios de imputación, para determinar si se puede imputar o no al agente la infracción de la norma primaria de conducta. De entre ellos, algunos son juicios de valoración (moral o instrumental) sobre la acción o sobre el resultado. Se presenta una propuesta para racionalizar al máximo dichos juicios, empleando para ello (allí donde resulta posible) el conocimiento proporcionado por las ciencias empíricas.

PALABRAS CLAVE: ciencias empíricas, adjudicación, imputación, tipo de injusto, desvalor de la acción y del resultado, racionalidad

ABSTRACT: Adjudication of criminal cases in court depends on whether it is considered reasonable to subsume the conduct prosecuted in the Tatbestand (factual condition for the application of the sanction rule). This, in turn, requires to carry out several imputation acts, to determine whether or not the agent can be charged with the violation of the primary conduct rule. Among these imputation acts, some consist of moral or instrumental valuations. A proposal is presented to maximize the rationality of these acts of valuation, using (where possible) the knowledge provided by empirical sciences.

KEYWORDS: empirical science, adjudication, imputation, criminal wrongdoing (unrechtstatbestand), valuation of conducts and events, rationality

SUMARIO: 1. Planteamiento: adjudicación de casos penales y subsunción material (valorativa). 2. Subsunción valorativa e imputación de la infracción: tres clases de juicios de imputación. 3. Las ciencias empíricas como instrumento de optimización de la imputación. 4. Juicios de valoración instrumental (de la acción y del resultado). 5. Juicios de valoración moral. 6. Bibliografía.

Rec: 19/09/2022 | Fav: 11/12/2022

1. Planteamiento: adjudicación de casos penales y subsunción material (valorativa)

Este trabajo tiene una naturaleza predominantemente metodológica. Pretende presentar (la primera parte de) una propuesta acerca de cuál debe ser el lugar del mejor conocimiento empírico disponible, es decir, del conocimiento científico, en las operaciones de imputación de responsabilidad penal: concretamente, en la imputación de la infracción típicamente antijurídica.¹ En este artículo (que será completado por otro más próximamente) se presenta el planteamiento general de la propuesta y su concreción para una parte del proceso de imputación del injusto: para los juicios de imputación sobre bases valorativas.

Partiré del siguiente caso, que tomo de un artículo de Ramón Ragués i Vallès (2013, 11) sobre el problema del tratamiento de la ignorancia deliberada en Derecho Penal:

El testaferro profesional Juan G., a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades, de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores. Se comprueba luego que una de ellas, la sociedad S, era una mera tapadera para llevar a cabo operaciones de tráfico de drogas, para cuyo desenvolvimiento la conducta del testaferro, al frente de la sociedad, resultó esencial. Se comprueba también, no obstante, que Juan G. en ningún momento llegó a adquirir la certidumbre de que la sociedad se dedicaba a dicha actividad ilegal, porque nunca se molestó en comprobarlo, a pesar de los indicios evidentes que podrían y deberían haberle llevado a sospechar.

Puesto que en Derecho español la subsunción de una acción en el tipo penal de “ejecutar actos de (...)

tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” (art. 368 CP) exige la atribución a la misma de la condición de acción dolosa, se plantea necesariamente la cuestión, discutible, de si el comportamiento de este testaferro constituye una infracción de la norma primaria derivable de dicho tipo que resulte imputable (por poder calificarse como dolosa) o no (por no poder calificarse así).

Lo característico de problemas como este que se acaba de plantear es que, a diferencia de lo que ocurre cuando la discusión se mantiene exclusivamente en el plano ético,² aquí, al presentarse como una cuestión de adjudicación jurídica de un caso,³ el operador

² En este plano, se suscitan cuestiones como —por ejemplo— la siguiente: ¿es esta una buena persona, debería confiar en él (debería, por ejemplo, ofrecerle incorporarse al consejo de administración de la sociedad en la que soy socio mayoritario)? La evidencia empírica es abrumadora en el sentido de que, ante cuestiones (de decisión individual) de esta índole, la mayoría de las veces, más que a las características detalladas de las conductas concretamente realizadas por el individuo que estamos enjuiciando, tendemos a atender sobre todo a los rasgos de personalidad que, según nos parece, tales conductas revelarían (Myers 2000, 74 ss.). Como veremos, las cosas son distintas (aunque, desde luego, no del todo) cuando la decisión implica una acción colectiva realizada en un marco institucional.

³ La adjudicación es el proceso a través del cual se determina (decide) si se ha violado o no una determinada norma jurídica primaria de conducta (y quién lo ha hecho, y en qué medida), y, en su caso, se atribuyen —e imponen— consecuencias por dicha razón (Hart 1994, 96-99). Las normas que regulan el proceso de adjudicación son de tres clases: 1º) normas sustantivas de imputación, que establecen las condiciones fácticas y valorativas cuya concurrencia ha de ser comprobada, para que resulte justificado imputar a un determinado sujeto jurídico una infracción de la norma primaria, en virtud de la acción que ha realizado; 2º) normas procesales (de una parte, normas que confieren poderes jurídicos a determinados individuos o grupos de individuos para resolver la cuestión y, de otra, normas prescriptivas y reglas constitutivas, que regulan el modo en el que debe realizarse el proceso de determinación y decisión, incluyendo la prueba); 3º) y, por último, normas prescriptivas que, sobre la base de la infracción constatada, prescriben e imputan los remedios jurídicos a aplicar.

¹ No quiero, pues, resolver el caso que manejo (que sirve tan solo a título de ejemplo), sino únicamente señalar el camino metodológicamente más correcto para resolverlo.

jurídico competente para adjudicarlo (paradigmáticamente: el juez o tribunal) se siente comprometido a argumentar su respuesta no solo a partir de (sus) creencias morales, sino además sobre la base de su compromiso con una acción colectiva (la “aplicación del Derecho”), de la que se siente parte y que orienta y limita su libertad de respuesta al caso (Vilajosana 2010, 115-133): adopta, en suma, eso que H. L. A. Hart llamó un “punto de vista interno” en relación con el Derecho (Hart 1994, 88-90), sintiéndose actor de una práctica social (la aplicación del Derecho). Ello significa que el aplicador del Derecho, en su actividad de adjudicación del caso, habitualmente se siente comprometido a tomar también en consideración tanto aquellos criterios de actuación (normas) que pueden ser identificados en el texto de lo que es reconocido como Derecho (positivo), como aquellos otros que pueden ser “deducidos” (construidos) a partir de las convenciones interpretativas comúnmente aceptadas en la comunidad de los juristas.⁴

En el caso de los derechos penales contemporáneos, que de forma prácticamente universal son concebidos (pretenden ser interpretados) como derechos penales del hecho (Roxin/ Greco 2020, 352-354), es decir, como sistemas jurídicos cuyas normas primarias prescriben (es decir, califican como prohibidas o como obligatorias) clases de acciones, esto implica que la adjudicación del caso mediante la condena del acusado está condicionada a que se concluya que la conducta que está siendo enjuiciada:⁵ 1º) puede ser calificada como acción; 2º) puede ser calificada como una acción subsumible, desde el punto de vista lingüístico, en el tipo penal (en el supuesto de hecho de

la norma secundaria); y 3º) puede ser calificada una acción que infringe la norma primaria.⁶ Así, en nuestro ejemplo, Juan G. solo puede ser hecho responsable de la comisión de un delito de tráfico de drogas si su conducta puede ser calificada como acción; si dicha acción resulta subsumible en la descripción típica contenida en el art. 368 CP; y si, además, puede ser imputada como infracción de la norma primaria derivable de dicho precepto... por (entre otras razones, que ahora dejo de lado) poder ser calificada como acción dolosa. Y ocurre que, mientras que la primera condición obviamente se cumple,⁷ y también la segunda, no es tan claro que suceda lo mismo en el caso de la tercera.

2. Subsunción valorativa e imputación de la infracción: tres clases de juicios de imputación

¿Se puede, en efecto, calificar justificadamente la conducta de Juan G. en este caso como una infracción de la norma primaria derivable del art. 368 CP? Contestar a esta pregunta dentro del marco de un proceso jurídico de adjudicación del caso no es tarea simple. Y no lo es, porque en dicho marco no se trata tan solo de plantearse la cuestión moral de si los modos de ser y de actuar de Juan G. merecen ser valorados como buenos o como malos (o, en términos comparativos, como mejores o como peores), que son las cuestiones morales por antonomasia (Tugendhat 1997, 37-38). Por el contrario, el aplicador del Derecho (en la medida en que adopte, respecto del sistema jurídico a aplicar, un “punto de vista interno”) está comprometido a realizar algo más que un mero juicio de valoración moral sobre Juan G. (algo más, incluso, que un juicio moral que parta de los valores morales reflejados en las normas que está aplicando): está comprometido a justificar su decisión de adjudicación —condena o absolución— sobre la base de la responsabilidad que le es atribuible al agente por la conducta realizada.

⁴ Obviamente, detrás de esta afirmación se trasluce toda una teoría de la interpretación jurídica (que no intentaré justificar aquí, aunque creo que de hecho es la teoría estándar que aplicamos quienes nos dedicamos a interpretar el Derecho —aunque no siempre la explicitemos así: Nino 1980, 321 ss.—), a tenor de la cual: 1º) los enunciados interpretantes de normas jurídicas positivas no se deducen analíticamente de ellas; y 2º) por el contrario, dichos enunciados son construidos a partir de una combinación —variable— de las prescripciones explícitamente contenidas en las normas jurídicas y de otras muchas reglas y principios (“dogmáticos”) que, con fundamentos de racionalidad práctica (Hruschka 2009b, 361-363), han sido creadas, consolidadas y difundidas por la comunidad de los intérpretes (juristas, teólogos, etc.), y aceptadas como “sentido común” hegemónico dentro de una determinada tradición hermenéutica (pongamos: la dogmática penal de tradición europea continental).

⁵ Dado que en el Derecho Penal contemporáneo rige además el principio de responsabilidad personal, la eventual responsabilidad del acusado que hay que discutir es siempre por una conducta individual suya: Cuerda Riezu 2009, 186-189.

⁶ En definitiva, en la contemporánea teoría general del delito el juicio de tipicidad es concebido siempre como un proceso complejo, compuesto por una multitud de actos (de habla) diferenciados y de distintas naturalezas: Roxin/ Greco 2020, 386-387. Sobre los orígenes históricos de esta concepción contemporánea, vid. Cardenal Montraveta 2002, 316 ss.

⁷ Puesto que, evidentemente, la conducta de Juan G. puede ser justificadamente considerada (bajo alguna descripción) como una conducta intencional: Paul 2021, 39-41.

Así, existe una diferencia sustancial entre valorar moralmente a Juan G. (por ejemplo, para decidir si conviene o no contratarle), aun si se hace desde el punto de vista de los valores morales reflejados en las normas del CP sobre tráfico de drogas, e imputar a Juan G. la condición de autor de una infracción de dichas normas. Si afirmamos la imputación de la infracción, la valoración moral (al menos, de acuerdo con los valores plasmados en la norma) se infiere por sí misma, pero no vale la inversa: en nuestro ejemplo, podemos concordar (en el caso de que aceptemos como propios los valores morales reflejados en la regulación legal del tráfico de drogas)⁸ en que Juan G. es un individuo inmoral; sin embargo, no es evidente aun así que Juan G. sea responsable de una conducta penalmente típica de tráfico de drogas.

La práctica de aplicar el Derecho Penal (la norma penal secundaria) dentro del proceso de adjudicación de un caso exige, pues, del aplicador que discuta y se pronuncie sobre la cuestión de la responsabilidad del acusado por la conducta enjuiciada. En concreto (y dado que dentro del discurso práctico el término “responsabilidad” resulta ambiguo), es preciso que se pronuncie sobre si está justificado pedir cuentas al individuo por dicha conducta: no es suficiente con que quepa adscribir la conducta al agente, como acción suya (*attributability*); es preciso, además, que resulte justificado pedirle cuentas por ella (*answerability*).⁹

Esta exigencia de cuentas por la conducta es, pues, una relación triádica, entre un sujeto que es el destinatario de la petición de cuentas, una conducta que constituye el tema de la petición y un sujeto que le pide cuentas a aquél por ella: en el caso de la aplicación del Derecho, entre un destinatario de la norma, una conducta y un aplicador del Derecho.¹⁰ Una re-

lación en la que este último acaba por pronunciarse sobre si el agente debe o no ser hecho responsable por su conducta, a partir de argumentos basados en propiedades de la conducta y del agente (Lucas 1993, 6-12, 124-127).

Así, desde el momento en el que el legislador opta, en un determinado ámbito de la vida social, por intentar regular conductas a través de la técnica de la atribución de responsabilidad,¹¹ esto significa que el proceso de adjudicación de casos va a conllevar necesariamente (no solo valoraciones morales, sino también, con carácter previo) la realización de juicios de imputación, dirigidos a determinar —y fundamentar— si la acción en cuestión satisface las condiciones para ser considerada como una infracción de la norma primaria de conducta (Paredes Castañón 2013, 283 ss.). Es decir, para considerar que la acción enjuiciada pertenece al conjunto de acciones que constituyen el contenido (en el sentido definido por Von Wright 1970, 88) de la prescripción formulada en esta y, por consiguiente, de ella puede predicarse la calificación deóntica de “prohibida”.^{12, 13}

Para hacer estos juicios, el aplicador del Derecho tendrá inevitablemente que recurrir a la aplicación de

ramente diádica (por ejemplo, ciertos juicios morales, en los que el sujeto determina si se considera o no moralmente responsable de algo), los que interesan en el ámbito de la aplicación del Derecho se basan siempre en relaciones triádicas (dado el carácter esencialmente heterónimo de las normas jurídicas).

¹¹ Y no por otra de las muchas técnicas en principio disponibles: por ejemplo (entre otras muchas), mediante la persuasión, impuestos, incentivos positivos, *nudges*, incapacitación física, reglas constitutivas, etc.

¹² Y ello, porque, como señala Mañalich 2018, 22, existen razones de índole pragmática (que tienen que ver con las paradojas del seguimiento de reglas, señaladas por L. Wittgenstein: vid. Beane 2006, 54-55) en virtud de las cuales “las condiciones bajo las cuales a una persona resulta imputable un comportamiento como quebrantamiento de una norma no puede quedar establecidas por la propia norma quebrantada”, por lo que son necesarios criterios adicionales de atribución de responsabilidad (de aplicación de la norma).

¹³ En el caso concreto del Derecho Penal, en virtud de la vigencia dentro del mismo del principio de culpabilidad, el aplicador del Derecho debe decidir adicionalmente (aunque aquí no nos ocuparemos de ello) si la responsabilidad del agente llega hasta el punto de estar justificado culparle por su conducta. Como indica Smith 2007, 475-478, culpar a alguien por una acción es un juicio mucho más comprometido que el de hacerle responsable de ella, por lo que lo uno no se sigue necesariamente de lo otro, sino que precisa de una justificación independiente: justamente, la que fundamenta el juicio —afirmativo o negativo— de imputación de la sanción, para acotar el ámbito de aplicación de la norma secundaria, determinando si debe o no aplicarse la consecuencia jurídica sancionatoria (Paredes Castañón 2013, 297 ss.).

⁸ Lo que, por cierto, no es obligatorio para el aplicador del Derecho, puesto que la relación entre moral socialmente dominante y Derecho positivo es —o, cuando menos, puede ser— más compleja y dialéctica que una meramente especular: Von der Pfordten 2011, 81-91.

⁹ Acojo la distinción que ha propuesto David Shoemaker (Shoemaker 2011) entre tres facetas diferentes de la responsabilidad de un individuo por algo (aquí, por una acción): 1ª) la cuestión de la atribuibilidad de la acción al individuo; 2ª) la cuestión de si es el individuo quien ha de dar cuentas por la existencia de la acción; y 3ª) la cuestión de si se le debe hacer pagar por ella (por sus consecuencias). En el caso del Derecho Penal, esta última (*accountability*) va inexorablemente unida a la segunda, como consecuencia de la vigencia del principio de responsabilidad personal (vid. supra n. 5).

¹⁰ Como señala Duff 2007, 23-27, aunque ciertamente puede haber juicios de responsabilidad consistentes en una relación me-

reglas de imputación (Hruschka 2009a, 14-15). En concreto, en el primero de los pasos, el de la imputación de la infracción (que es el que aquí nos interesa), el aplicador del Derecho tiene que llevar a cabo tres clases diferentes de operaciones de imputación,¹⁴ basándose en tres clases distintas de reglas (Paredes Castañón 1995, 58-63, 93-95):

1º) Imputación sobre bases descriptivas:¹⁵ preferencia de enunciados que justifican la afirmación de que, en virtud de determinada(s) propiedad(es) que se especifican, el evento en que consiste la acción enjuiciada pertenecen a la extensión semántica del enunciado descriptivo empleado en la descripción típica. Y que, por lo tanto, está justificado predicar de aquel la condición de elemento del conjunto de elementos denotados por esta: en otros términos, está justificado afirmar que, al menos en ese aspecto, la acción enjuiciada resulta subsumible en el tipo penal (Alchourrón/ Bulygin 2015, 253-257).

1º) *Premisa I* (enunciado descriptivo): Juan G. dirige, como administrador único, la sociedad *S*. La actividad de *S* (bajo su dirección) consiste en introducir en el país cargamentos de droga. 2º) *Premisa II* (enunciado interpretativo): la extensión semántica del enunciado que enuncia el supuesto del hecho tipificado en el art. 368 CP abarca todas aquellas acciones que contribuyan causalmente a que alguna cantidad de droga ilegal sea puesta a disposición de eventuales consumidores. 3º) *Conclusión* (enunciado atributivo semántico): La conducta de Juan G. es una de las incluidas en el conjunto de las conductas que constituyen la extensión semántica del enunciado típico (“ejecutar actos de (...) tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”). 4º) Corolario (enunciado subsuntivo): Por consiguiente, la conducta de Juan G. se ve afectada por la prescripción formulada en el art. 368 CP.

¹⁴ Por “operaciones” hay que entender aquí tres clases diferentes de actos de habla, cuya combinación en un discurso (el “lenguaje de la imputación”: Mañalich 2012, 673) permite al aplicador del Derecho llegar a conclusiones justificables acerca de si debe o no debe atribuir a —en nuestro ejemplo— la acción de Juan G. la condición de infracción del art. 368 CP.

¹⁵ Desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente a la tipicidad objetiva de la conducta (elementos típicos de naturaleza externa: movimiento corporal, circunstancias de tiempo y lugar, etc.) y, en el caso de los delitos de resultado, a la de sus consecuencias causales.

2º) Imputación sobre bases adscriptivas (en el sentido estricto de la expresión): la adscripción es un proceso dirigido a dotar de sentido cultural a la conducta del agente. A justificar por qué razones la mejor (más razonable) interpretación posible de dichos movimientos corporales es comprenderlos como la obra de una decisión del individuo, que es concebido (interpretado) así como agente. Es decir, a atribuir al agente la condición de autor (Hruschka 1988, 425-426), en el sentido más intenso del término: la condición de *Urheber*, de configurador del acontecimiento (interpretado como acción).

Por ello, no es casualidad que, desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente a: 1º) la caracterización del evento acontecido como acción (Kindhäuser 1980, 169 ss.); 2º) la relación de autoría o de participación entre el agente y la conducta (Paredes Castañón 1995, 59); 3º) la relación entre la conducta y sus consecuencias causales, en el caso de los delitos de resultado (Roxin 1976, 128 ss.); y 4º) los elementos típicos de naturaleza interna consistentes en intenciones (dolo, elementos subjetivos del injusto mutilados de dos actos y elementos subjetivos del injusto de resultado cortado). Porque en todos estos casos no basta con la aserción de la ocurrencia de hechos o de eventos, sino que, para que la imputación de la infracción pueda afirmarse justificadamente, los mismos han de ser incorporados a una argumentación interpretativa más compleja de lo acontecido, en la que se pueda afirmar justificadamente que lo sucedido tiene el sentido de ser la obra de la conducta intencional —bajo alguna descripción— del agente.¹⁶

Así, si la calificación de una conducta como dolosa (o como no dolosa) resulta ser —como aquí se sostiene— un acto de adscripción, entonces la misma es siempre susceptible de ser puesta en cuestión y discutida, en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias en un caso o grupo particular de casos. Puesto que no existe, ni puede existir, una definición científica del término “*dolo*”, sobre la base de la enumeración de condiciones necesarias y suficientes inmediatamente

¹⁶ Nos estamos refiriendo, pues, aquí exclusivamente lo que J. Hruschka denomina primer nivel de imputación o (siguiendo la terminología de J. G. Daries) *imputatio facti* (Hruschka 2009a, 15-21). Pues las operaciones adscriptivas correspondientes al segundo nivel de imputación (o *imputatio iuris*) tienen que ver con la imputación de la sanción y, por ende, con el juicio de culpabilidad.

referidas a la realidad empírica (en virtud de la cual se pueda decir pudiera afirmarse fundadamente que en un caso concreto “existe —ocurre— dolo”), sino que la calificación de una conducta como dolosa o no dolosa es siempre materia de interpretación (de su significación social).

3º) Imputación sobre bases valorativas:¹⁷ preferencia de enunciados que expresan una actitud (más o menos) aprobatoria o desaprobatoria respecto de la acción enjuiciada (Von der Pfordten 1993, 63-64; Von Wright 2000, 349-350, 351-353). (En virtud de lo cual, y al menos en ese aspecto, la acción enjuiciada resulta asimismo subsumible en el tipo penal.) La valoración se lleva a cabo basándose en prescripciones: en reglas de conducta, en cuya virtud la acción será valorada como (más o menos) correcta o incorrecta.¹⁸

Desde este punto de vista, la conducta de Juan G. de asumir la administración de la sociedad tapadera *S* puede ser valorada como correcta (si, por ejemplo, se entiende que se trata de una conducta que entra dentro del riesgo permitido, por tratarse de una actividad cotidiana, o si Juan G. se hallaba en estado de necesidad) o como incorrecta (en otro caso).

El acto de habla realizado por el aplicador del Derecho es, en este caso, uno de naturaleza expresiva, que no es susceptible de juicios de verdad o falsedad, sino únicamente de juicios de corrección o incorrección (Searle 1999, 465-467).

¹⁷ Desde el punto de vista de la sistemática de la teoría del delito, esta parte de la imputación afecta principalmente al juicio de desvalor objetivo de la acción (incluyendo la eventual concurrencia de situaciones justificantes), al juicio de desvalor del evento (lesividad). Pero también al juicio de desvalor subjetivo de la acción en algún caso (ciertamente marginal): allí donde la acción, además de ser dolosa (imputable como infracción), reviste algún otro rasgo psíquico valorativamente que sea relevante para la antijuridicidad de la conducta (y compatible con el principio de responsabilidad por el hecho) y susceptible de graduación (ej.: motivos discriminatorios).

¹⁸ En Paredes Castañón 1995; y Paredes Castañón 2004, me ocupé de examinar en detalle dichas reglas de conducta (reglas de cuidado, que prescriben tanto acciones como abstenciones de acción, y que son diferentes de la norma primaria de conducta, que consiste —en los delitos de acción— únicamente en una prohibición: (Paredes Castañón 1995, 112, n. 71), sobre cuya base se determina el deber de conducta del agente; es decir, las medidas de control de riesgos que, si opta por actuar peligrosamente (en vez de abstenerse de hacerlo), ha de adoptar, para que acción no sea valorada negativamente.

4º) El resultado de todas estas operaciones de imputación es la enunciación de la decisión acerca de subsumir, o no, la conducta enjuiciada en el tipo penal.¹⁹

3. Las ciencias empíricas como instrumento de optimización de la imputación

Justamente, el papel que puede (y, en mi opinión, debe) cumplir el conocimiento científico²⁰ en la imputación jurídico-penal de responsabilidad estriba en racionalizar hasta el límite de lo posible todos estos juicios de imputación, optimizando de este modo los resultados del proceso de subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma sancionadora; y, por ende, el proceso de adjudicación de los casos.

En efecto, el empleo de conocimientos científicos, esto es, del mejor conocimiento²¹ del que dispone la sociedad acerca de cómo es y de cómo se transforma la realidad (tanto la natural como la social), es una condición necesaria²² para asegurar que las decisiones

¹⁹ Desde el punto de vista lingüístico, el acto de habla que se realiza con la subsunción es una de las que John Searle ha denominado “declaraciones asertivas” (Mañalich 2012, 683-685): un acto de habla cuya fuerza ilocucionaria es performativa; pero que, además, pretende que dicho efecto declarativo se justifica en virtud de ciertos estados de cosas concurrentes (que hay que explicitar), que —se interpreta— serían razones suficientes para la declaración (Searle 1999, 469-470).

²⁰ En este trabajo se parte del concepto usual de conocimiento científico en la filosofía contemporánea de la ciencia (Hansson 2016, 487-489): conjunto de proposiciones que pretenden describir y explicar la realidad material y que se caracterizan por (a) proporcionar la información intersubjetivamente más fiable de que disponemos acerca de la misma; (b) estar en constante crecimiento y permanentemente sometido a revisión crítica; (c) aparecer (relativamente) coordinadas entre sí, en fragmentos sistemáticos de saber, que pretenden llegar a integrarse en un conocimiento completamente sistemático. Asumo, entonces, que, debido a estos exigentes requisitos metodológicos, existe una notoria diferencia (tal vez tan solo de grado, pero en todo caso muy significativa) entre la calidad del conocimiento que acerca de la realidad nos proporciona la ciencia y el que nos aportan otros ejercicios intelectuales humanos (poesía, conocimiento técnico artesanal, ideología, religión, máximas de experiencia, “sentido común”, etc.).

²¹ Por conocimiento hemos de entender una creencia verdadera que se funda, siguiendo el método apropiado, en razones suficientemente buenas como para justificarla (Audi 2011, 291)

²² Condición necesaria, pero no suficiente: el empleo del conocimiento científico optimiza la selección de datos relevantes para la imputación, pero no puede garantizar que las acciones adoptadas a partir de ella sean ni eficaces ni eficientes: la cuestión de la eficacia y de la eficiencia de las acciones (también de las actuaciones que se llevan a cabo en aplicación del Derecho) es materia de la teoría normativa de la decisión, que es una técnica de optimización de la racionalidad práctica, pero de ningún modo una ciencia (Peterson 2017, 1-3). Así, por ejemplo, es perfectamente posible

de adjudicación de casos penales alcancen el mayor nivel posible de racionalidad instrumental:²³ el mayor grado posible de adecuación de las actuaciones de los órganos aplicadores del Derecho a los objetivos fijados para el proceso de adjudicación.²⁴ Y ello, porque está demostrado que la eficacia del Derecho (y, por ende, de las actuaciones que pretenden aplicarlo) a la hora de regular conductas está íntimamente vinculada, de una parte, a la aceptabilidad, tal y como es percibida por sus destinatarios, de los modelos de conducta prescritos; y, de otra, a la precisión en la definición de dichos modelos (Evan 1980, 558).

Si esto es así, dado que el objetivo del proceso de adjudicación de casos penales (del proceso penal) es la generación de decisiones materialmente justas y respetuosas con el procedimiento, que promuevan la paz jurídica, mediante la punición de los sujetos responsables de infracciones penales (Roxin/ Schünemann 2017, 2), el empleo de la ciencia dentro del mismo hace posible optimizar tanto el grado de precisión como el grado de aceptabilidad de los criterios que se consideran adecuados para identificar al sujeto responsable y para determinar la sanción que debe imponerse. La precisión, porque el empleo del conocimiento científico permite enunciar qué propiedades de la conducta y del agente son relevantes para la imputación en los términos conceptualmente más precisos y del modo más susceptible de verificación empírica de que disponemos.²⁵ Y la aceptabilidad,

atinar bien en la definición del concepto de dolo (empleando para ello de manera precisa el conocimiento procedente de las ciencias cognitivas) y, pese a ello, fallar estrepitosamente en el tratamiento punitivo de las conductas calificadas como dolosas.

²³ La racionalidad instrumental de una acción parece exigir dos requisitos (Kolodny 2018): 1º) que la alternativa de acción elegida incremente la probabilidad de lograr el objetivo pretendido; y 2º) que la alternativa de acción elegida no resulte, en alguna medida, superflua (es decir, que no existiese otra alternativa de acción menos costosa e igual de eficaz).

²⁴ Es importante destacar que el empleo de la ciencia en nada mejora la calidad moral de las decisiones de adjudicación... salvo indirectamente, en la medida en que, al clarificar los términos de la imputación de responsabilidad, evita los “fraudes de etiquetas” (por ej.: calificar como dolosa en virtud de un simple *fiat* del aplicador del Derecho una conducta que, en realidad, no reúne ninguna de las características psíquicas que se reputen necesarias para justificar tal calificación). Pero si las normas sustantivas aplicables son inmorales, si en el proceso no se respetan las garantías procedimentales básicas o si se aplican reglas de imputación inicuas, entonces el resultado de emplear la ciencia en la adjudicación será, sí, máximamente racional desde un punto de vista instrumental, pero también —por su mayor eficacia— máximamente injusto e inhumano.

²⁵ Este trabajo versa sobre el papel que pueden cumplir en la imputación las ciencias empíricas: es decir, el conocimiento cientí-

porque, en nuestra cultura, el hecho de que dicha decisión sobre qué es relevante se justifique a través del mejor conocimiento disponible, que siempre es el conocimiento científico, maximiza la racionalidad percibida de la decisión; y, con ello, su aceptabilidad (Ede/Cormack 2017, 387-390).²⁶

Como es lógico, esta función de optimización de la racionalidad instrumental de la imputación, que sugiero que puede y debe cumplir la ciencia, se ha de concretar de manera diferente en cada una de las tres clases de operaciones de imputación que he enumerado, puesto que, como hemos visto, son diferentes los argumentos que sustentan cada una de ellas. Esto hace que, aunque en una cultura tan cientifista como la nuestra difícilmente puede cuestionarse en términos globales la importancia del conocimiento científico para la racionalidad de una práctica social como la de la aplicación del Derecho Penal, sí que es posible, en cambio, discutir cuál debe ser exactamente su papel en cada caso. De manera que vamos a ver que existen propuestas metodológicas más y menos científicas a la hora de llenar de contenido las categorías de la teoría del delito.

4. Juicios de valoración instrumental (de la acción y del resultado)

En el caso de las operaciones de imputación sobre bases valorativas, es importante señalar que las valoraciones que se pide que el aplicador del Derecho lleve a cabo no son, en su gran mayoría, valoraciones de naturaleza moral, sino más bien valoraciones de naturaleza instrumental.²⁷ En efecto, tanto en el caso

que tiene por objeto proporcionar explicaciones máximamente racionales de los hechos perceptibles a través de los sentidos (Bunge 2004, 19). Queda, pues, completamente fuera de consideración el papel de la lógica y de otras disciplinas formales.

²⁶ Y ello, pese a que, por supuesto, la relación entre conocimiento científico y decisión no es nunca armoniosa, sino más bien siempre problemática, por razones epistemológicas, dado que la previsión de las consecuencias probables de actuar resulta habitualmente incierta (Cartwright/ Hardie 2012) y está sujeta además a sesgos socioculturales (Douglas 1996, 141 ss.). No obstante, a pesar de estos inconvenientes, recurrir al conocimiento científico disponible y relevante para justificar una decisión (*evidence-based management*) sigue resultando la alternativa óptima de entre las posibles, a la hora de decidir actuar (Barends/ Rousseau 2018, 1-17).

²⁷ Como señala Von Wright 2010, 42-50, los juicios de valor, por más que tengan en común una determinada caracterización semántica de los enunciados a través de los que se expresan, en realidad pueden obedecer a criterios de valoración de muy diferente naturaleza, que poco tienen que ver entre sí. En concreto, la valoración moral y la valoración instrumental y técnica son —en

del juicio de lesividad (desvalor del evento) como en la mayoría de las operaciones que dan lugar al juicio de desvalor objetivo de la acción (no todas, como veremos luego), lo que se pide al aplicador del Derecho es que lleve a cabo una valoración de dichos estados de cosas (evento causado y conducta causante) desde el punto de vista de su bondad instrumental,²⁸ no moral. Así, en el primer caso, se le pide que determine si el evento causado por la conducta del agente es instrumentalmente idóneo para afectar al bien jurídico-penalmente protegido (Paredes Castañón 2013, 183-196). Y, en el segundo, si la conducta del agente ha sido o no instrumentalmente adecuada a la hora de mantener bajo control el riesgo de lesión del bien jurídico (Paredes Castañón 1995, 109 ss.).²⁹

Los juicios de bondad instrumental se concretan a través de la preferencia de enunciados cuyo significado posee un componente de objetividad (esto es, de validez intersubjetiva): la valoración de dicha bondad está ligada siempre a un determinado criterio de bondad (Hare 1991, 102); y, en el caso de los juicios de bondad instrumental (a diferencia de lo que ocurre con los juicios morales), es posible validar la verdad o falsedad del enunciado que en el caso concreto afirma o niega la concurrencia, en mayor o menor grado, de la propiedad fijada por el criterio (Von Wright 2010, 56-61).

Así, el juicio que valora que la conducta de Juan G., al asumir la administración de la sociedad *S*, ha sido objetivamente imprudente (infringe su deber de conducta, superando el riesgo permitido) se basará en un determinado criterio de bondad: por ejemplo, en la regla de cuidado que prescribe que no se debe asumir nunca un rol social en el que sea probable llevar a cabo conductas peligrosas para el bien jurídico que el agente no está capacitado para controlar (Paredes Castañón 1995, 272 ss.). Desde luego, es perfectamente posible intentar objetivar los elementos descriptivos que componen la regla (rol

social, peligro, capacidad de control,...), de manera que la valoración acabe apoyándose en enunciados que sí que son susceptibles de verdad o falsedad. (Por ejemplo: “Debido a su falta de capacidad técnica, Juan G. era incapaz de supervisar efectivamente los negocios en los que participaba la sociedad *S*”).

Precisamente, el papel que puede y debe cumplir el conocimiento científico en relación con estos juicios de bondad instrumental tiene que ver con la optimización de su validación intersubjetiva. En concreto, lo que el conocimiento científico acerca de la realidad empírica puede aportar a dichos juicios es dotar de una justificación racional óptima a los enunciados anankásticos que fundamentan las valoraciones de idoneidad lesivas y las reglas de cuidado.

Así, en el caso del juicio sobre el desvalor objetivo de la acción, que toma como criterio de valoración el cumplimiento o incumplimiento de un determinado conjunto de reglas de cuidado (prescripciones que el agente debe inferir a partir de la norma penal primaria, con el fin de mantener bajo control el riesgo que previsiblemente se ha de derivar de la conducta: Paredes Castañón 1995, 109-116), la justificación del mismo pasa necesariamente —entre otros factores— porque se demuestre que dichas reglas de cuidado se apoyan en reglas técnicas (Paredes Castañón 2004, 145-147): en reglas que establecen una conexión entre un medio y un fin, indicando qué acción(es) debe(n) realizarse para lograr un determinado resultado (“Para lograr *R*, haz *A*”: Von Wright 1970, 29). Y, a su vez, para que las reglas técnicas sean relevantes, es preciso que estén basadas en enunciados que describan la naturaleza de la relación existente entre *A* y *R*: “Siempre que se hace *A*, ocurre *R*”. A estos enunciados que sustentan las reglas técnicas (y, por consiguiente, también las reglas de cuidado que en ellas se apoyan) es a lo que G. H. von Wright denomina enunciados anankásticos (Von Wright 1970, 29). Parece evidente que dichos enunciados estarán óptimamente justificados allí donde los mismos formen parte de una teoría científica que explique la relación entre *A* y *R*. Así, parece obvio que es preferible (porque mantiene mejor bajo control el riesgo, y a un coste menor) una regla de cuidado que prescriba con precisión una determinada clase de acciones A_n , en vez de otra que se limita a prescribir un comportamiento “diligente” o “razonable” (Paredes Castañón 2004, 148-151). Y que aquella modali-

principio, al menos— juicios completamente independientes.

²⁸ “Atribuir bondad instrumental a una cosa es primariamente decir que tal cosa sirve bien para un objetivo” (Von Wright 2010, 52).

²⁹ Por supuesto, la razón de que en el proceso de adjudicación de casos penales al aplicador del Derecho se le pidan sobre todo juicios de bondad instrumental, y no de bondad moral, estriba en que el legislador se reserva la mayoría de los juicios morales: sobre qué estados de cosas (bienes jurídicos) merecen protección y sobre qué conductas lesivas para dichos estados de cosas resultan tan inadmisibles que deben ser prohibidas (Paredes Castañón 2013, 98-100).

dad de regla resulta tanto más preferible cuanto más deterministas y mejor justificados (esto es, más coherentes con el resto del conocimiento) sean los enunciados anankásticos en los que se basa.

Así, si fuese posible acreditar científicamente (mediante la correspondiente evidencia criminológica) que todo individuo con la formación y capacidad de Juan G., cuando asume la administración de una sociedad mercantil, acaba permitiendo que en el seno de la misma se comentan delitos, sin ser capaz de evitarlos, entonces la valoración objetiva de su conducta estaría mucho mejor justificada.

Evidentemente, la optimización que el conocimiento científico (en los casos en los que dispongamos de él) puede proporcionar al juicio de desvalor objetivo de la acción alcanza también al plano probatorio. En efecto, la ciencia no solo puede ayudar a formular más racionalmente las reglas de cuidado conforme a las que se valora la corrección objetiva de la conducta, sino que puede también contribuir a probar de una manera más rigurosa si en el caso concreto se han dado o no los hechos empíricos que han de sustentar la valoración: a probar si efectivamente el agente, a la hora de actuar, adoptó o no ciertas precauciones (medidas de cuidado) y qué efecto causal tuvieron las mismas (sobre el riesgo).

Para valorar de si las medidas de cuidado adoptadas o no adoptadas por parte de Juan G. satisficieron o no las reglas de cuidado que resultaban relevantes, será preciso determinar si Juan G. era en principio efectivamente capaz de supervisar la actividad de la sociedad *S*, si el rol que efectivamente ocupó en la sociedad le ponía en disposición de llevar a cabo tal actividad de supervisión,... Hechos estos que se puede intentar establecer de manera más o menos intuitiva, pero que también se pueden tratar de determinar recurriendo a los datos aportados por exámenes psicológicos y de aptitud realizados a Juan G., al análisis de la estructura y características de la sociedad *S* desde el punto de vista de la teoría de la organización industrial, etc. Y no cabe duda de que esta segunda forma de hacerlo (de probarlo) resulta más racional, óptima.³⁰

³⁰ Ambas funciones, la sustantiva y la probatoria, se cumplen también en el caso de aquellas causas de justificación que consisten en ampliaciones excepcionales del nivel de riesgo permitido: en efecto, elementos de las mismas como la “necesidad racional

Algo semejante ocurre a la hora de valorar la lesividad de la conducta: el juicio que valora la lesividad de la conducta de Juan G. para la salud pública se basará en el conocimiento probabilístico (puesto que se trata de un delito de peligro) acerca de la relación existente entre la administración de empresas-tapadera y la efectividad en la distribución de drogas ilegales. Criterio este que puede ser objetivado mediante estudios científicos (criminológicos). Y, de modo similar, en el caso de delitos de lesión, cabe recurrir al conocimiento científico causal para determinar el origen del estado de cosas que lesiona el bien jurídico.³¹

5. Juicios de valoración moral

Pese a todo, hay también aspectos —ciertamente, minoritarios— en los que la imputación de la infracción depende de juicios de imputación sobre bases valorativas que sí que tienen una naturaleza propiamente moral.

Así, por ejemplo, en el caso que estamos manejando, podría aducirse que la conducta de asumir la administración de una sociedad mercantil es una conducta cotidiana, socialmente adecuada, que forma parte del riesgo permitido, por lo que no concurriría en ella ningún des-

del medio empleado”, la “proporcionalidad” o la “subsidiariedad” no son en definitiva sino reglas de cuidado; eso sí, particularmente vagas en su contenido prescriptivo (Paredes Castañón 1995, 415 ss.; Paredes Castañón 1997). Por lo que también para ellas valen las consideraciones expuestas sobre el papel que puede y debe cumplir la ciencia en las valoraciones (de bondad instrumental) que conllevan.

³¹ Existe, sin embargo, una diferencia significativa entre el conocimiento científico que está disponible para valorar la lesividad en delitos de lesión y en delitos de peligro. Pues el conocimiento sobre las conexiones causales entre eventos (aquí: entre conducta y lesión del bien jurídico) puede versar tanto sobre clases de eventos como sobre eventos individualizados (Tooley 2009). De manera que la ciencia es capaz —en el mejor de los casos— de proporcionar explicaciones causales tanto en el plano de las leyes causales (ej.: la conexión legaliforme existente entre la clase de las acciones penalmente típicas y los estados de cosas que constituyen lesiones del bien jurídico) como en el de los eventos individuales (ej.: la conexión existente entre una determinada acción concretamente enjuiciada y un determinado daño que es consecuencia de dicha acción). En cambio, en el caso de los delitos de peligro, el conocimiento científico sobre las probabilidades solamente puede versar sobre clases de acciones (La Caze 2016, 343-348), por lo que en último extremo la valoración de una concreta conducta enjuiciada tendrá una fundamentación epistemológica necesariamente mucho más débil.

valor objetivo.³² Dilucidar dicho argumento (como, en general, cualquiera que haga referencia al ejercicio de derechos o a la ponderación de intereses) exige necesariamente entrar a razonar en términos morales.³³

La pregunta es si en estos casos la ciencia puede también contribuir a optimizar la valoración moral y, por ende, el juicio de imputación. Pregunta cuya respuesta debe ser que depende: depende de cuál sea la teoría metaética de la que partimos y, consiguientemente, de cuál sea la naturaleza que atribuyamos a los enunciados morales. En concreto, quien defienda una teoría metaética naturalista, a tenor de la cual las propiedades morales (de los eventos y de las acciones, entre otras entidades) sobrevienen necesariamente sobre propiedades naturales de esas mismas entidades,³⁴ podrá otorgar también un papel a la ciencia en la realización de estos juicios de valor. Mas no en otro caso.

Así, si —por ejemplo— partimos de una ética normativa utilitarista (caso paradigmático de concepción moral abiertamente naturalista) y esta es concebida como una descripción realista de las propiedades morales de las acciones, entonces la valoración moral que merezca el hecho de que la conducta de Juan G. pueda ser calificada como conducta cotidiana dependerá del efecto causal global de la misma sobre el bienestar social. Efecto para cuya medición, desde luego, resulta pertinente, y aconsejable, recurrir al conocimiento científico. (Paredes Castañón 2019, 123-126)

³² Para los fundamentos dogmáticos del argumento, vid. Roca de Agapito 2013.

³³ No solo en el ámbito de las causas de justificación ocurre esto a veces, sino también en el del desvalor subjetivo de la acción: allí donde exista algún rasgo psíquico valorativamente relevante para la antijuridicidad de la conducta, que no sea mera condición necesaria para la imputación (como ocurre con el dolo y con los elementos subjetivos del injusto mutilados de dos actos o de resultado cortado), y cuya presencia en la mente del agente resulte susceptible de graduación (en intensidad, por ejemplo), será necesaria una valoración, y esta revestirá naturaleza moral. Así, por ejemplo, la mayor o menor relevancia que deba otorgarse a los motivos del agente (ej.: “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” —art. 22,3ª CP—), en tanto que actitud interna valorativamente relevante (Luzón Peña 2016, 384-385), para graduar la antijuridicidad de la conducta, depende también de la valoración moral que, en un determinado tipo penal o en un caso concreto, se otorgue al contenido intencional específico de dicha motivación y a la intensidad de la misma.

³⁴ Entre los defensores más destacados de teorías metaéticas naturalistas, vid. Railton 1986; Boyd 1988; Brink 1989; Jackson 1998;

Ocurre, sin embargo, que, en mi opinión, las concepciones cognitivistas y naturalistas de la ética están sujetas a importantes objeciones y dificultades, tanto de orden filosófico como práctico; objeciones y dificultades que, a mi entender, resultan insuperables. Por ello, soy de los que piensan que el papel que la ciencia puede cumplir en relación con los juicios de imputación sobre bases valorativas *de naturaleza moral* es prácticamente inexistente: en efecto, si la valoración moral que merece una acción depende bien de propiedades no naturales de la misma, o bien —como me parece más convincente— de su contraste con las actitudes y/o planes de vida del observador,³⁵ entonces no hay espacio para introducir la ciencia (que, por definición, versa siempre sobre hechos y sobre las propiedades naturales de los mismos) en estos juicios de valor.

En nuestro ejemplo: si la valoración moral que merece una conducta cotidiana no depende —como en el caso del utilitarismo— de sus propiedades naturales, sino de otros factores, no naturales (por ejemplo: de una determinada idea acerca de los deberes y responsabilidades del ciudadano a la hora de proteger los bienes jurídicos), entonces el juicio de valor sobre el comportamiento de Juan G. no puede recurrir de ningún modo a la ciencia para “objetivarse”. Justamente, porque no hay objetivación posible de las valoraciones morales (tan solo cabe la posibilidad de explicar las razones que llevan al observador a realizarlas).

En resumidas cuentas: cuando se trata de valorar tanto la acción como sus consecuencias causales, la ciencia tan solo puede fundamentar (y optimizar) las valoraciones puramente instrumentales. Pero no, en cambio, las de naturaleza moral: en este caso, la ciencia puede ayudar a optimizar el proceso de constitución del objeto de la valoración moral, pero no la valoración misma.

³⁵ Ya en Paredes Castañón 2013, 141-148, expliqué mi adhesión a una concepción no cognitivista y antirrealista de la ética, en la línea defendida por Blackburn 1984, 181 ss.; Gibbard 1990; Blackburn 1993; Blackburn 1998, 48 ss.; Gibbard 2003.

6. Bibliografía

- Alchourrón, C./ Bulygin, E. (2015): "Limits of Logic and Legal Reasoning", en Bulygin, E., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 253-271.
- Audi, R. (2011): *Epistemology. A Contemporary Introduction*. 3ª ed. London/ New York: Routledge.
- Barends, E./ Rousseau, D. M. (2018): *Evidence-Based Management*. New York: Kogan Page.
- Beaney, M. (2006): "Wittgenstein on Language: From Simples to Samples", en Lepore, E./ Smith, B. E. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford University Press, Oxford, pp. 40-59.
- Blackburn, S. (1984): *Spreading the Word*. Oxford: Oxford University Press.
- Blackburn, S. (1993): *Essays in Quasi-Realism*. Oxford: Oxford University Press.
- Blackburn, S. (1998): *Ruling Passions*. Oxford: Oxford University Press.
- Boyd, R. N. (1988): "How to Be a Moral Realist", en Sayre-McCord, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Cornell University Press, Ithaca, pp. 181-228.
- Brink, D. O. (1989): *Moral realism and the foundations of ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bunge, M. (2004): *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*. 3ª ed. Trad. M. Sacristán Luzón. México: Siglo XXI.
- Cardenal Montraveta, S. (2002): *El tipo penal en Beiling y los neokantianos*. Barcelona: PPU.
- Cartwright, N./ Hardie, J. (2012): *Evidence-Based Policy*. Oxford/ New York: Oxford University Press.
- Cuerda Riezu, A. (2009): "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, pp. 157-209.
- Douglas, M. (1996): *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Trad. V. A. Martínez. Barcelona: Paidós.
- Duff, A. (2007): *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford/ Portland: Hart.
- Ede, A./ Cormack, L. B. (2017): *A History of Science in Society*. 3ª ed. Toronto: University of Toronto Press.
- Evan, W. M. (1980): "Law as an Instrument of Social Change", en Evan (ed.), *The Sociology of Law*, Free Press, New York, pp. 554-562.
- Gibbard, A. (1990): *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*. Oxford: Oxford University Press.
- Gibbard, A. (2003): *Thinking How to Live*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hansson, S. O. (2016): "Science and Non-Science", en Humphreys, P. (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Science*, Oxford University Press, New York, pp. 485-505.
- Hare, R. M. (1991): *The Language of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1994): *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Hruschka, J. (1988): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2ª ed. Berlin/ New York: Walter De Gruyter.
- Hruschka, J. (2009a): "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", trad. F. Baldó Lavilla. En Hruschka, *Imputación y Derecho penal*. 2ª ed. BdeF, Buenos Aires, pp. 11-29.
- Hruschka, J. (2009b): "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?", trad. P. Sánchez-Ostiz. En Hruschka, *Imputación y Derecho Penal*. 2ª ed. BdeF, Buenos Aires, pp. 333-368.
- Kindhäuser, U. K. (1980): *Intentionale Handlung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kolodny, N. (2018): "Instrumental Reasons", en Star, D. (ed.), *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford University Press, Oxford, pp. 731-763.
- La Caze, A. (2016): "Frequentism", en Hájek, A./ Hitchcock, C. (eds.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 341-359.
- Lucas, J. R. (1993): *Responsibility*. Oxford: Clarendon Press.
- Luzón Peña, D-M. (2016): *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Montevideo/ Buenos Aires: BdeF.
- Mañalich, J. P. (2012): "El concepto de acción y el lenguaje de la imputación", *Doxa*, nº 35, pp. 663-690.
- Mañalich, J. P. (2018): "¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?", *Enfoques Penales*, marzo 2018, pp. 22-26.
- Myers, D. G. (2000): *Psicología social*. Trad. H. Tejada T. 6ª ed. Santa Fe de Bogotá: McGraw-Hill.

- Nino, C. S. (1980): *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- Paredes Castañón, J. M. (1995): *El riesgo permitido en Derecho Penal*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.
- Paredes Castañón, J. M. (1997): “Riesgos normales y riesgos excepcionales: observaciones sobre la exclusión de la tipicidad penal de las conductas peligrosas”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat de València, Valencia, pp. 561-597.
- Paredes Castañón, J. M. (2004): “La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico”, *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 12, pp. 139-165.
- Paredes Castañón, J. M. (2013): *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paredes Castañón, J. M. (2019): “El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 22, pp. 107-158.
- Paul, S. K. (2021): *Philosophy of Action. A Contemporary Introduction*. New York/ London: Routledge.
- Peterson, M. (2017): *An Introduction to Decision Theory*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ragués i Vallés, R. (2013): “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, *Discusiones*, nº 13, pp. 11-38.
- Railton, P. (1986): “Moral Realism”, *The Philosophical Review*, vol. 95, pp. 163-207.
- Roca de Agapito, L. (2013): *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (1976): “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”, en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. D. M. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 128-148.
- Roxin, C./ Greco, L. (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. 5ª ed. München: C. H. Beck.
- Roxin, C./ Schünemann, B. (2017): *Strafverfahrensrecht*. 29ª ed. München: C. H. Beck.
- Searle, J. (1999): “Una taxonomía de los actos ilocucionarios”, trad. L. M. Valdés Villanueva, en Valdés Villanueva, L. M. (comp.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 453-479.
- Shoemaker, D. (2011): “Attributability, Answerability, and Accountability: Toward a Wider Theory of Moral Responsibility”, *Ethics*, vol. 121, nº 3, pp. 602-632.
- Smith, A. M. (2007): “On Being Responsible and Holding Responsible”, *The Journal of Ethics*, vol. 11, pp. 465-484.
- Tooley, M. (2009): “Causes, Laws, and Ontology”, en Beebe, H./ Hitchcock, C./ Menzies, P. (eds.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford University Press, Oxford, pp. 368-386.
- Tugendhat, Ernst (1997): *Lecciones de ética*. Trad. L. R. Rabanaque. Barcelona: Gedisa.
- Vilajosana, J. M. (2010): *El derecho en acción*. Madrid: Marcial Pons.
- Von der Pfordten, D. (1993): “Sein, Werten, Sollen”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 79, pp. 48-69.
- Von der Pfordten, D. (2011): *Rechtsethik*. 2ª ed. München: C. H. Beck.
- Von Wright, G. H. (1970): *Norma y acción. Una investigación lógica*. Trad. P. García Ferrero. Madrid: Tecnos.
- Von Wright, G. H. (2000): “Valuations – or How to Say the Unsayable”, *Ratio Juris*, vol. 13, pp. 345-357.
- Von Wright, G. H. (2010): *La diversidad de lo bueno*. Trad. D. González Lagier/ V. Roca. Madrid: Marcial Pons.

El papel del Derecho penal ante una nueva realidad europea federal

Virginia Saldaña Ortega

Profesora de Derecho de la Unión Europea en la Universidad Isabel I. Doctoranda en Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá. Vicesecretaria general del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (I.E.L.E.P.I).

RESUMEN: El contexto que impera en la realidad manifestada en el seno de la Unión Europea, ha visibilizado la necesidad de abogar por una situación del proyecto articulada bajo un estándar de mayor solidez, que permita seguir dando solución a las inestabilidades que previsiblemente continuarán asolando nuestro futuro más inmediato y que son elemento clave para la manifestación de nuestras actuaciones más resilientes como organización supranacional.

En este orden de ideas, es que venimos a procurar una salida óptima a la encrucijada en que se encuentra la Unión Europea, basada en la implementación de un modelo federal como escenario óptimo en el que proceder a la remodelación de un proyecto que fue creado hace más de setenta años y que inexcusablemente precisa de una revisión y actualización. Y es precisamente en este punto en que venimos a disponer el papel protagónico que, de forma irrenunciable debe ostentar el área del Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, derecho comunitario, Unión Europea, Federalismo, Tratado de Lisboa, Código Penal europeo, europeización.

SUMMARY: The prevailing context in the reality manifested within the European Union has revealed the need to advocate for an articulated project situation under a more solid standard, which allows us to continue providing solutions to the instabilities that will foreseeably continue to plague our immediate future and that are a key element for the manifestation of our most resilient actions as a supranational organization.

In this order of ideas, it is that we come to seek an optimal way out of the crossroads in which the European Union finds itself based on the implementation of a federal model as an optimal scenario in which to proceed with the remodeling of a project that was created more than seventy years old and that inexcusably needs revision and updating. And it is precisely at this point that we come to have the leading role that, in an inalienable way, the area of Criminal Law must play.

KEYWORDS: criminal law, community law, european union, federalism, treaty of lisbon, european penal code, europeanization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La construcción del proyecto europeo. 3. La evolución del Derecho derivado y su implicación en la cimentación de una realidad en materia penal. 4. La naturaleza de la Unión Europea a examen. 5. Hacia la construcción de un modelo federal para la Unión Europea. 6. Conclusiones.

Rec: 16/06/2022 | Fav: 02/09/2022

1. Introducción

La evolución acontecida en el seno del proyecto europeo desde su creación, en aquellos lejanos años cincuenta, denota la indudable puesta en marcha de un complejo mecanismo capaz de articular todo un compendio de elementos, materia y procedimentalismos que, de manera inigualable y genuina vinieron a construir un entramado normativo común, supranacional y de imperiosa envergadura, denominada: Unión Europea. Con añoranza recordamos en estas modestas líneas a ilustres historiadores y politólogos como JEAN MONNET o PIERRE DU BOIS que de forma paciente y visionaria abogaban ya en aquellos años por una construcción supranacional federalizada, objetivo hoy de nuestros mayores anhelos para quienes defendemos la idea de Europa, desde una construcción integradora y armonizada.¹

Incidimos en este sentido precisamente por lo particular de estas matizaciones y es que la integración y la armonización suponen hoy los grandes objetivos a corto, medio y largo plazo en el seno de la organización, máxime teniendo en consideración las especiales circunstancias que acontecen en nuestra realidad más imperante. Situaciones de inestabilidad a nivel político, económico y social que, indudablemente, para quien escribe, viene a suponer un fortalecimiento de la comunidad, de los valores de conjunto y del sentimiento de pertenencia. Y es precisamente en este orden de ideas en el que venimos a evidenciar la necesidad de aportar un nuevo y reflexivo impulso de la realidad comunitaria, y ello pasa indudablemente por el apoyo a una armonización del Derecho punible e innegablemente por el asentamiento de una realidad federalizada.

2. La construcción del proyecto europeo

Como advertíamos, de un breve análisis temporal de las circunstancias que han venido sucediendo en el seno de la realidad europea ha sido de todo punto progresivo. Cabe recordar que los inicios de su andanza se encontraron encauzados en un enfoque eminentemente económico, tal y como vinieron a reflejar los tratados fundacionales de aquellas primigenias Comunidades Europeas del año 1951.² Es precisamente este marcado carácter económico el que derivó en un sentimiento de euroescepticismo y antieuropeísmo entre la ciudadanía difícilmente salvable en el que los ciudadanos de los distintos Estados miembros, no encontraron un fundamento en el que sustentar su pertenencia a la organización, precisamente por no sentirse parte ni sujeto participante en su construcción ni en el desarrollo organizativo y de normativa, como actividad principal desarrollada en el seno de su sistema institucional. Esta falta de legitimidad democrática manifestada en el sentir de la ciudadanía europea la que dio paso al nacimiento del conocido *déficit democrático europeo*.

Algunos años más tarde y con motivo de la asimilación por parte de las instituciones y del conjunto de la Unión Europea de lo inviable del escenario, no solo por la inestabilidad que podía llegar a suponer de cara a la pervivencia del proyecto europeo una composición social eminentemente antieuropeísta, sino por la necesidad de procurar una evolución hacia otros escenarios al margen del aspecto económico común, es que vino a sucederse el que conocemos como segundo gran periodo en la historia de la Unión Europea.

En esta segunda etapa, el cambio de paradigma resultó absoluto, llegándose por fin a comprender la necesidad de dejar de lado la visión estratégica enfocada en el ámbito exclusivamente económico y apostando

¹ SALDAÑA ORTEGA, V., "Origen y evolución de la Unión Europea: Hacia la construcción de un modelo federal", en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Molina del Pozo*, Edit. Tiran lo Blanch, Madrid, 2020, pp. 115-130.

² Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [DOUE, del 18 de abril de 1951].

por la consecución de una armonización en la esfera social, y con ello la obtención y reconocimiento de amplísimos derechos individuales,³ el impulso de la organización supranacional y la armonización de materias normativas hasta el momento relegadas a los futuribles de un mañana incierto. Este nuevo rumbo supuso, indudablemente, un punto de inflexión para la realidad de los europeos que comenzaron a ver normativizados y regulados los principales aspectos de su día a día.

En la actualidad, bien podemos afirmar la casi completa armonización de materias de gran impacto y que han puesto de manifiesto la más que probable marcha hacia una realidad federal que, positivamente, ha sido impulsada por los desastres acontecidos en los últimos años. Cabría ejemplificar la realidad expuesta en las presentes líneas a parir de la instauración de un Derecho administrativo europeo o su implementación en el ámbito relativo a la contratación pública como evidencia primera de un enfoque armonizado y tendente a una integración real y completa en términos normativos para su asimilación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. De igual manera, principios de tanta virtualidad práctica como el relativo a la responsabilidad patrimonial de los Estados en materia de incumplimiento del Derecho comunitario podría ser catalogado como otra ejemplificación más de la realidad que venimos manifestando en el presente proyecto.

Ello no supone una lista tasada y limitada a los aspectos anteriormente recogidos, bien podríamos inclinarnos por la argumentación que defiende la puesta en marcha de un Mercado Único, de una moneda común y un largo etcétera en el que, por motivos de economía temporal no conviene detenernos en este momento. Todos los ejemplos ofrecidos presumen, además, la visibilización de una apuesta federalista por parte de la organización que poco a poco viene asimilándose y asentándose en el pensamiento de los europeístas, de las instituciones europeas y de su ciudadanía.

Y en este orden de ideas es donde encontramos conveniente abordar la siguiente cuestión que irremediablemente se plantea a quienes luchamos por la procura de una realidad armonizada y de verdadera integración en el panorama comunitario: ¿es hoy en

día el Derecho penal europeo una realidad concordada? Dar respuesta al citado planteamiento resulta de gran dificultad sin ofrecer un desarrollo mínimo de las circunstancias y los pasos que históricamente han ido sucediéndose alrededor de la materia objeto de contravención en el presente escrito. Si realizamos nuevamente un ejercicio de retrotramiento a los primeros años de existencia del proyecto comunitario, concretamente asentándonos en la realidad de 1957, no fallamos al afirmar la improcedencia y lo desmesurado del planteamiento de una armonización en la materia y la consideración errática que para la realidad de la época supondría esta situación.

Que la Unión Europea albergara competencias en la punibilidad y que ello fuera una situación manifestada convenientemente por el entonces vigente Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas suponía una realidad prácticamente inimaginable en ese momento, y ello motivó la ausencia de toda disposición relativa a la materia en los tratados de los primeros años de recorrido de las Comunidades. De hecho, no es hasta el *caso del maíz griego*⁴ que comienza a ofrecerse una visión discordante con aquel planteamiento proteccionista defendido por parte de los Estados miembros quienes veían peligrar de alguna manera su nación y por medio de la cual les impone el establecimiento de medidas, sanciones efectivas que sean además proporcionadas y disuasorias. Ello, con motivo de la necesidad de facultar normas de *ius puniendi* más suficientes —en el caso de contravención, en materia de intereses financieros—.

3. La evolución del Derecho derivado y su implicación en la cimentación de una realidad en materia penal

Como veníamos advirtiendo en párrafos anteriores, la evolución acontecida en el seno del Derecho originario, al respecto de la armonización penal en la Unión Europea sufrió un largo e inconstante proceso de evolución en el que si bien en unos inicios, no se experimentaron grandes aportaciones al respecto de la materia en el contenido de los textos, la evolución a partir del Tratado de Maastricht⁵ vino a evidenciar un cambio de paradigma por el que se entendió plau-

³ MOLINA DEL POZO, C.F., “Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: Reiterada regulación en los textos de los Tratados”, en *Los Derechos Humanos en el Tercer Milenio: Fundamentos, Paradojas e Impacto Social*, Ciudad de México, 2016.

⁴ TJCE del 21 de septiembre de 1989, caso maíz griego (Asunto C- 68/88).

⁵ Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht [DOUE C 191/1, del 29 de julio de 1992].

sible apostar por la estructuración de otras realidades, algunas de ellas, relativas al ámbito de seguridad y justicia, como veremos a continuación.

El Tratado de Maastricht incorporó a la realidad comunitaria el tercer pilar⁶ encargado de la cooperación en el ámbito de justicia y asuntos de interior, no siendo hasta el Tratado de Ámsterdam⁷ que se produce un verdadero impulso significativo, gracias a la consagración del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que permitió la armonización, en gran medida, de esta rama del Derecho en los distintos Estados miembros. Esta posibilidad se encontraba entonces regulada en el artículo 31.e del citado tratado, de cuyo tenor literal se desprende la necesidad de establecimiento de un estándar de mínimos al respecto de los elementos constitutivos de delitos y de sus penas para aquellas materias que pudieran excederse de la protección de los intereses financieros. Ello vino a suponer una extensión hasta entonces impracticable, por la que la delincuencia organizada, el terrorismo, el tráfico de sustancias ilegales, la corrupción o la explotación sexual entre otros, debían encontrarse dentro de su ámbito o alcance, de acuerdo con el Consejo de Viena cuyo texto enumera aquellos delitos que son susceptibles de armonización en el seno de la Unión Europea y de conformidad con el Consejo Europeo de Tampere,⁸ que facilitaba el acceso a un auténtico espacio europeo de justicia.⁹

Realizando un salto temporal, convenimos en aproximarnos en este momento, a las aportaciones realizadas por el Tratado de Lisboa,¹⁰ vigente en nuestra actualidad y cuya elaboración y posterior publicación supuso la eliminación del tercer pilar y el consiguiente sometimiento ante Tribunal de Justicia de la Unión

Europea.¹¹ No erramos al afirmar que la procura de una armonización en el ámbito penal se ha visto caracterizada por un enfoque puramente financiero y de la protección de los intereses comunitarios en este campo de la realidad obviando de manera muy significativa un posible abordaje basado en una óptica más general de esta rama del conocimiento jurídico y no quedando limitado a un estadio concreto por los intereses que su normativización y protección pudieran llegar a acarrear. No obstante, y haciendo un ejercicio de observancia objetiva de las circunstancias que han venido a producirse a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa, lo cierto es que la fundación de elementos tales como el *Eurojust* o la Fiscalía Europea,¹² ambos instrumentos de vital importancia práctica y que han supuesto un hito absoluto de nuestra historia reciente, han venido a ofrecer una pequeña salida a aquel exclusivismo financiero del que ha pecado la armonización penal a lo largo de los últimos años.

El refuerzo normativo que experimentó *Eurojust*¹³ fue uno de los elementos esenciales que desencadenó en la creación de una Fiscalía Europea,¹⁴ en absoluto desmerecedora de nuestro interés en estos momentos, ello pese a su desarrollo fundamentado en la práctica financiera y de protección de los intereses de esta naturaleza pues pese a resultar ello una realidad incuestionable, lo cierto es que en atención a algunas afirmaciones realizadas por las instituciones comunitarias,¹⁵ a partir de tales manifestación se prevé la ampliación de la propia Fiscalía a asuntos de otra naturaleza, encaminados a la posible persecución de la lucha en contra de la delincuencia grave transfronteriza. Lamentablemente, pese a ello, del consi-

⁶ Cabe recordar que los tres pilares que componían la Unión Europea en aquel momento eran: la Comunidad Europea, la política exterior y la seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal

⁷ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos [DOUE C 340/1, del 10 de noviembre de 1997].

⁸ Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999). Conclusiones de la presidencia. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (Última consulta: 20/06/2022).

⁹ GONZÁLEZ VIADA, N., Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional, Marcial Pons, 2009, pp. 9 y ss.

¹⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 [DOUE 2007/C 306/01].

¹¹ SATZGER, H., "La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros", en *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012, pp. 11 y ss.

¹² Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DOUE L 283/1 del 31 de octubre de 2017).

¹³ Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia [DOUE L 63/1, del 6 de marzo de 2002].

¹⁴ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea [DOUE L 283/1, del 31 de octubre de 2017].

¹⁵ Comunicación de la Comisión. Una Europa que protege: una iniciativa para ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo transfronterizos [COM (2018) 641 final, 12 de septiembre de 2018].

derando 11 del Reglamento de la Fiscalía nos topamos con la primera gran limitación al respecto de esta posible ampliación competencial al determinar que:

El TFUE dispone que el ámbito de competencias material de la Fiscalía Europea se limita a las infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión de conformidad con el presente Reglamento. Así, pues, las funciones de la Fiscalía Europea deben ser investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como los delitos que están indisolublemente vinculados con ellos. Toda implicación de esta competencia para que incluya delitos graves de dimensión transfronteriza requiere una decisión unánime por el Consejo Europeo.

No nos malinterpreten, bien es cierto que de la redacción literal viene a posibilitarse la ampliación de este ámbito de actuación por parte de la Fiscalía, pero ella, se encuentra sometida a un sistema de votación que previsiblemente vendrá a suponer una merma en el proceso de evolución y desarrollo natural de una materia que, bajo nuestro pensamiento, debería ser comprendida como una evidencia más de la buena marcha del proceso de integración. Cabe mencionar, a tal respecto, que el tenor literal del tratado establece en su artículo 86.4:

[...] el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza [...]. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión.

En numerosas ocasiones hemos afirmado lo inoportuno de seguir procurando un sistema de voto de carácter intergubernamental, que otorgue sendas facultades de veto de los Estados miembros que, aun en la actualidad no se encuentran suficientemente ligados al proyecto y que procuran una supuesta salvaguardia de su poder nacional en detrimento del progreso de la organización. Precisamente porque ello atenta contra el espíritu de la Unión Europea, es que manifestamos lo inoportuno de mantener este sistema de votación.

Encontramos por tanto en este punto, la primera conectividad manifiesta entre lo practicable de la armonización del Derecho penal europeo y la repercusión que tiene en su plausibilidad la naturaleza y el carácter que ostente la Unión Europea como organización supranacional, así como el punto en que se encuentre la integración política. Sin embargo, no queriéndonos adelantar a las cuestiones conclusivas al respecto de esta materia, incidiremos sobre este punto más adelante.

De lo redactado, cabría poner de manifiesto, por consiguiente, la imposibilidad de proceder, dadas las circunstancias limitadoras que se han expuesto hasta el momento, a abordar la cuestión desde una perspectiva armonizadora completa, esto es: aproximándose las temáticas de forma general y no por materias concretas. Por ese motivo, la profundización en la armonización del Derecho penal ha tenido que ser tratadas desde la perspectiva especializada, esto es: abordando distintas materias concretas del Derecho penal de forma exclusiva y pormenorizada, a partir de la elaboración normativa. A modo ejemplificativo, podríamos destacar la normativización de los siguientes aspectos de esta ciencia jurídica: Responsabilidad penal de las personas jurídicas;¹⁶ sobre delitos referentes a los mercados y consumidores;¹⁷ los relativos a delitos sexuales;¹⁸ delitos informáticos¹⁹ y tráfico de

¹⁶ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito [DOUE L 68/49 del 15 de marzo de 2005].

¹⁷ Reglamento (UE) n° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión [DOUE L 173/1, del 12 de junio de 2014].

¹⁸ Directiva (UE) 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexuales de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo [DOUE L 335/1, del 17 de diciembre de 2011].

¹⁹ Directiva (UE) 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo [DOUE L 218/8, del 14 de agosto de 2013].

drogas,²⁰ entre otros.²¹ Todos ellos, recogidos de forma concluyente en el artículo 83.1.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que determina a tal efecto que:

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

A mayores, la base jurídica de todo cuando expresamos la encontramos en el propio articulado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que instituye a tal efecto la posibilidad del Parlamento Europeo y del Consejo de establecer aquellas medidas que estime oportunas, a partir de la implantación de directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, para el establecimiento de normas que actúen de mínimos al respecto de la definición de infracciones penales y sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y posean una dimensión transfronteriza “[...] derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes”.²²

Todo ello, en pro y por la procura de los objetivos recogidos en el art. 67.3 del citado texto, que viene a facultar la garantía de un óptimo nivel de seguridad, a partir de medidas que faculten la prevención de la delincuencia, el racismo, la xenofobia y la lucha en contra de sus consecuencias, a partir de medidas de coordinación y cooperación entre las distintas autoridades policiales y judiciales, mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en la materia “[...] y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”.²³ Encontramos aquí otro de los elementos necesariamente corregibles al respecto de la cuestión y es que la armoni-

zación y aproximación de las legislaciones penales, sigue facultándose en el Derecho originario como una contingencia extraordinaria, para aquellos supuestos en que fallen el resto de las posibilidades asumidas y redactadas a lo largo del artículo. Se precisa por tanto un cambio de mentalidad y de la postura que se desprende del tenor literal del articulado, precisamente para facultar como elemento de primer orden, dicha aproximación normativa y la lucha en favor de una armonización real y eficiente en la materia. Entendemos que es la mejor manera de proceder a recoger los frutos de una verdadera europeización y la procura de una seguridad real de la ciudadanía en nuestro territorio, así como de todos aquellos principios que le son inherentes.

Pese a lo inoportuno de estas instrumentaciones, bajo nuestra premisa, algo vagas y desprovistas de eficacia manifiesta para la aportación de un impulso de calado, lo cierto es que a partir de tales circunstancias nace una de las alternativas que de forma eficiente ha planteado un camino útil para la armonización de la materia en algunos aspectos. En este sentido, en aquellos supuestos en que un Estado miembro entienda que una determinada directiva afecta de forma directa al contenido más fundamental de su ordenamiento jurídico y sistema judicial penal, puede llegar a procurar la armonización, llegando a estar facultado incluso para la suspensión de un procedimiento legislativo con la finalidad de que la situación sea remitida al Consejo Europeo. En tales circunstancias, siempre que no se llegue a alcanzar un consenso, la normativa de contravención quedará denegada, abriéndose, eso sí, un camino alternativo para aquellos Estados que deseen progresar en este sentido, a través de las cooperaciones reforzadas.

Pese a lo descrito, realizando una labor de crítica objetiva al respecto de las aportaciones desarrolladas a partir de la publicación del último tratado en vigencia, lo cierto es que la reforma en el ordenamiento jurídico comunitario que se promulgó a partir de su contenido no supuso sobresalientes cambios en materia penal. Piénsese que las posibilidades previstas de que la Unión Europea pueda llegar a dar indicaciones en la materia se acogen a una serie de supuestos tasados de infracciones penales. Y ello, evoca irremediablemente a la ejecución de previsiones de validez indirecta, siendo una realidad más cercana a lo que podríamos catalogar como Derecho penal en

²⁰ Directiva (UE) 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo para incluir las nuevas sustancias psicoactivas en la definición de droga y por la que se deroga la Decisión 2005/387/JAI del Consejo [DOUE L 305/12, del 21 de noviembre de 2017].

²¹ SATZGER, H., “La europeización del...”, op. cit., pp. 15 y ss.

²² Artículo 83.1 TFUE.

²³ Artículo 67.3 TFUE.

la Unión Europea que del concepto de Derecho penal europeo.²⁴ Comprendemos que la cuestión conceptual no debe ser objeto de detenimiento en estos momentos, pero irrenunciablemente nos hallamos ante una cuestión que deberá ocupar nuestros pensamientos en próximos estudios.

Entendemos que las circunstancias que vinieron acompañando a la nueva formulación del Derecho originario en el año 2007 tuvo como principal consecuencia el abandono de algunas grandes y envalentonadas posibilidades, que pretendían ser implementadas con el *non nato* Tratado Constitucional, cuya implementación fracasó estrepitosamente con motivo de los todavía existentes recelos nacionalistas de determinados países que vinieron a suponer un importante freno en el proyecto constitucional europeo. No podemos negar, dadas las circunstancias que acontecían en aquel momento, que los planteamientos constitucionalistas pudieran encontrarse difícilmente asimilables para el periodo temporal en el que pretendían ser efectuados, ello, precisamente por el temor vagamente infundado de los contrarios al movimiento, que miraban con recelo y desconfianza una más que improbable pérdida de soberanía absoluta y que podían ser catalogados incluso de euroescépticos.

Pese a tales circunstancias, y entendiendo que en el tema objeto de contravención, las articulaciones ofrecidas por el Tratado de Lisboa y por el *non nato* Tratado Constitucional no planteaban sendas diferenciaciones en su contenido, lo cierto es que se procuró la elaboración, como decimos, de un texto matizadamente más conveniente para las circunstancias del momento y con un contenido quizás algo menos pretencioso de cara a la visibilización del proyecto europeo. Algunos lo tacharon de oscuro, obtuso u opaco, nosotros preferimos catalogarlo de prudente en un momento en el que la incertidumbre y el gran número de países adheridos, ofrecían grandes dudas al respecto. Las circunstancias en la actualidad distan radicalmente de las definidas anteriormente, y ello nos posiciona en una posición estratégica por medio de la cual, podamos luchar por la implementación de una nueva realidad, abierta, eficaz y federalizada en el que la Constitución europea pueda considerarse una situación natural de la evolución sucedida en el pro-

yecto y en el que la armonización del Derecho penal y, ¿por qué no? La instauración de una codificación común sean la consecuencia orgánica de todo cuanto expresamos.

4. La naturaleza de la Unión Europea a examen

Se antoja complejo abordar esta última parte de la intervención, precisamente por lo complicado de asumir una realidad como absoluta, al respecto de la categorización en la que pudiéramos o no encuadrar la naturaleza de la Unión Europea. A mayor abundamiento, grandes dificultades podemos experimentar si queremos ofrecer una respuesta simple y sintética a la siguiente cuestión: ¿qué es la Unión Europea? En un alarde de valentía y desmesura por parte de algunos inexpertos en la materia y en pro de favorecer la opinión infundada sobre esta definición, hemos presenciado grandísimas atrocidades y atropellos al respecto de su contenido y ello, ha favorecido aún más a una innegable y manifiesta duda en la ciudadanía al respecto de lo que implica esta organización. No nos malinterpreten, entendemos que todo el mundo alberga derecho a expresar opiniones variopintas, fundadas y no en Derecho y en conocimientos en el ámbito comunitario, sin embargo, es para nosotros una obligación más que asimilada en estos tiempos ofrecer en tantas ocasiones como se planteen una determinación fundada en Derecho de lo que debemos considerar Unión Europea.

Como advertíamos en epígrafes anteriores, las Comunidades Europeas nacen a partir de la celebración de un Tratado internacional de carácter no ordinario pues en su contenido se faculta la creación de instituciones, dotándolas de competencias y de la posibilidad de albergar actividad normativa jurídica propia. En otras palabras, nos encontramos ante la creación de una organización de Estados que forma comunidades de Derecho propiamente dichas. No es hasta el nacimiento de la idea de implementación de un Mercado Común y con ello el planteamiento de una ciudadanía, de la instauración de unos Derechos Fundamentales y de otros muchos aspectos *federalizantes* que indudablemente vinieron para quedarse y que plantean hoy el estandarte fundamental sobre el que fijamos el camino de construcción hacia un nuevo futuro federal.

²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., "Derecho penal y Tratado de Lisboa", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 349-380.

Lejos quedan ya aquellas interminables discusiones al respecto de la posible vinculación de esta realidad con el Derecho internacional público, habiendo sido oportunamente superados los prejuicios que no comprendan que su catalogación nada tenía que ver con la naturaleza que pudiera albergar dentro de sí una organización como las Naciones Unidas, por ejemplo. Estos anhelos federalistas que veníamos exponiendo en párrafos anteriores, nos han ido acompañando a lo largo de las siete décadas de historia, y así hemos podido asimilarlo en multitud de ocasiones. Con añoranza recordamos las palabras del ilustre político francés JEAN MONNET:

Nuestro enfoque era muy diferente: partía de creaciones limitadas que instituyeran solidaridades de hecho cuyo desarrollo progresivo llevaría más adelante a la federación.²⁵

Es precisamente ese afán federalista el que nos empuja hacia la necesidad de un cambio de rumbo en la realidad europea. Una variación que se ha visto apresurada por las cada vez mayores e inquietantes circunstancias que asolan nuestro panorama mundial y que suponen grandes elementos de inestabilidad política, económica y social. No en vano, pese a las incesantes catarsis ofrecidas por algunos tremendistas y negacioncitas de las virtudes de pertenencia a una comunión como la que venimos profesando desde el año 1951.

5. Hacia la construcción de un modelo federal para la Unión Europea

A partir de tales posicionamientos es que tenemos la necesidad de volver a considerar la importancia de abogar por una integración política en Europa y dar por solucionado al histórico *caballo de batalla* contra el que la Unión Europea ha venido lidiando desde hace varias décadas y que indiscutiblemente pasa por recuperar aquellos aspectos *federalizantes* que fueron articulados convenientemente en el espíritu que fundamentó su constitución y que supuso la buena marcha de la Europa de los ciudadanos, de los pueblos, de las personas, de los derechos, de la cultura y en definitiva, de la Europa de todos.

Los elementos *federalizadores* de los que hablamos no son una cuestión anecdótica, desarrollada en un momento concreto de la historia ni mucho menos. Estos se han ido insertando en el día a día de nuestra actividad común. Consideramos además que retomar tal idea en estos momentos, es de absoluta conveniencia, pues una instauración primitiva de una organización de corte federal hubiera pecado de ingenua, máxime si entendemos que nos encontrábamos en un entorno absolutamente desconocedor de lo que implicaba el comunitarismo resultando diametralmente más compleja su instauración en una Europa devastada por los desastres bélicos protagonistas de los años predecesores y de los recelos objetivamente fundados de algunos países con respecto de otros, y sí, nos estamos refiriendo a aquella eterna enemistad entre Francia y Alemania.

Debíamos empezar por un estándar jurídicamente válido, que permitiera precisamente el asentamiento de unas bases sólidas sobre las que construir una realidad común. ¡Y vaya si lo conseguimos! En tales previsiones, y volviendo a aquella cuestión que lanzábamos al inicio del presente epígrafe, no erramos al afirmar que las interminables elucubraciones existentes al respecto de la determinación de la naturaleza de la Unión Europea, cada vez se van clarificando de forma más evidente, ello pese a lo difuso de los primeros Tratados y de la incesante campaña de desprestigio que durante años ha venido sufriendo lo relativo al federalismo. Afirmamos hoy sin temor, que la Unión Europea es una organización *sui generis*, de naturaleza supranacional y federalizada ya en muchas de sus aristas.

Sea como fuere, convenimos en atestiguar a partir de este instante, que la dificultad de determinar de forma clara y manifiesta la naturaleza jurídica que alberga esta organización radica precisamente en su genuinidad. No conocemos en el ámbito global una organización igual a esta, y lo que sí podemos entender es que su contenido y su construcción en absoluto precisa tintes de identidad con respecto a lo que clásicamente se ha comprendido como organización internacional.

6. Conclusiones

Lamentablemente no podemos finalizar el presente documento afirmando la premisa de existencia de

²⁵ MONNET, J., *Memorias (El hombre y sus obras)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985, pp. 412.

una realidad penal europea armonizada y convenientemente integrada en los distintos Estados miembros adheridos a esta organización. No en vano, el proceso de construcción de este nuevo escenario, entendemos es arduo y no se encuentra ni se encontrará desprovisto de contratiempos que de forma eficiente deberemos salvar, conforme hemos venido realizando a lo largo de nuestra historia.

Tal y como adelantábamos en el cuerpo del proyecto, lo que resulta claro es que la Unión Europea pretende, a la búsqueda de una resolución definitiva tendente a su conversión en una unión federal, pues una alternativa contraria a esta resultaría impracticable, difícilmente defendible y sin duda, entendemos que nada deseable para quienes defendemos el avance de este proyecto común. Dicho de otra manera, a lo que no tiende la Unión Europea es a la creación de una organización internacional clásica pues nada tiene que ver su naturaleza e idiosincrasia con esta rama del Derecho público. No nos encontramos por tanto ante una organización cooperativista ni mucho menos; estamos ante la manifestación más genuina del panorama internacional de cómo debe ser comprendida un proceso de integración.

La integración resulta el estandarte fundamental sobre el que se asienta este proceso de construcción y evolución acontecido en el seno de la Unión Europea y no podemos sino poner de manifiesto como una de las mayores expresiones de integración precisamente la construcción de un estandarte federalista, pese a la idea equivocada de quienes pretenden poner *puertas al campo*, de aquellos quienes precisan un estancamiento del recorrido que puede llegar a experimentar nuestro proyecto común, por ignorancia, temor o por la simple ausencia de un verdadero sentimiento de pertenencia al grupo.

Hemos sido capaces de lidiar con tales prejuicios durante años, logrando la preponderancia de los intereses europeos y la lucha por una armonización correcta de muchas materias a partir, precisamente, de la cesión de soberanía y el otorgamiento de capacidades a las instituciones, tendentes a dictar normas jurídicas en dichas materias. Salvando aquellos malos augurios que afirmaban erróneamente la existencia de una pérdida de soberanía para los Estados miembros, lo que se ha favorecido es a una actuación conjunta en la que la suma de soberanías permita progresar y actuar de la forma más idónea en cada momento, todo

ello junto a la procura del cumplimiento de los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad.

Sin embargo, pese a lo que bien podría entender el lector un ejercicio de reproche ante la inaplicable realidad federal por parte de quien escribe, no podemos sino afirmar que la Unión Europea se encuentra ya federalizada en muchos aspectos y ello nos autoriza un escenario mucho más sencillo para llevar a cabo el impulso final que venimos defendiendo como ineludible. A nadie resulta ajeno que la instauración de una moneda única, el establecimiento de un principio de responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del Derecho Comunitario; el establecimiento de una institución con la naturaleza albergada por el Banco Central Europeo o la recientísima implementación de unos fondos de recuperación —*Next Generations*— que abandonan la idea de reparto por proporciones o número de habitantes, suponen una evidencia de este rumbo imparable hacia un escenario más abierto y de mayor eficacia.

Y ¿qué tipo de federación debemos procurar para Europa? Entendemos que pecaríamos de imprecisos e incluso indeterminados en nuestro análisis si ofreciéramos una concreción conceptual y tipológica en la que enmarcar esta nueva Unión Europea, precisamente porque atenderíamos contra el espíritu *sui generis* que alberga su naturaleza y por la más que probable falla en que incurriríamos al no encontrar una cobertura concreta en que pueda asentarse esta nueva realidad al menos de forma completa. La Unión Europea, por definición, se entiende genuina y así debe ser la forma en que se produzca la evolución hacia un siguiente nivel; no podemos vislumbrar ni categorizar si la misma desencadenará en una confederación, una federación como la de Estados Unidos, o la asimilación de una teoría de círculos concéntricos, que bajo nuestra perspectiva sería la alternativa más inspiradora de las anteriormente numeradas.

Lo que sí debemos tener claro es que esta nueva realidad será impulsada por aquellos países que tienen voluntad política de progresar en el proceso de integración, aquellos quienes se encuentren en las condiciones precisas que faculten continuar en este camino y ello, irremediablemente debe pasar por la asimilación de una Europa a varias velocidades que permita avanzar en la evolución a quienes aún no se encuentren en el ideal necesario para caminar hacia esa nueva realidad, y que no limite o estanque el cre-

cimiento de quienes se encuentran ya listos y desean enfocar la realidad desde un nuevo nivel. Y todo ello pasa por la absoluta necesidad de profundizar en el proyecto europeo y por la eliminación de grandes activos limitantes como los procesos de votación por mayorías, que no vienen si no a paralizar de forma innecesaria la evolución ante la que nos venimos allanando.²⁶

Tras lo antedicho, entendemos ahora oportuno dar respuesta a las cuestiones que iniciaban el presente proyecto y que son motivación principal de nuestra investigación en estos momentos: ¿qué papel juega el Derecho penal en el futuro de la Unión Europea? Nos encontramos ante un área de la ciencia jurídica cuyo protagonismo se antoja indiscutible para el correcto desarrollo de la Unión Europea en los años venideros. Y decimos más, este protagonismo también lo ocupa el desarrollo federal en el progreso de la materia penal, en una suerte de retroalimentación bidireccional en la que ambos elementos se necesitan mutuamente para su conveniente progreso.

La Unión Europea, deberá procurar la asimilación de una realidad común y comunitarizada de su materia. Entendemos que una realidad codificada completa se desempeñe como una tarea ardua y complicada, máxime si no encontramos el apoyo sustancial positivo que podría procurar la implementación de una Constitución Europea. Por ello, no desterrando en absoluto la idea de rescatar aquella idea *constitucionalizadora* del año 2005 que entendemos ahora sí tendría cabida, sí abogamos por la sistematización de aquellas cuestiones esenciales y primordiales que procuren un estándar de mínimos y una asimilación de aquellas cuestiones más esenciales, así como de aquellos principios que procuren la buena actividad punitiva por parte de los Estados miembros. Insistimos, sin desterrar en absoluto la idea de una verdadera codificación en materia penal, pero siendo coherentes con el momento en que nos encontramos y evitando pecar de la utopía improbable de un mañana incierto.

De otro lado, la repercusión que tiene la evolución en cuanto a la naturaleza política de la Unión Europea para con el desarrollo de la ciencia penal, radica precisamente en la insuficiente evolución acontecida en la materia, y que de manera extensiva hemos teni-

do oportunidad de desarrollar a lo largo del presente documento. Se precisa, por tanto, una mayor instrumentalización que permita efectivamente abordar el Derecho penal desde un plan más inteligente, más eficaz y de mayor compromiso. Creemos plausible una asimilación del proceso de construcción acontecido en el seno del Derecho administrativo europeo, como instrumento que ejemplifique, si bien con ciertas diferencias que motivan la naturaleza propia de cada área de conocimiento, pero procurando esa misma evolución por medio de estándares mínimos de manera análoga a lo sucedido en el campo administrativo.

Convenimos en finalizar las siguientes reflexiones haciendo uso de una de las grandes citas de Robert Schuman por la conveniencia de sus palabras en los planteamientos que hemos venido a expresar en estas modestas líneas: “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar, una solidaridad de hecho”.²⁷

Es momento de trabajar en un cambio de rumbo que permita la estructuración de un nuevo marco y encuadre jurídico-normativo que permita la buena marcha del proyecto en los años futuros y es que, no podemos negar que nos encontramos en un momento clave para la evolución de la Unión Europea y que las inestabilidades que asolan la realidad mundial nos han permitido salir reforzados, una vez más de la crisis existencial que inevitablemente se genera en un escenario de tanta incertidumbre como en el acontecido durante la crisis sanitaria del covid-19. Es momento de trabajar por la remodelación de Europa, y por la persecución de una verdadera armonización de materias de indudable aplicación práctica como el Derecho penal.

²⁶ MOLINA DEL POZO, C.F., *La Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro*, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=O96PSzlrU0> (Última consulta: 20/06/2022).

²⁷ Declaración de Robert Schuman del 9 de mayo de 1950 en la Universidad de Zúrich.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 349-380.
- GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, 2009.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Edit. Dijusa, Madrid, 2002.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Treinta años de integración europea*, Edit. Jurúa, Brasil, 2010.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *El Derecho Comunitario Europeo*, Edit. Salvat. Serie Europa, núm. 7, Madrid, 1987.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Sistema Institucional de las Comunidades Europeas*, Edit. Trivium, Madrid, 1987.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Derecho de la Unión Europea* [5ª Edición], Edit. Reus, Madrid, 2021.
- MOLINA DEL POZO, C.F., “Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: Reiterada regulación en los textos de los Tratados”, en: *Los Derechos Humanos en el Tercer Milenio: Fundamentos, Paradojas e Impacto Social*, México, 2016.
- SICURELLA, R., MITSILEGAS, V., PARIZOT, R., LUCIFORA, A., *Principios generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- SATZGER, H., “La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012.
- SALDAÑA ORTEGA, V., “Origen y evolución de la Unión Europea: Hacia la construcción de un modelo federal”, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Molina del Pozo*, Edit. Tiran lo Blanch, Madrid, 2020, pp. 115-130.
- SALDAÑA ORTEGA, V., “Análisis de los retos y desafíos futuros de la Unión Europea: El impulso federal como instrumento ejecutor del cambio”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 38, 2021, pp. 239-240.

Normativa

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [DOUE, del 18 de abril de 1951].
- Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos [DOUE C 340/1, del 10 de noviembre de 1997].
- Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht [DOUE C 191/1, del 29 de julio de 1992].
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 [DOUE 2007/C 306/01].
- Comunicación de la Comisión. Una Europa que protege: una iniciativa para ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo transfronterizos [COM (2018) 641 final, 12 de septiembre de 2018].
- Directiva (UE) 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo para incluir las nuevas sustancias psicoactivas en la definición de droga y por la que se deroga la Decisión 2005/387/JAI del Consejo [DOUE L 305/12, del 21 de noviembre de 2017].
- Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea [DOUE L 283/1, del 31 de octubre de 2017].
- Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia [DOUE L 63/1, del 6 de marzo de 2002].
- Reglamento (UE) n° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión [DOUE L 173/1, del 12 de junio de 2014].
- Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito [DOUE L 68/49 del 15 de marzo de 2005].

Directiva (UE) 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo [DOUE L 218/8, del 14 de agosto de 2013].

Directiva (UE) 2011/92/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 [DOUE L 335/1, del 17 de diciembre de 2011].

Jurisprudencia

TJCE del 21 de septiembre de 1989, caso maíz griego (Asunto C- 68/88).

Leyes, neuronas y hormonas. Por qué la biología nos obligará a redefinir el Derecho, Gerardo Laveaga*

Sergio Alonso Rodríguez

Abogado y escritor

Esta obra original de Gerardo Laveaga contiene una exposición razonada sobre la ascendencia que la investigación neurocientífica ha ido ejerciendo en el derecho, particularmente en el penal. Al partir de la base de que el ser humano no es sino una máquina biológica, sujeta fatalmente a los efectos de hormonas y neurotransmisores, así como a una estructura genética determinada y la tendencia innata a adaptarse al medio para mantener la homeostasis,¹ parece quedar claro que las normas integrantes del derecho no regulan en absoluto el comportamiento de las personas.

De *Leyes, neuronas y hormonas* se desprende que la idea de que la ciencia jurídica es indispensable para imprimir orden en el conglomerado social se tambalea si se cuestionan nociones como el libre albedrío, componente supuestamente básico en la capacidad decisoria de cualquiera. Sin embargo, ante la evidencia científica relacionada con la intervención de la química cerebral en cualquier cosa que se haga, se complica sostener que los actos regulados jurídicamente se basen en reflexiones ajenas a procesos bioquímicos, enderezados por lo común a cosechar placer y evitar dolor.

¹ Básicamente, es la capacidad del cuerpo para mantener y regular sus condiciones internas, a pesar de los cambios en el medio interno. "Homeostasis", recuperado el 03/11/2022 de: <http://www.facmed.unam.mx/Libro-NeuroFisio/FuncionesGenerales/Homeostasis/Homeostasis.html>

En su pretensión indefinida de impedir la desproporción de la conducta humana en fomento de la cohesión social, la ciencia del derecho tiende a soslayar que el raciocinio es insuficiente para eludir impulsos originados en ciertas zonas cerebrales, como lo ha puesto de relieve la imagenología;² siempre que tales impulsos deriven en actos contrarios a los que se esperan en un conglomerado civilizado, se pone en marcha la actividad estatal para reprimir o, en su caso, apartar a uno de sus miembros de sus congéneres.

Con fundamento en una bibliografía tan vasta como interesante, el autor enfatiza la importancia del apego para el sostenimiento de la comunidad. Esta es regida por una élite conformada por los creadores del derecho, cuya epigénesis³ resultó ser distinta de la de muchos otros, quienes obedecen la normativa para salvarse de la exclusión de su grupo. Laveaga apunta: "El Derecho, a fin de cuentas, es producto del esfuerzo por sobrevivir: deja constancia de las prácticas que han ayudado a un grupo a conseguirlo". Nada más

² Conjunto de técnicas y procedimientos para obtener imágenes del cuerpo humano con fines clínicos y/o científicos. EB DIAGNÓSTICOS, "Qué es la imagenología", recuperado el 03/11/2022 de: <https://www.ebdiagnosticos.com.mx/blog/articulos/que-es-exactamente-la-imagenologia>

³ Según esta doctrina, los rasgos característicos de un ser vivo se configuran en el curso del desarrollo (desde el cigoto hasta el feto a término), sin estar preformados. "Epigénesis", recuperado el 03/11/2022 de: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/epigenesis>

* *Leyes, neuronas y hormonas.*

Por qué la biología nos obligará a redefinir el Derecho, Gerardo Laveaga. *Taurus*, México, 2021, 288 pág.

cierto. La existencia o, en todo caso, la continuación de la especie humana desde que se superó la prehistoria, hubiera sido imposible sin normas jurídicas.

Comoquiera que sea, esas reglas no dirigen las acciones de la gente, sino que describen la conducta que se espera de esta, con tal de evitar la disolución del conjunto. En un mundo interconectado gracias a las tecnologías de la información, donde parece que cada vez hay menos espacio para la privacidad y la intimidad, existir en el aislamiento se antoja difícil, si no imposible. Por tanto, en medio de avances tecnológicos formidables y de la opción de emplear la información instantánea con los fines más diversos (revolucionarios, ambientalistas, morales, etcétera), se precisa replantear la forma en que se aplica el derecho. Aun cuando se noten cambios en el proceder represivo del Estado, como —en el caso mexicano— preferir medios alternativos de solución de controversias a la pena de prisión, el hecho de que el ser humano busca la homeostasis a como dé lugar prevalece. Con-

ceptos como el dolo o la culpabilidad ameritan una revisión profunda ante la realidad de que, se insiste, la conducta de hombres y mujeres depende de la bioquímica y la genética.

Quizá, una vez que se haya profundizado en la investigación biológica y se descubra cómo operan los mecanismos que se confunden con el libre albedrío, se produzcan leyes que incidan en el comportamiento de manera directa, sin tener que recurrir a privar de la libertad, del patrimonio o de la vida a quienes, en su afán de sobrevivir del mejor modo posible, dañen las condiciones en que viven sus semejantes. Sin duda, las cuestiones abordadas en este libro han motivado debates que deben atenderse y, a la postre, originar cambios acordes con el mundo contemporáneo y el del futuro.

En conclusión, *Leyes, neuronas y hormonas* es una aportación categórica al entendimiento del vínculo entre biología y derecho. Es una obra que no solo debe leerse, sino estudiarse.

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